

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

DA TUTELA JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fernando Soares Tolomei

Presidente Prudente/SP

2014

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

DA TUTELA JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fernando Soares Tolomei

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de curso para obtenção do Grau de Especialista em Direito Civil e Processual Civil, sob a orientação do professor Sérgio Tibiriçá Amaral.

Presidente Prudente/SP

2014

DA TUTELA JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Especialista em Direito Civil e Processual Civil.

Professor Sérgio Tibiriçá Amaral

Professor

Professor

Presidente Prudente, 03 de fevereiro de 2014.

Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

Boaventura de Sousa Santos

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, pelo dom da vida e por estar sempre orientando meus passos quando mais preciso.

Agradeço aos meus pais, Glauco e Mariângela, por todo o amor e os esforços envidados para que eu pudesse trilhar os caminhos que escolhesse, seja nos estudos, seja no trabalho.

Agradeço à minha namorada Érica, pelo amor, companheirismo e dedicação que diariamente me entrega, bem como aos seus pais, Mário e Adelaide, por todo o apoio que têm dado a mim nesse período em que convivemos.

Agradeço ao Professor Sérgio Tibiriçá Amaral, meu orientador na graduação e agora na especialização, por todo o suporte jurídico e moral que tem me conferido desde o início da Faculdade de Direito.

Agradeço aos amigos, advogados e estagiários do Escritório de Aplicação de Assuntos Jurídicos – EAAJ pelo feliz período que ali trabalhei, de muito trabalho e de muita aprendizagem profissional, em especial aos Professores Sérgio Tibiriçá Amaral e Márcio Ricardo da Silva Zago pela confiança em mim depositada.

Agradeço, enfim, a todos aqueles que, de algum modo, contribuíram para que eu tivesse condições de escrever estas singelas páginas.

RESUMO

O ensaio em mãos se debruça sobre o amplo tema da tutela judicial dos direitos fundamentais, passando, em princípio, pela revisitação de conceitos e noções basilares sobre a referida categoria de direitos, tais como distinções de ordem terminológica, a apresentação da controvertida classificação geracional, discussões acerca do conteúdo essencial e das restrições admitidas em sede de direitos fundamentais e, também, a justificação que as duas principais correntes jusfilosóficas, o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, lhe conferiram. Passa-se, posteriormente, a estudar a noção de acesso à Justiça, vez que encerra situação de vital importância para que os direitos fundamentais possam ser levados ao crivo judicial a fim de que sejam efetivamente protegidos, analisando-se, nessa senda, os obstáculos enfrentados nesta tarefa, as chamadas ondas do movimento de acesso, os modelos concebidos ao redor do mundo para propiciá-lo e, alfim, pontua-se o direito ao acesso enquanto outro direito fundamental. Ambiciona-se, em seguida, estabelecer alguns contornos no estudo da tutela judicial dos direitos fundamentais, investigando-se as matizes do antigo processo civil romano, as principais ações ditadas pela Constituição da República e pela legislação infraconstitucional para a tutela destes magnos direitos, e, então, lança-se mão contra duas frentes de nevrálgica relevância para o estudo, quais sejam: o embate entre reserva do possível e mínimo existencial na implementação dos direitos sociais; e a própria discussão acerca do neoconstitucionalismo e da “justiciabilidade” de tais direitos, enfatizando-se na suposta ilegitimidade do Poder Judiciário para o controle da efetivação daqueles preceitos. Finalmente, são trazidos à berlinda quatro principais casos em que o Supremo Tribunal Federal teve, com precisão, que se voltar ao pleito de tutela de alguns dos mais sensíveis direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Direito Processual Constitucional. Direitos Fundamentais. Acesso à Justiça. Neoconstitucionalismo. Separação de Poderes.

ABSTRACT

The following essay has the objective of analyzing the judicial protections of human and fundamental rights, presenting, for that, essential notions about the mentioned category of rights, like terminological distinctions, and passing through the contested generational theory of human rights and the philosophical justification gave by the jus naturalism and the legal positivism, making, then, brief commentaries on the fundamental rights essential content and the restrictions accepted to those rights. Thus, it's shown the access to Justice constitutional clause, studying the obstacles to the courts demand, the waves found to the access movement, the models verified around the world to make that clause possible and, at long last, the access to Justice is appointed as a basic human right. After that, the essay analyzes the judicial protection of human and fundamental rights at the long of time, since the mechanisms verified in the old Roman Law, passing through the writs brought by the Brazilian Constitution and so two relevant themes are faced: the principle of reserve for contingencies and the minimum core obligation of social rights; as well as the neo constitutionalism and the Judiciary Branch legitimacy to the public politics control. Finally, some notes are written concerning to the Brazilian Supreme Court actuation on four cases in which some of most sensitive fundamental rights were debated.

Keywords: Constitutional Procedural Law. Fundamental and Human Rights. Neo constitutionalism. Separation of Powers.

SUMÁRIO

Sumário

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	10
2.1 Distinções Terminológicas	10
2.1.1 Direitos humanos e direitos fundamentais	10
2.1.2 Direitos fundamentais e direitos da personalidade	15
2.2 Gerações (Dimensões) de Direitos Fundamentais.....	18
2.3 Jusnaturalismo e os Direitos Fundamentais.....	22
2.4 Juspositivismo e os Direitos Fundamentais.....	24
2.5 Conteúdo Essencial e Restrições aos Direitos Fundamentais	26
2.5.1 Suporte fático dos direitos fundamentais	26
2.5.2 Restrições aos direitos fundamentais: teoria interna e teoria externa.....	29
2.5.3 Conteúdo essencial dos direitos fundamentais: teoria absoluta e teoria relativa	30
3 ACESSO À JUSTIÇA E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	33
3.1 Noções Elementares	33
3.2 Obstáculos ao Acesso à Justiça	35
3.2.1 Custas judiciais	35
3.2.2 Possibilidade das partes	37
3.2.3 Direitos difusos e coletivos	39
3.3 Ondas de Acesso à Justiça	41
3.3.1 Da primeira onda	42
3.3.2 Da segunda onda.....	47
3.3.3 Da terceira onda.....	50
3.4 Sistemas de Prestação de Assistência Jurídica	52
3.4.1 <i>Munus Honorificum</i>	54
3.4.2 Sistema <i>Judicare</i>	55
3.4.3 “Escritórios de Vizinhança”	56
3.5 Acesso à Justiça como Direito Fundamental e a Atuação da Defensoria Pública	58
4 TUTELA JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	64
4.1 Do Socorro Judicial ao Longo do Tempo.....	64
4.2 Remédios Constitucionais de Tutela de Direitos Fundamentais	66
4.2.1 Habeas Corpus	67
4.2.2 Habeas Data.....	69

4.2.3 Mandado de Segurança.....	70
4.2.4 Mandado de Injunção	74
4.2.5 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	79
4.2.6 Ações Popular e Civil Pública.....	84
4.3 O Dilema da Implementação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Reserva do Possível e Mínimo Existencial	86
4.3.1 A Reserva do Possível	88
4.3.2 O Mínimo Existencial.....	91
4.4 Neoconstitucionalismo e a Problemática da Separação de Poderes: (I)legitimidade do Poder Judiciário para o Controle de Políticas Públicas	95
4.4.1 Algumas linhas sobre o Neoconstitucionalismo.....	95
4.4.2 A “justiciabilidade” dos direitos.....	102
5 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA.....	111
5.1 Linhas Iniciais	111
5.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 54.....	111
5.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 186.....	117
5.4 Mandados de Injunção nº 670 e 708.....	119
6 CONCLUSÕES	122
BIBLIOGRAFIA	125

1 INTRODUÇÃO

Houve tempo em que muitas pessoas não dispunham de qualquer direito, vistas que eram, ao contrário, como objetos de que seletos grupos se valiam para a satisfação de suas necessidades e caprichos.

Os séculos correram e, não sem ao custo de diversas e cruentas lutas, passou-se a conviver com a ideia de que todas as pessoas, unicamente pela sua condição humana, são merecedoras de direitos que, em tese, devem ser estendidos de maneira uniforme a todos.

Verificou-se, a partir daí, todavia, a imposição de mais um obstáculo à construção da almejada justiça social: a problemática da efetivação dos direitos. Isso porque, apesar de devidamente garantidos em textos normativos de variadas ordens jurídico-hierárquicas, o que, atualmente, é feito em tom até mesmo poético por inspirados legisladores, não passam, muitas vezes, de mera prosa e verso destinada a encantar pessoas que do Estado não dependem para ver seus mais basais misteres atendidos, o que vai, em absoluto, de encontro com o que haveria de ser observado.

Conhecedor dessa realidade, o presente trabalho, passando ao largo de qualquer pretensão de vanguarda sobre os assuntos nele tratados, busca traçar algumas linhas sobre os direitos fundamentais, em especial o de acesso à justiça, bem como apresentar instrumentos jurídicos para que aqueles direitos sejam tutelados a contento.

Lançando mão dos métodos histórico e comparativo, são apresentadas num primeiro momento, dentre outras, as principais justificações teóricas dos direitos fundamentais – jusnaturalista e juspositivista –, bem assim a doutrina que vem desenvolvendo acerca de seu suporte fático constitucional e, na mesma esteira, seu núcleo essencial e as restrições a si admitidas.

Em seguida, o enfoque recai mormente sobre a cláusula constitucional do acesso à Justiça, ocasião em que se colacionam os obstáculos à sua efetivação, as “ondas” para que isso seja esse cenário aperfeiçoado, os modelos de assistência judiciária/jurídica desenvolvidos ao longo do tempo nos países ocidentais e, enfim, a percepção do acesso enquanto direito fundamental e algumas palavras sobre a Instituição que, no direito brasileiro, protagoniza a sua guarda.

No capítulo seguinte, os instrumentos de tutela judicial de direitos fundamentais são contextualizados, passando-se desde o senecto processo civil romano para os dias atuais, com um breve exame em especial dos remédios constitucionais que cumprem aquele desiderato, enfatizando-se, então, alguns dos temas mais sensíveis acerca da efetivação de direitos no mundo moderno: o embate entre a reserva do possível e o mínimo existencial e mesmo a ainda debatida legitimidade judicial para o controle de políticas públicas.

Por derradeiro, quatro casos paradigmáticos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal são trazidos à baila, na ânsia de visualizar, na prática, como tem se dado esta tutela judicial dos direitos fundamentais no Estado Brasileiro, a partir de onde se pode tentar estabelecer algumas ideias conclusivas.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Distinções Terminológicas

Antes de se passar propriamente ao exame dos direitos fundamentais no arcabouço jurídico brasileiro e dos mecanismos de sua salvaguarda, faz-se necessário bem delinear seu conceito, a fim de que sejam evitadas confusões de ordem terminológica quando do enfrentamento do tema, malgrado o núcleo essencial de cada uma destas categorias mereça idêntica tutela na vigente ordem.

2.1.1 Direitos humanos e direitos fundamentais

Tendo sido justificada a criação do Estado para a tutela do ser humano e a viabilidade da vida em conjunto, nada mais adequado do que existir, nesse quadrante, um rol de direitos e garantias que possibilitassem a limitação da ingerência estatal na esfera dos particulares, além de assegurar-lhe uma listagem mínima de patrimônio jurídico do qual não poderiam ser privados.

Embora esta assertiva filosófica pareça inequívoca nos correntes dias¹, é de se ver que nem sempre foi assim. Tempos houve em que o “poder” exercido pelos soberanos, notadamente no absolutismo monárquico pré-Revolução Francesa, era justificado pelas mais diversas orientações, dentre elas destacando-se as de cunho religioso, que viam na figura do monarca o representante terreno de uma entidade maior, a qual lhe conferira a atribuição de conduzir a vida por aqui conhecida.²

Certo é que não se pode apontar, no alinhamento histórico mundial, quando teriam as pessoas celebrado o chamado Pacto Social, proposto pelos

¹ A despeito de, na prática, ainda não conseguir ser vislumbrada por um sem número de agentes estatais, que, diuturnamente, violam à revelia diversos direitos dos indivíduos.

² Como assinala Marcus Cláudio Acquaviva, “em muitos Estados da Antiguidade Oriental, teocráticos, a soberania não residia propriamente no monarca, como geralmente se pensa; o rei era, em verdade, mero executor de uma *vontade superior*, de caráter sagrado, vontade *fundada na coletividade* e imposta igualmente a governantes e governados” (ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Teoria geral do Estado. 3. ed., rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 42. Grifos no original). Anota, ainda, o referido autor que, na Idade Média, relativamente ao elemento “soberania” – um dos constitutivos do conceito de Estado –, acreditava-se que o poder vinha de Deus, sendo que o “consentimento popular, *tacitamente manifestado*, seria a fonte do poder político” (Op. cit., p. 53. Destaque no original).

contratualistas do Século XVIII, muito embora dali em diante tenha aflorado, inicialmente na academia, a noção, até hoje presente, de que a manutenção da instituição Estado somente se legitimaria enquanto se prestasse à proteção dos que sob sua égide se encontrassem, possibilitando-os o crescimento e desenvolvimento em comunidade.³

É nessa toada que, ansiando pelo fim das amarras estatais que até então sufocavam sobremaneira os indivíduos, surgiu o movimento constitucionalista do Século XVIII, inaugurado pelo Texto Estadunidense de 1787, cujo marca era a separação do poder estatal entre Três Funções distintas – aqui acolhendo a célebre teoria, visualizada por Aristóteles e difundida por Montesquieu –, bem como, no que mais por ora interessa, a previsão de direitos fundamentais aos indivíduos. Consubstancia-se, pois, o constitucionalismo da época, como não poderia deixar de ser, em claro manifesto pela limitação do poder do Estado.⁴

Nascem, destarte, os direitos fundamentais consoante a previsão daqueles mais basais mandamentos jurídicos a possibilitar, num primeiro momento, o afastamento da ingerência excessiva do Estado na esfera dos particulares, sendo sua marca característica a positivação em Textos Constitucionais⁵.

Traçando um esboço histórico sobre a inserção de declarações de direitos em Textos Constitucionais, Eduardo Pablo Jiménez⁶, tomando por base a pioneira Constituição Federal Estadunidense de 1787, acentua que Alexander Hamilton, um de seus redatores, entendia ser desnecessária a conclamação de direitos fundamentais no documento constitucionalizado, na medida em que, ao momento de sua promulgação, cada um dos doravante Estados-membros (valendo lembrar-se de que a federação ali formada se deu por agregação) possuía diplomas organizativos nos quais constavam tais espécimes de direitos.

O passar do tempo, contudo, adverte o mencionado mestre platino, fez com que os norte-americanos percebessem ser inviável relegar a segundo plano um

³ ACQUAVIVA, Marcus Claudio. Op. cit., p. 53.

⁴ Neste sentido, leciona Alexandre de Moraes ter o constitucionalismo por objeto “a constituição política do Estado, no sentido amplo de estabelecer a sua estrutura, a organização de suas instituições e órgãos, o modo de aquisição e limitação do poder, através, inclusive, da previsão de direitos e garantias fundamentais”. (MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 19).

⁵ Consoante ensinam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior, “o adjetivo fundamentais traduz a inerência destes direitos à condição humana, exteriorizando, por conseguinte, o acúmulo evolutivo dos níveis de alforria do ser humano” (ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 46).

⁶ JIMÉNEZ, Eduardo Pablo. Derecho constitucional argentino: manual de enseñanza. Buenos Aires: Ediar, 2000, t. 2, p. 10.

expresso e inequívoco rol de direitos e garantias dos indivíduos, vez que, apesar de nos Estados-membros haver “normas conteniendo el avance de los poderes públicos locales sobre los ciudadanos que habitaban cada uno de ellos, no había garantía escrita respecto del avance del Gobierno Federal sobre los derechos del pueblo de la Nación.”⁷

Os direitos humanos, de outra banda, da forma como atualmente são conhecidos, teriam a sua gênese em momento histórico posterior, especialmente após o término da Segunda Grande Guerra, momento em que a população mundial, arrefecida pelas atrocidades naquele período cometidas, vislumbrou a necessidade de se estender o âmbito de tutela dos indivíduos para além das fronteiras dos Estados, tutelando-os não apenas contra seu próprio ente pátrio, como também contra qualquer outro, dando início ao processo de internacionalização dos Direitos Humanos⁸, cujo marco polo é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, gestada no âmbito do Conselho Econômico e Social (ECOSOC) das Nações Unidas, e aprovada aos 10 de dezembro de 1948.⁹

Por conta destas diferenças de caráter histórico é que a doutrina moderna tem tido a oportunidade de distinguir direitos fundamentais de direitos humanos quanto ao âmbito de sua previsão, os primeiros na ordem interna e os últimos na seara internacional. Neste exato sentido, pontua Ingo Wolfgang Sarlet:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano

⁷ Idem, p. 10-11.

⁸ Conforme pondera Flávia Piovesan: "(...) em face das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional passou a reconhecer que a proteção dos direitos humanos constitui questão de legítimo interesse e preocupação internacional. (...) São criados parâmetros globais de ação estatal, que compõem um código comum de ação, aos quais os Estados devem se conformar, no que diz respeito à promoção e proteção dos direitos humanos" (PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 67).

⁹ Um dos grandes "arquitetos" da Declaração Universal de 1948, René Samuel Cassin, que viria a ganhar o Prêmio Nobel da Paz vinte anos mais tarde, assim se pronuncia sobre este pioneiro documento: "esta declaración se caracteriza, por una parte, por sua amplitud. Comprende el conjunto de derechos y facultades sin los cuales un ser humano no puede desarrollar su personalidad física, moral e intelectual. Su segunda característica es la universalidad: es aplicable a todos los hombres de todos los países, razas, religiones y sexos, sea cual fuere el régimen político de los territorios donde rija. De ahí que al finalizar los trabajos, pese a que hasta entonces se había hablado siempre de declaración "internacional", la Asamblea General, gracias a mi proposición, proclamó la Declaración "Universal". Al hacerlo conscientemente, subrayó que el individuo es miembro directo de la sociedad humana y que es sujeto directo del derecho de gentes. Naturalmente, es ciudadano de su país, pero también lo es del mundo, por el hecho mismo de la protección que el mundo debe brindarle. Tales son los caracteres esenciales de la declaración" (CASSIN, René. El problema de la realización efectiva de los derechos humanos en la sociedad universal. In: Veinte años de evolución de los derechos humanos. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 397).

reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).¹⁰

Malgrado sejam terminologicamente precisas as distinções acima colacionadas, deve ser ressaltado inexistir, quanto ao âmago dos direitos confrontados, qualquer distinção de ordem ontológica. Isso porque o núcleo essencial de tais direitos, sejam os fundamentais, sejam os humanos, é mesmo: a tutela do indivíduo naquilo que de mais precioso ele detém, pouco importando o fato de estar esta proteção positiva no âmbito doméstico ou internacional.¹¹

Vê-se, pois, que o próprio fervor causado pela previsão dos direitos humanos em documentos internacionais apenas os conduziu a um outro plano, mais abrangente, mas não querendo dizer que uma “nova classe” de direitos tenha dali emergido.

É neste diapasão que Flávia Piovesan elenca o término da Segunda Guerra Mundial como “a primeira revolução no processo de internacionalização dos direitos humanos”.¹² Ora, se os direitos humanos, conforme a festejada autora, foram “internacionalizados” após aquele momento histórico, depreende-se que eles já existiam, só que na alçada nacional de cada Estado, e levando o nome de “direitos fundamentais” previsto nas suas respectivas Constituições.

Para este sentido, outrossim, parecem confluir as lições de Antonio Enrique Pérez Luño, ao enfatizar que:

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 11. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 29.

¹¹ Não por outro motivo, é possível encontrar na literatura nacional obras cujos títulos já aludem à identidade entre as categorias. Por todos, vide: MORAES, Alexandre de. Op. cit. e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

¹² O fim da Segunda Guerra Mundial é apontado por Flávia Piovesan como “a primeira revolução no processo de internacionalização dos direitos humanos”, sendo que a segunda, ao seu sentir, seria o término da Guerra Fria, quando, então, houve a reafirmação e a consolidação, em nível global, de tal grupo de direitos. Em suas próprias palavras: “vale dizer, se o fim da Segunda Guerra Mundial significou a primeira revolução no processo de internacionalização dos direitos humanos, impulsionando a criação de órgãos de monitoramento internacional, bem como a elaboração de tratados de proteção dos direitos humanos – que compõem os sistemas global e regional de proteção –, o fim da Guerra Fria significou a segunda revolução no processo de internacionalização dos direitos humanos, a partir da consolidação e reafirmação dos direitos humanos como tema global” (PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 372). Em outra passagem, a autora, passando novamente a ideia de já existirem direitos humanos no nível nacional, consigna que: “ao constituir tema de legítimo interesse internacional, os direitos humanos transcendem e extrapolam o domínio reservado do Estado ou a sua competência nacional exclusiva” (op. cit., p. 67).

Os direitos humanos surgem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos, *nos planos nacional e internacional*.¹³

O pano de fundo crucial para se entender esta noção seja talvez a ideia, presente já nos primórdios da história humana, acerca da existência de um direito natural, inicialmente munido de um caráter místico e que se pautaria sempre pela mesma razão, a despeito de já conhecerem os antigos a noção de lei feita pelos homens, a lei positivada, conforme pontua Ylves José de Miranda Guimarães.¹⁴

Este direito natural justificaria, inclusive, em determinados casos, que se deixasse de cumprir um mandamento jurídico escrito pelos homens, a fim de se preservar a situação devida perante uma dimensão maior que lhes guardava, que é justamente o que se vê na tragédia *Antígona* de Sófocles.¹⁵

Negligenciando-se, por ora, o fato de aprofundar-se na dualidade direito natural e direito positivo – vez que isso será feito oportunamente em sessão própria deste estudo –, o que se denota deste cotejo, relativamente aos direitos humanos, é que, com o ganho de força da positivação e a conseqüente segurança jurídica por ela trazida, os direitos “inerentes” aos homens passaram a ser contemplados também pelas leis escritas. Primeiramente, no plano interno de cada Estado e, em um segundo instante, como já apontado, também em documentos legais que transcendem as raias de uma única soberania.

De arremate inigualável, portanto, a sentença de Norberto Bobbio, para quem:

¹³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho e Constitución*. 4. Ed. Madrid: Tecnos, 1988 (destacou-se).

¹⁴ Ylves José de Miranda Guimarães, em densa obra sobre o direito natural, assim aponta a distinção realizada pelo sofista Górgias: “distinção patente entre o Direito Natural e o Direito Positivo efetua Górgias, destacando o ‘áspero direito’ da ‘suave equidade’. À ‘embaraçosa exatidão da lei’ (positiva) opunha outra ‘lei mais divina e universal: dizer ou calar, fazer ou omitir, o devido no momento devido’” (GUIMARÃES, Yves José de Miranda. *Direito natural: visão metafísica & antropológica*. 1. ed Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 22).

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25-26. Comentando a clássica peça grega, Alexandre de Moraes acentua que, nela, “Sófocles defende a existência de normas não escritas e imutáveis, superiores aos direitos escritos pelo homem” (MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 25).

Os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direitos) para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais.¹⁶

De fato, aqueles direitos ditados pelos cosmos, e cujas regras não se encontravam insculpidas em documento algum, passaram a sê-lo com o tempo, sendo curioso notar, nesse sentido, que uma das declarações de maior relevância na história jurídica foi elaborada justamente em Estado de pouca tradição positiva. Está-se a falar da Magna Carta Inglesa, de 15 de junho de 1215, responsável pela outorga de diversos e relevantes direitos e garantias ao povo inglês como resposta do Rei João Sem-Terra a inúmeras pressões feitas por barões daquele país¹⁷, destacando-se, dentre as suas principais disposições, as relativas ao julgamento pelo tribunal do júri, respeito à propriedade privada e as bases do devido processo legal.¹⁸

Fixadas estas premissas, portanto, relativas à distinção topográfica entre direitos humanos e direitos fundamentais, pode-se passar ao enfrentamento de outra diferenciação proposta pela doutrina – direitos fundamentais, de um lado, e direitos da personalidade, de outro, o que constitui objeto da próxima sessão.

2.1.2 Direitos fundamentais e direitos da personalidade

Os direitos da personalidade, previstos expressamente sob esta alcunha entre os artigos 11 e 21 do Código Civil brasileiro, podem ser vislumbrados, segundo Maria Helena Diniz, como “direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio”, apontando a autora, como atributos inerentes do ser humano, e que mereceriam a tutela do espécime de direito em comento, as integridades física, intelectual e moral.¹⁹

Flávio Tartuce, na mesma esteira, aponta como o objeto dos direitos da personalidade “os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo e o que se busca

¹⁶ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 30.

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 83.

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 93-99. O autor traz inúmeras considerações relativas ao Documento, bem como a colação, na íntegra, das mais relevantes disposições ali contidas.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 17. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 135.

proteger com eles são, exatamente, os atributos específicos da personalidade, sendo personalidade a qualidade do ente considerado pessoa.”²⁰

A previsão de direitos da personalidade no âmbito do Código Civil foi pioneira do Diploma de 2002, vez que, na Codificação de 1916, concebida sob uma ótica liberal-individualista, estabelecia-se a personalidade do ser humano, mas sem nada dispor acerca de preceitos tutelando esta aptidão humana.²¹

Em virtude, precisamente, deste conteúdo próprio dos direitos da personalidade, que privilegia a tutela da pessoa humana e daquilo que a integra em sua essência, é que passou a doutrina a discutir se não haveria distinção entre esta categoria e os direitos fundamentais.

Inclinando-se pela dessemelhança entre direitos fundamentais e direitos da personalidade, pondera José de Oliveira Ascensão:

“É desde logo claro que não há identificação de categorias. Os direitos fundamentais vão muito mais longe. Atribuem direitos a organizações, que não são já pessoas. Espraia-se por direitos sociais, económicos e culturais, que não são direitos de personalidade. Abrangem as garantias, que em si não são direitos de personalidade. (...) Mas é mais importante que a análise seja dirigida ao que está essencialmente em causa no direito fundamental e no direito de personalidade. No centro do direito de personalidade deve estar a defesa da pessoa humana como tal. Sem isto, a categoria seria supérflua. Já semelhante objectivo só lateralmente pode ser prosseguido pelos direitos fundamentais. Nem sequer se pode dizer que todo o direito de personalidade, materialmente assim considerado por representar imposição da personalidade ôntica, deva por isso ser acolhido como direito fundamental.”²²

Do excerto, percebe-se que a distinção pretendida pelo mestre lusitano se refere ao grau de extensão de uma e de outra categoria jurídica, na medida em que, no seu entender, direitos atribuídos a pessoas jurídicas (organizações), embora fundamentais, não podem ser considerados como da personalidade, vez que esta espécie deveria estar centrada na pessoa humana apenas.

²⁰ TARTUCE, Flávio. Direito civil. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2012, v. 1, p. 142.

²¹ Como observa Silvio de Salvo Venosa, “o Código Civil de 2002 introduziu um capítulo dedicado aos direitos da personalidade, categoria que o legislador pátrio se refere, de forma ordenada, pela primeira vez, o que denota a nova feição que assume o direito privado nesta pós-modernidade. O século XX trouxe enormes mudanças de comportamento e de compreensão de institutos jurídicos, principalmente após o segundo conflito mundial.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte geral. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 170).

²² ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade. In: Revista Mestrado em Direito. Direitos Humanos Fundamentais: Osasco, Ano 6, N. 1, 2006, p. 149.

No mesmo sentido, leciona José Joaquim Gomes Canotilho que “muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade”.²³

Em que pese a autoridade destes argumentos, existem também posições conciliatórias entre as espécies de direitos em testilha. Nesse sentido, embora não registre expressamente a aludida identidade categorial, Sílvio de Salvo Venosa leciona que “os princípios dos direitos da personalidade estão expressos de forma genérica em dois níveis. Na Constituição Federal, que aponta sua base, com complementação no Código Civil brasileiro, que os enuncia de forma mais específica.”²⁴

De fato, no direito brasileiro, conforme ressaltado anteriormente, não havia, no Código Civil de 1916, por razões históricas, a previsão de direitos da personalidade, algo que apenas se verificaria no Diploma de 2002.

Ocorre que, antes mesmo da edição no novel Código Civil, a Constituição Federal, no ano de 1988, trouxe, como marca do processo de redemocratização pelo qual passava o Brasil, inúmeros direitos e garantias individuais e sociais, de sorte, dentro desta gama jurídica, pode-se encontrar vários direitos que, anos mais tarde, seriam explicitamente rotulados pelo legislador ordinário como direitos da personalidade.²⁵

Verifica-se, pois, uma particularidade do direito civil brasileiro no que atine aos direitos da personalidade, daí porque pretenderem vários doutrinadores pátrios a eliminação das diferenças entre as duas espécies, sobretudo em tempos nos quais tão em voga está a ideia de Constitucionalização do Direito Civil, abalando-se a estrutura da secular classificação romana do direito entre público e privado.²⁶

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 396.

²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte geral. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 170.

²⁵ A título exemplificativo, atente-se aos incisos IV (“é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”) e X (“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”) do artigo 5º da Carta Magna de 1988. Na mesma linha de argumentação, Allesandra Helena Neves pondera: “Desta forma, tendo em vista o não tratamento, mormente em nosso sistema pátrio, pelos direito da personalidade no corpo do Código Civil, esses direitos sofreram parcial processo de constitucionalização; e foi com a Constituição de 1988 que os direitos da personalidade foram alçadas à norma fundamental” (NEVES, Allesandra Helena. Direitos fundamentais versus direitos da personalidade: contraposição, coexistência ou complementaridade?. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 352, 24 jun. 2004 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5387>>. Acesso em: 12 nov. 2013).

²⁶ Sobre a constitucionalização do direito civil, interessantes as considerações tecidas por Paulo Luiz Netto Lôbo: “Na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia uma disjunção: hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria

Já em âmbito comparatista, o próprio Professor Gomes Canotilho, ademais, após traçar a colacionada distinção entre direitos fundamentais e direitos da personalidade, consigna que:

Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como “direito à pessoa ser e à pessoa devir”, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa.²⁷

Portanto, tal como dito em passado momento acerca do embate entre direitos humanos e direitos fundamentais, entende-se que qualquer diferenciação pretendida entre estes e os direitos da personalidade, malgrado seja possível da perspectiva estritamente conceitual e topográfica, não passa pelo exame quanto à sua ontologia, eis que, tanto num quanto noutro caso, o âmbito de tutela é o mesmo: a do ser humano e daquilo que o cerca em seus mais basilares predicados.

2.2 Gerações (Dimensões) de Direitos Fundamentais

Em sua clássica obra *A era dos direitos*, Norberto Bobbio propagou uma das classificações mais difundidas dentre a cultura jurídica internacional, qual seja, a das gerações de direitos humanos/fundamentais.

Disse-se “propagou” em virtude de que, ao contrário do que muito se pensa, não foi o mestre italiano quem cunhou a expressão “geração de direitos”. Em verdade, foi o jurista tcheco-francês Karel Vasak quem, inspirado no lema “liberdade, igualdade e fraternidade” da Revolução Francesa, criou a sistemática das três gerações de direitos fundamentais.²⁸

com frequência (e ainda ocorre). A mudança de atitude também envolve certa dose de humildade epistemológica.” (LOBO, Paulo Luiz Netto. Teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 02).

²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 396.

²⁸ PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 214, nota nº 53, "in fine". Sobre a classificação apresentada e o lema revolucionário de 1789, Manoel Gonçalves Ferreira Filho registra: “a primeira geração seria a dos direitos de *liberdade*, a segundo dos direitos de *igualdade*, a terceira, assim, complementaria o lema da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade, fraternidade*” (Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 57).

Dada a escassez de obras traduzidas de Vasak sobre o assunto, as ditas gerações de direitos serão analisadas com base, sobremaneira, na obra de Bobbio, mormente porque ela constitui a principal fonte buscada pelos estudiosos brasileiros sobre o assunto.

Segundo Norberto Bobbio, a primeira geração de direitos corresponderia, grosso modo, aos direitos civis e políticos, as chamadas “liberdades negativas”, por meio dos quais a principal ânsia dos cidadãos era o afastamento do ente estatal, dando-lhes as mais variadas espécies de liberdades (como a religiosa, a política e as civis).²⁹

Na segunda geração, encontrar-se-iam os “direitos sociais”, tais como não só o “amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, (...), mas também a proteção contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo”³⁰, dentre outros, todos relativos, agora, à noção de liberdade positiva, vale dizer, de exigir uma prestação estatal no sentido de “criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados.”³¹

De sua vez, a terceira geração de direitos, segundo o que escreveu Bobbio no ano de 1990, constituiria uma classe de direitos “ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata”³². A fim de não deixar a total abstração tomar conta do conceito, Bobbio acentua que, no que concerne aos direitos de terceira geração, “o mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.”³³

Já no início da década de 1990, outrossim, o autor detectava a presença de uma quarta geração de direitos, o que não constava da teoria inaugural de Vasak, “referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.”³⁴

Expostas, em breves linhas, a classificação geracional difundida por Norberto Bobbio, pode-se passar, doravante, a apresentar algumas críticas trazidas à baila pela doutrina quanto à terminologia adotada alhures. Isso porque “a expressão

²⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 05.

³⁰ *Idem*, *ibidem*.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. In: *Revista Jurídica Virtual da Presidência da República: Brasília*, vol. 2, n. 13, junho/1999, s. p. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 11 de novembro de 2013.

³² BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 06.

³³ *Idem*, *ibidem*.

³⁴ *Idem*, *ibidem*.

gerações poderia dar a falsa ideia de que uma categoria de direitos substitui a outra que lhe é anterior”³⁵, quando se sabe, de outra banda, que uma das características dos direitos humanos é justamente a sua interdependência, isto é, “as várias previsões (...), apesar de autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades”.³⁶

Neste diapasão, a propósito, a crítica de Antonio Augusto Cançado Trindade:

A fantasia nefasta das chamadas ‘gerações de direitos’, histórica e juridicamente infundada, na medida em que alimentou uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos, já se encontra devidamente desmistificada. O fenômeno de hoje testemunhamos não é o de sucessão, mas antes, de uma expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, consoante uma visão necessariamente integrada de todos os direitos humanos. As razões histórico-ideológicas da compartimentalização já há muito desapareceram. Hoje podemos ver com clareza que os avanços nas liberdades públicas em tantos países nos últimos anos devem necessariamente fazer-se acompanhar não de retrocesso – como vem ocorrendo em numerosos países – mas de avanços paralelos no domínio econômico-social.³⁷

O próprio Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, aliás, segundo noticia George Marmelstein Lima, contara, durante palestra proferida em Brasília, em maio de 2000, ter, certa feita, pessoalmente indagado a Karel Vasak o motivo do desenvolvimento da teoria geracional, ocasião em que obteve a resposta de que isso se teria dado por falta de tempo para preparar uma exposição, momento no qual se lembrou da bandeira francesa e fez a pretensa conexão entre os assuntos.³⁸

No mesmo sentido, os apontamentos tecidos por Flávia Piovesan, em análise do texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Assim, partindo do critério metodológico que classifica os direitos humanos em gerações, compartilha-se do entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a equivocada visão da sucessão “geracional” de direitos, na medida em que se acolhe a

³⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 754-755.

³⁶ MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 41.

³⁷ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. Vol. 1, p 390.

³⁸ LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4666>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

ideia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, todos essencialmente complementares e com constante dinâmica de interação.³⁹

Considerações críticas são igualmente colacionadas por Valério de Oliveira Mazzuoli, consignando que não se verificou na consagração dos direitos humanos as etapas predispostas na teoria geracional. Isso porque, enquanto no plano constitucional, se verificou os direitos sociais vindo em momento posterior aos civis e políticos, na ordem internacional, com a criação da Organização Internacional do Trabalho em 1919, os direitos sociais teriam sido reconhecidos antes mesmo dos civis e políticos, o que, segundo o autor, denota uma “concomitância” no surgimento de diplomas legais sobre tais espécies de direitos.⁴⁰

Carlos Weis, por fim, observa ser a teoria geracional nada mais do que “uma tentativa de tornar mais palatável a noção da historicidade dos direitos humanos, (...) mas que acaba por demonstrar a perigosa impropriedade da locução, ao conflitar com as características fundamentais dos direitos humanos contemporâneos.”⁴¹

A teoria geracional, de fato, parece fazer muito mais sentido quando tomada apenas no âmbito interno do constitucionalismo, vez que neste movimento sim se verificou o surgimento, no início, de Constituições liberais, calcadas nos ideais de liberdades negativas e de limitação efetiva do poder estatal (cujos maiores exemplos são as Constituições dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791), e, posteriormente, em movimento inaugurado pela Constituição Mexicana (de 1917) e pela Lei Fundamental de Weimar (1919), de Constituições sociais próprias do período do *Welfare State*, até chegar-se a um terceiro patamar no qual se verifica uma mescla entre a terceira e as seguintes gerações desenvolvidas pela doutrina posterior à Vasak.⁴²

³⁹ PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 214-215.

⁴⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 756.

⁴¹ WEIS, Carlos. Direitos humanos contemporâneos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, 51.

⁴² Para uma evolução histórica dos direitos fundamentais, no âmbito constitucional, vide: MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 26-32. A evolução destes direitos, no âmbito brasileiro, fica muito clara com as Constituições aqui promulgadas/outorgadas: vê-se um modelo absolutamente liberal na Constituição Republicana de 1891 (com forte inspiração na Norte-Americana de 1787), passando-se para uma mais socialista no caso da Lei Fundamental de 1934 (que previu, por exemplo, várias normas trabalhistas nos seus artigos 121/123) até a Constituição de 1988, marcada pela conjugação de todas as aludidas gerações. Por fim, quanto às doutrinas que serviram de supedâneo aos Estados na modernidade e na era contemporânea, vide o apanhado de Luis Roberto Barroso em: BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 64-67.

Sem embargo da relevância que o tema impõe, exigindo maior adensamento teórico, pode-se por ora passar, dado o pano de fundo do presente trabalho, ao próximo tópico, que é o da fundamentação filosófica dos direitos fundamentais, passando-se, nesse momento inicial, pelas escolas do Jusnaturalismo e do Positivismo Jurídico.

2.3 Jusnaturalismo e os Direitos Fundamentais

Dentre as principais correntes filosóficas que buscam justificar o direito, encontra-se o jusnaturalismo, alicerçado na ideia de que existem direitos naturais, inatos, inerentes ao homem e que o acompanham durante toda a sua existência⁴³.

Segundo Luis Roberto Barroso, a mola propulsora do pensamento jusnaturalista

(...) consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal⁴⁴.

Embora as origens do jusnaturalismo remontem à Antiguidade Clássica – notadamente na tragédia *Antígona*, do filósofo grego Sófocles⁴⁵, e, em momento posterior, com a obra do jurista romano Cícero⁴⁶ –, período do qual herdou grande carga

⁴³ VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit., p. 169.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 235.

⁴⁵ Na obra, à qual se fez alusão, *en passant*, em momento anterior do presente estudo, a personagem principal, que empresta seu nome ao título da tragédia, questiona a determinação do Rei Creonte pela qual não poderia seu irmão Policines ser sepultado como de praxe a título de punição por ter se rebelado contra o governo. Diante do mandamento real (ali entendido como lei dos homens), Antígona argumenta: “(...) não foi Zeus que a proclamou [a lei de Creonte]! Não foi a Justiça, sentada junto aos deuses do reino dos mortos; não, essas não são as leis que os deuses tenham um algum dia prescrito aos homens, e eu não imaginava que as tuas proibições fossem assaz poderosas para permitir a um mortal descumprir aquelas outras leis, não escritas, inabaláveis, as leis divinas! Estas não datam nem de hoje nem de ontem, e ninguém sabe o dia em que foram promulgadas. Poderia eu, por temor de alguém, qualquer que ele fosse, expor-me à vingança de tais leis?” (apud COMPARATO, Fabio Konder. Op. cit., p. 26).

⁴⁶ Em sua famosa obra *Da República*, Cícero comenta a existência desta lei natural e universal: “A razão reta, conforme a natureza, gravadas em todos os corações, imutável, eterna, cuja voz ensina e prescreve o bem (...). Essa lei não pode ser contestada, nem derogada em parte, nem anulada; não podemos ser isentos de seu cumprimento pelo povo nem pelo senado (...). Não é uma lei em Roma e outra em Atenas, uma antes e outra depois, mas uma, sempiterna e imutável, entre todos os povos e em todos os tempos;

religiosa que se estenderia também pela Idade Médica, é de se ver, como o faz Gomes Canotilho, que foi a “secularização do direito natural” que, “substituindo a vontade divina pela ‘natureza ou razão das coisas’” possibilitou o desenvolvimento de uma teoria do direito natural nos moldes do que fizeram Grócio, Pufendorf e Locke e que conduziu a uma “ideia de *direitos naturais do indivíduo* e à concepção de *direitos humanos universais*”⁴⁷.

Para este mesmo horizonte, outrossim, apontam as lições de Luis Roberto Barroso, para quem a corrente jusnaturalista, despindo-se da pauta teológica de outrora, “passa a ser a filosofia natural do Direito e associa-se ao iluminismo (...), dando substrato jurídico-filosófico às duas grandes conquistas do mundo moderno: a tolerância religiosa e a limitação ao poder do Estado”⁴⁸.

Há notória influência, destarte, do movimento jusnaturalista na gênese do constitucionalismo moderno, inaugurado com o término das Revoluções Norte-Americana, que culminaria com a independência das Treze Colônias (1776), e Francesa (1789)⁴⁹, apontado Luis Roberto Barroso, inclusive, haver “referências às *leis da natureza* e ao *Deus da natureza*” no texto da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América⁵⁰.

Prosseguindo o curso temporal, como decorrência de tais acontecimentos, embora “o advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação” sejam as marcas do ápice do jusnaturalismo, “paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica⁵¹”, na medida em que aí ganhou fôlego, como nunca, o positivismo jurídico.

Do movimento jusnaturalista, relativamente aos que interessa aos direitos fundamentais, pode-se apontar como uma de suas maiores contribuições o fato de justificá-los como inatos ou inerentes aos homens, despiciendo da análise de texto normativo entregando-os aos seus titulares.

uno será sempre o seu imperador e mestre, que é Deus, seu inventor, sancionador e publicador, não podendo o homem desconhecê-la sem renegar a si mesmo...” (CÍCERO. Da república. Rio de Janeiro: Ediouro, s.d., p. 100).

⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 382.

⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 236-237.

⁴⁹ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 237.

⁵⁰ Idem, ibidem.

⁵¹ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 238.

Em verdade, “por essa teoria, os direitos humanos fundamentais não são criação dos legisladores, tribunais ou juristas e, conseqüentemente, não podem desaparecer da consciência dos homens⁵²”, tendo sido, como revelado pelas lentes da História, de magnitude ímpar para resistir – e, quiçá, inovar – frente a governos autoritários, que pretendiam se valer da lei escrita (ou da ausência delas) para tolher direitos e garantias que, inequivocamente, hão de ser concebidos a todos os homens de maneira indistinta.

2.4 Juspositivismo e os Direitos Fundamentais

O positivismo jurídico insere-se como uma das comportas de uma escola filosófica maior, o Positivismo. O pensamento filosófico positivista, que tem na pessoa de Auguste Comte seu maior expoente, nasce a partir da ambição de transportar para o âmbito das ciências sociais o mesmo êxito alcançado nas ciências da natureza, as quais, valendo-se da técnica da experimentação, conseguiam melhor estabelecer as relações de causa e efeito entre os fenômenos observados⁵³.

Com o positivismo, entendia Comte, restariam superadas as explicações de ordem teológica e metafísica da realidade, fazendo-se, assim, com que “o conhecimento humano alcance dignidade científica”,⁵⁴ como bem apontado por Paulo Nader:

Por sua famosa *lei dos três estados*, todo conhecimento e cultura passam pelas etapas teológica, metafísica e positiva. Inicialmente, os fatos eram atribuídos à intervenção divina. Na etapa metafísica, o homem teria recorrido a entidades abstratas na justificação dos fenômenos. Finalmente, na etapa positiva, o conhecimento é explicado de acordo com os nexos de causalidade, mediante constatação da realidade⁵⁵.

⁵² MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 34.

⁵³ NADER, Paulo. Filosofia do direito. 18. ed. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 2010, p. 173-174.

⁵⁴ NADER, Paulo. Op. cit., p. 174.

⁵⁵ Idem, p. 175.

Em sede de Filosofia do Direito, o juspositivismo “teve seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen”⁵⁶, embora tenham havido variações como as correntes codicista, sociologista e decisionista, apontadas por Paulo Nader⁵⁷.

Para o positivismo jurídico, o objeto de estudo que se deve fazer do Direito é a “norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa”, havendo uma “aproximação quase plena entre Direito e norma”⁵⁸.

Com efeito, “os positivistas estreitam o campo de abordagem do Direito, limitando-o à análise do Direito Positivo. O Direito é a lei; seus destinatários e aplicadores devem exercitá-la sem questionamento ético ou ideológico”⁵⁹.

No que concerne aos direitos fundamentais, destarte, para o positivismo jurídico só poderiam ser assim considerados os que estivessem indiscutivelmente insculpidos em lei como tal. Daí a relevância do movimento de constitucionalização do direito, verificado a partir do findar do Século XVII, no qual as Constituições escritas passaram a prever declarações de direitos e garantias aos cidadãos, bem como, já na metade do Século XX, as previsões de tratados e declarações internacionais reconhecendo tais direitos a todos os indivíduos, de maneira indistinta, unicamente pela sua condição humana.

Sobre o assunto, conforme bem arremata Alexandre de Moraes, vê-se que “a teoria positivista (...) fundamenta a existência dos direitos humanos na ordem normativa (...). Desta forma, somente seriam direitos humanos fundamentais aqueles expressamente previstos no ordenamento jurídico positivado”⁶⁰.

A grande mazela do positivismo jurídico, como fica evidente, é a de que o culto exacerbado à lei, aqui entendida como sinônimo de Direito, sem uma reflexão mais aguçada dos valores que devem estar por detrás da redação normatizada, acaba por dar margem à chancela de situações inaceitáveis do ponto de vista ético.

Como bem observa Luis Roberto Barroso, “a troca do ideal racionalista de justiça pela ambição positivista de certeza jurídica custou caro à humanidade”⁶¹, na

⁵⁶ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 240.

⁵⁷ NADER, Paulo. Op. cit., p. 176. Na passagem indicada da obra, encontra-se uma explicação mais detida sobre cada uma destas tendências do positivismo jurídico.

⁵⁸ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 240.

⁵⁹ NADER, Paulo. Op. cit., p. 178.

⁶⁰ MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 34.

⁶¹ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 241.

medida em que “a ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem⁶²”.

Observa, ainda, o festejado autor que o queda da hegemonia positivista coincide com o término da Segunda Guerra Mundial, conflito em que se pôde perceber os perigos da obediência cega à lei corretamente aprovada do ponto de vista formal, eis que muitas das barbáries ali envidadas estavam, todas, escudadas pela ordem interna de seus respectivos Estados⁶³.

Pensa-se, portanto, hodiernamente, num estágio de desenvolvimento jusfilosófico no qual, sem abrir mão da considerável segurança jurídica veiculada pelo legado positivista, não se olvide a respeito dos valores e das finalidades que devem ser perseguidas pelo ordenamento. Trata-se de ideia ainda não muito bem resolvida na doutrina, mas que, grosso modo, pode ser albergada dentro daquilo que se tem chamado de pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, assunto este que, por questões estratégicas, será abordado oportunamente no trabalho em mãos.

2.5 Conteúdo Essencial e Restrições aos Direitos Fundamentais

2.5.1 Suporte fático dos direitos fundamentais

Embora tenha o presente trabalho feito a opção por não enumerar as características dos direitos fundamentais, vez que se trata de ponto deveras surrado pela doutrina, uma delas é essencial para que se compreenda o tema a ser doravante desenvolvido: a relatividade dos direitos fundamentais.

Com efeito, ninguém ignora que, conquanto previstos no núcleo petrificado da Constituição Federal, os direitos fundamentais não podem ser encarados como preceitos absolutos, eis que, especialmente por terem, em sua larga maioria, natureza principiológica, sua convivência é conflitual, tendo um de ceder lugar em prol de outro e vice-versa, conforme as vicissitudes da vida que se apresentarem no caso concreto.

⁶² Idem, *ibidem*.

⁶³ Idem, p. 242.

Assentadas tais colocações, é dado a este texto, por oportuno, adentrar em temas umbilicalmente correlatos com a natureza relativa de tal espécie de direitos, vale dizer, as restrições a si admissíveis e, em seguida, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, comporta a partir da qual qualquer forma de restrição transveste-se de roupagem ilegítima.

Para que se consiga trabalhar a contento com a noção do que seria o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e quais as restrições possíveis a estas espécies jurídicas, é necessário, antes disso, que se enunciem algumas palavras acerca daquilo que Virgílio Afonso da Silva traz para o direito constitucional brasileiro como “suporte fático dos direitos fundamentais”⁶⁴.

Segundo leciona o mencionado jurista, o suporte fático dos direitos fundamentais é constituído pela soma de três elementos: âmbito de proteção, intervenção e ausência de fundamentação constitucional⁶⁵. Os três elementos – acrescente-se – são cumulativos, de modo que apenas com o correto preenchimento do suporte fático é que se pode cogitar da liberação da consequência jurídica do direito fundamental, que normalmente é a exigência de cessação de uma intervenção.

No âmbito de proteção, verifica-se se a conduta praticada pelo sujeito pode ser vista como efetivamente englobada pelo direito fundamental em exame, trazendo Virgílio Afonso da Silva, como exemplo de conduta inserida no âmbito de proteção do direito de liberdade religiosa, a situação do indivíduo que, todas as noites, antes de dormir, faz uma prece à entidade divina cuja existência por ele é crida⁶⁶.

A intervenção, normalmente estatal, é a resposta à pergunta “contra o quê o direito fundamental é protegido?”, abrangendo, nos dias atuais, por conta do reconhecimento da aplicação dos direitos fundamentais também nas relações entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), tanto conduta de agentes públicos quanto de pessoas privadas no sentido de atentar contra algo inserido no âmbito de proteção do direito⁶⁷.

Em terceiro posto, a fundamentação constitucional da intervenção, isto é, o fato de estar aquela forma de interferência contra conduta inserida no âmbito de proteção de determinado direito fundamental em consonância com outro preceito

⁶⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: Revista de Direito do Estado, nº 04, 2006, p. 28.

⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 31.

⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 30.

⁶⁷ Idem, ibidem.

constitucional, consubstancia-se em um óbice ao preenchimento do suporte fático, impedindo que o direito vítima da intervenção irradie sua consequência jurídica (cessação da intervenção, em geral). Desse modo, para que o suporte fático seja devidamente preenchido, é necessário, em última posição, que a intervenção sofrida seja carente de fundamentação constitucional⁶⁸.

Apresentado o conceito de suporte fático, pode-se, seguindo as lições de Virgílio Afonso da Silva, diferenciar duas teorias acerca daquele, uma que o concebe em moldes mais estritos (suporte fático restrito), e outra que o enxerga de maneira mais generosa (suporte fático amplo)⁶⁹.

Pela teoria do suporte fático restrito, já é possível, de antemão, saber-se quais condutas não estariam subsumidas no âmbito de proteção do direito fundamental⁷⁰. É com base nessa teoria, por exemplo, que já se poderia afirmar de pronto que “improvisações de trombone durante à noite na rua” não estariam abrangidas pelo direito de liberdade artística⁷¹. Por estes motivos, para os adeptos da teoria do suporte fático estrito, “não há que se falar em restrição a direitos fundamentais e, sobretudo, não há espaço para se falar em sopesamento entre princípios”⁷², com o que não concorda Virgílio Afonso da Silva.

Já pela teoria do suporte fático amplo, não se afirma peremptoriamente quais condutas estariam ou não abarcadas por determinado direito fundamental, indagando-se, apenas, ao revés, “o que é protegido *prima facie* por esse direito?”, o que pode ser respondido como “toda ação, estado ou posição jurídica que possua alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do âmbito temático de um determinado direito fundamental”⁷³.

⁶⁸ Idem, p. 31. Virgílio Afonso da Silva (Op. cit., p. 32), para ilustrar o modelo proposto, traz o seguinte exemplo: “Para ilustrar o que aqui se quer dizer, utilizarei um exemplo que é analisado com maiores detalhes na tese. O art. 4º, § 1º, da lei 9612/98 proíbe o “proselitismo de qualquer natureza” nas emissoras comunitárias de radiodifusão. Se substituirmos x, no modelo acima, por “proselitismo”, teríamos o resultado do modelo para o caso concreto, ou seja: se “proselitismo” é garantido pelos âmbitos de proteção da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa (APx) e se não há fundamento constitucional para a vedação desse proselitismo (não-FC(IEx)), então vale, em relação a x (proselitismo), a consequência jurídica do direito de liberdade em jogo, isto é, no caso de x (proselitismo) vale a consequência jurídica das normas que garantem as liberdades de expressão e de imprensa, que é a exigência de omissão estatal nesse âmbito e da cessação de eventual intervenção não fundamentada”. Malgrado o presente trabalho, advirta-se, tenha optado por não trabalhar com as fórmulas trazidas pelo insigne jurista, acredita-se não ficar a exemplificação prejudicada com o que até aqui se trouxe.

⁶⁹ Idem, p. 31-32.

⁷⁰ Idem, p. 32.

⁷¹ O exemplo, trazido por Virgílio Afonso da Silva (Op. cit., p. 34), é do alemão Friedrich Müller.

⁷² SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 33.

⁷³ Idem, p. 34.

Salienta Virgílio Afonso da Silva que esta resposta não deve passar a impressão de que os direitos fundamentais, pela teoria do suporte fático amplo, seriam absolutos, vez que aquela se volta apenas para o que seria protegido *a priori*, sendo as intervenções posteriormente analisadas quanto à sua legitimidade, diferenciando o autor, nesse sentido, as restrições de direitos fundamentais (oriunda de uma intervenção constitucionalmente fundamentada) das violações destes mesmos direitos (estas verificadas nos caos de intervenções inconstitucionais)⁷⁴.

2.5.2 Restrições aos direitos fundamentais: teoria interna e teoria externa

As restrições aos direitos fundamentais, segundo Virgílio Afonso da Silva, são próprias da adoção da teoria do suporte fático amplo de tais direitos⁷⁵, vez que, como dito, no suporte estrito, por já se excluir uma dada conduta do âmbito de proteção de determinado direito fundamental, não há como se pensar em um direito entrando em choque com outro.

Adotando-se, pois, a teoria do suporte fático amplo, faz-se necessário reconstruir a relação entre o direito e seus limites e restrições, o que enseja a explicação de duas teorias distintas, uma chamada de interna e outra conhecida por externa⁷⁶.

Pela teoria interna, tem-se que “o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele”, sendo, nessa perspectiva, possível que se fale em “limites imanentes”⁷⁷.

Como pontua Virgílio Afonso da Silva:

Assim, de acordo com a teoria interna, "existe apenas um objeto, o direito com seus limites imanentes". A fixação desses limites, por ser um processo interno, não é definida nem influenciada por aspectos externos, *sobretudo não por colisões com outros direitos*⁷⁸.

Exatamente por conta de serem os direitos fundamentais, na perspectiva da teoria interna, impassíveis de sofrerem colisão com outros direitos, encontrando

⁷⁴ Idem, p. 35.

⁷⁵ Idem, ibidem.

⁷⁶ Idem, p. 36.

⁷⁷ Em tudo: SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 37.

⁷⁸ Idem, ibidem. Destaque no original.

limites apenas dentro de sua própria estrutura, conclui Virgílio Afonso da Silva que “direitos definidos a partir do enfoque da teoria interna têm sempre a estrutura de regras”, de sorte que a restar inviabilizada aplicação de sopesamentos⁷⁹.

A teoria externa, de outra banda, pressupõe a existência de dois objetos: o direito, de um lado, e as suas restrições, de outro⁸⁰. É com base nela que se pode sustentar a possibilidade de análise de conflitos entre direitos fundamentais a serem resolvidos mediante critérios de ponderação ou sopesamento, vez que, segundo enuncia este aglomerado teórico, “as restrições, qualquer que seja a sua natureza, não têm nenhuma influência no *conteúdo* do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir o seu *exercício*”⁸¹.

E, dentre os critérios de sopesamento mais utilizados para superar estes conflitos entre direitos fundamentais, está o da aplicação da “proporcionalidade”, estruturada em suas três conhecidas submáximas – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁸², em cujo maior tratamento se pede a devida vênua para não se adentrar.

2.5.3 Conteúdo essencial dos direitos fundamentais: teoria absoluta e teoria relativa

Superadas as discussões acerca do suporte fático dos direitos fundamentais e, de conseguinte, das restrições admissíveis a estes direitos, é tempo de

⁷⁹ Idem, *ibidem*. Grifo no original.

⁸⁰ Idem, p. 38-39.

⁸¹ Idem, p. 39.

⁸² Falou-se apenas em “proporcionalidade”, sem destacar a sua natureza jurídica, pelo fato de que esta é um tanto controvertida na doutrina. Isso porque, tradicionalmente conhecido como princípio da proporcionalidade (é copiosa a doutrina e a jurisprudência nesse sentido), Virgílio Afonso da Silva a chama de “regra” (Op. cit., p. 39), ao passo que Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto. “O que é ‘devido processo legal’?”. In: Revista de Processo, nº 163, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 52) o considera um “postulado normativo-aplicativo”, vale dizer, um terceiro gênero de normas destinadas a possibilitar a aplicação de outras normas (sejam regras, sejam princípios). De todo modo, a estrutura trinária da proporcionalidade em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito é comungada por ambos os autores. Esmiuçando as submáximas da proporcionalidade na aplicação de princípios, Humberto Ávila assenta: “O fundamento normativo do dever de proporcionalidade, nas suas exigências de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, reside, pois, na própria instituição de princípios. Ao instituir um princípio, está-se, ao mesmo tempo, estabelecendo o dever de promovê-lo adequadamente. Desse modo, onde houver um princípio, haverá o dever de adequação. Ao instituir dois princípios, está, simultaneamente, prescrevendo o dever de promovê-los sem os restringir desnecessariamente. Assim, onde houver dois princípios, haverá o dever de necessidade. E ao instituir um conjunto de princípios, está estabelecendo o dever de mais promovê-los do que restringi-los. Desse modo, onde houver um conjunto de princípios, haverá o dever de proporcionalidade.” (op. cit. p. 52-53).

se debruçar sobre o chamado conteúdo essencial ou núcleo essencial dos direitos fundamentais, é dizer, “uma das formas de preservação destes direitos frente às intervenções dos poderes constituídos”⁸³.

Embora a Constituição Federal de 1988, ao enunciar os direitos e garantias fundamentais, não tenha expressamente indicado no que consistiria esse núcleo, como bem observa Ana Carolina Lopes Olsen⁸⁴, Gilmar Ferreira Mendes entende que “a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais deriva da supremacia da Constituição e do significado dos direitos fundamentais na estrutura constitucional dos países dotados de Constituições rígidas”⁸⁵.

De acordo com Ana Carolina Lopes Olsen, dentre outras distinções teóricas possíveis no tema conteúdo essencial dos direitos fundamentais, destaca-se a que se divide entre uma teoria absoluta e outra teoria relativa⁸⁶.

Pela teoria relativa, ensina a mencionada autora que o núcleo essencial de cada direito fundamental é obtido a partir de ponderações feitas com supedâneo no princípio da proporcionalidade, enfatizando, ademais, que este preceito deve ser entendido na modalidade de “proibição de excesso” em face dos direitos aqui apontados como de liberdades negativas e na de “proibição de proteção deficiente” quando voltado a direitos de exigências de prestações por parte do Estado⁸⁷.

Como anota Virgílio Afonso da Silva sobre a teoria relativa:

O ponto central de toda teoria relativa consiste na rejeição de um conteúdo essencial como um âmbito de contornos fixos e definíveis a priori para cada direito fundamental. Segundo os adeptos de um conteúdo essencial relativo, a definição do que é essencial e, portanto, a ser protegido, depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto. Isso significa, sobretudo, que o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso⁸⁸.

⁸³ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 154.

⁸⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Op. cit.*, p. 155.

⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 39.

⁸⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Op. cit.*, p. 156.

⁸⁷ *Idem*, *ibidem*.

⁸⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 42.

Já de acordo com a teoria absoluta, haveria, em cada direito fundamental, um núcleo intangível que não poderia, jamais, ser tocado, nem mesmo após o exercício do princípio da proporcionalidade⁸⁹.

A grande crítica a ser tecida contra a teoria absoluta, como acena Ana Carolina Lopes Olsen, seria em determinar no que consistiria o núcleo essencial dos direitos fundamentais (algo semelhante ao que será visto, em capítulos à frente, quando do enfrentamento do chamado mínimo existencial), além do que, agora invocando Robert Alexy, a referida autora pontua que, na missão de identificar esse núcleo intransponível, seria necessária uma “ponderação de bens e valores”, de forma a tornar a teoria absoluta, dalgum modo, dependente da relativa⁹⁰.

Por isso, embora reconheça algumas críticas lançadas contra a teoria relativa, Ana Carolina Lopes Olsen termina por apontar-lhe como a mais adequada para a tutela dos direitos fundamentais, na medida em que, ainda que tenha conteúdo mais maleável, exige fundamentação racional e condizente pelas estruturas do princípio da proporcionalidade para que possa um direito fundamental ceder espaço a outro em conflito consigo⁹¹.

Virgílio Afonso da Silva, finalmente, a despeito de também indicar várias imperfeições na teoria relativa, reconhece ser ela a que aponta para a direção correta na qual continua a desenvolver suas teses⁹², cujas derivações, de certo, não são comportadas pelo presente e singelo trabalho.

⁸⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. cit., p. 159.

⁹⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. cit., p. 161.

⁹¹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. cit., p. 163.

⁹² SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 42.

3 ACESSO À JUSTIÇA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Noções Elementares

Apresentadas algumas diferenciações e justificativas acerca dos direitos fundamentais, faz-se necessário assentar, agora, que de nada adianta a percepção de sua existência, seja por exposto apontamento legal, seja em virtude da própria razão de existir do ser humano, sem que sejam disponibilizados instrumentos por meio dos quais a vigência daqueles direitos possa ser afirmada e seu conteúdo, desse modo, efetivado.

Conspícuas, nessa altura, são as lições de Ruy Barbosa, que, distinguindo direitos de garantias, afirma serem aqueles o conteúdo material do que protegido pelo ordenamento, ao passo que as últimas seriam os mecanismos de que dispõe o sujeito para ver o seu direito, com o perdão da redundância, garantido.

O problema que se dispôs a abordar no presente capítulo, entretanto, vai além.

Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo em âmbito constitucional, é rico não apenas em direitos, como também em garantias a serviço destes, aí se podendo assestar todos os vários remédios constitucionais ditados na vigente ordem e que serão pormenorizadamente analisados em espaço próprio.

O “calcanhar de Aquiles” da efetivação dos direitos fundamentais no Estado Brasileiro, destarte, advém da vulnerabilidade verificada em estágio anterior à entrega constitucional de remédios e garantias para aqueles direitos. Vale dizer, é na impossibilidade, pelas mais diversas ordens, de acessar o cidadão o Sistema de Justiça que se veem direitos, adjetivados pelos cultores das Letras Jurídicas com as mais poéticas terminologias, perecer ao relento da dura realidade social por aqui observada.

Imprescindível retomar-se o estudo, pois, ainda hoje, do acesso à justiça, isto é, de “um requisito fundamental de um sistema jurídico igualitário e moderno que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”⁹³.

De fato, seguindo-se a sempre lembrada advertência de Norberto Bobbio, segundo a qual “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é

⁹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*”⁹⁴, pode-se entender que o acesso à justiça, como mecanismo básico para a proteção dos direitos fundamentais, a teor da disposição do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, torna-se, no dizer de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, “o mais básico dos direitos humanos”⁹⁵.

Com efeito, observa Boaventura de Sousa Santos que o tema de acesso à justiça constitui uma das contribuições da sociologia do direito para a devida análise das interações entre direito processual e administração da justiça, de um lado, e realidade social e econômica⁹⁶, de outro, enfatizando que a preocupação com o assunto se extasiou, sobremaneira, após o término da Segunda Guerra Mundial, na medida em que:

(...) a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e sua expansão paralela à do Estado de bem estar transformou o direito ao acesso efetivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, nos novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores⁹⁷.

Ainda de acordo com o mestre português, o maior feito da sociologia jurídica em sede de acesso à justiça se consubstancia na identificação dos obstáculos encontrados na realidade social a que seja efetivada a participação dos vários segmentos ali presentes na condução de conflitos à solução pelo Poder Judiciário⁹⁸, mas isto constitui tema para a próxima sessão.

⁹⁴ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

⁹⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. Op. cit., p. 12. Sobre o tema, também pondera Almir Gallassi (GALLASSI, Almir. O acesso à justiça como garantia dos direitos fundamentais das minorias sociais. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luís de (Org.). Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica. Birigui, SP: Boreal, 2012, p. 08): “Nesse ponto, o acesso à justiça torna-se um bem maior até mesmo que os direitos fundamentais, no sentido de que a sua efetivação (direitos fundamentais) somente será possível através da própria garantia de acesso à justiça (pelo cidadão) quando houver violação de seus direitos”.

⁹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 21, 1986, p. 17.

⁹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit., p. 18.

⁹⁸ Idem, p. 18-19.

3.2 Obstáculos ao Acesso à Justiça

Cientes de que “as diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas”⁹⁹, Mauro Cappelletti e Bryant Garth acentuam que, para saber quais obstáculos ao acesso à justiça podem ser transpostos, é necessário que se identifique, de antemão, quais são os verdadeiros entraves existentes no cotidiano social¹⁰⁰.

Dentre os vários obstáculos de acesso à justiça, percebem os autores a presença de três grandes grupos de empecilhos àquele basal direito, os quais serão separadamente tratados.

3.2.1 Custas judiciais

Consideradas, por Boaventura de Sousa Santos, como um “obstáculo econômico”¹⁰¹, as custas judiciais (*rectius*, o alto valor das custas judiciais) impedem o efetivo acesso à justiça por parte daqueles que têm conflitos a resolver, mas poucos recursos financeiros para dispor.

“Se é certo que o Estado paga os salários dos juízes e do pessoal auxiliar e proporciona os prédios e outros recursos necessários aos julgamentos, os litigantes precisam suportar a grande proporção dos demais custos necessários à solução da lide¹⁰²”, como bem pontuam Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

Além do elevado calibre das custas judiciais, verifica-se, outrossim, que “a relação entre o valor da causa e o custo de sua litigação aumentava à medida que baixava o valor da causa”, tendo como resultado a constatação de que “(...) a justiça civil é cara para os cidadãos em geral, mas (...) mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis”, situação esta que, na feliz expressão de Boaventura de

⁹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. Op. cit., p. 15.

¹⁰⁰ Idem, ibidem.

¹⁰¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit., p. 19.

¹⁰² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. Op. cit., p. 16.

Sousa Santos, leva ao “fenômeno da dupla vitimização das classes populares face à administração da justiça”¹⁰³.

Esta vitimização, ademais, é triplicada se levado em conta o fato de que a lentidão processual verificada no Poder Judiciário representa “um custo econômico adicional e este é proporcionalmente mais gravoso para os cidadãos de menos recursos”¹⁰⁴. Não por outro motivo, Cappelletti e Garth assentam que “a Justiça que não cumpre suas funções dentro de ‘um prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível”¹⁰⁵.

No cenário brasileiro, medidas têm sido tomadas ao longo dos anos para tentar superar este obstáculo.

Em primeiro lugar, relativamente às custas judiciais, cumpre dizer estar em vigor, desde 1950, a Lei nº 1.060, que, a despeito de prever o cuidado das “normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados”, estabelece, em verdade, aquilo que a doutrina denomina de “justiça gratuita” e que será mais bem trabalhada oportunamente.

Quanto à necessidade de procedimentos mais céleres, pode-se destacar a criação, pela Lei nº 9.099/1995, dos Juizados Especiais Cíveis, os quais são informados pelos princípios da celeridade, economia processual, simplicidade, informalidade e oralidade (artigo 2º da Lei).

Na mesma toada, a Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu no Texto Magno a garantia da “duração razoável do processo” e dos “meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, tanto em âmbito administrativo quando judicial (artigo 5º, inciso LXXVIII), em consonância com o que já previa, em nível internacional, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (artigo 8º, item 1)¹⁰⁶.

Em derradeiro, quanto às despesas decorrentes da contratação de advogados, tem-se a previsão de assistência jurídica integral e gratuita na Lei Maior de

¹⁰³ Em tudo: SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit., p. 19. Cappelletti e Garth (op. cit., p. 19), atentos à situação, também registram: “se o litígio tiver de ser decidido por processos judiciais formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade”.

¹⁰⁴ Idem, ibidem.

¹⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. Op. cit., p. 20-21.

¹⁰⁶ Assim reza a disposição do Artigo 8º, Item 1, do Pacto de San José: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

1988 (artigo 5º, inciso LXXIV), sobejamente desempenhada pela Defensoria Pública (artigo 134), temas estes que serão destacados em outros momentos do trabalho.

3.2.2 Possibilidade das partes

Dentro da nomenclatura possibilidade das partes, Cappelletti e Garth buscam estudar as vantagens e desvantagens que cada litigante aufere ou enfrenta quando da propositura (ou não) de uma ação judicial¹⁰⁷.

Trata-se de estudar, em suma, obstáculos apontados por Boaventura de Sousa Santos como de ordens sociais e culturais, envolvendo-se, num primeiro momento, o fato de os sujeitos desconhecerem os direitos dos quais são titulares e, de conseguinte, terem "mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo um problema jurídico", bem como, embora identificando a juridicidade da situação que os envolve, se disporem a levar a hipótese ao conhecimento do Estado-juiz¹⁰⁸.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, por oportuno, observam que a dificuldade de reconhecer um problema como jurídico, apesar de afetar em maior escala as pessoas carentes, a elas não fica adstrita, ilustrando a assertiva com o caso de consumidores bem informados que muito raramente percebem que o fato de terem assinado um contrato não significa que estarão compelidos a observar todas as cláusulas ali constantes¹⁰⁹

Já relativamente a esta segunda situação, em que as pessoas hesitariam em levar a juízo o conflito no qual estão inseridas, Boaventura de Sousa Santos assinala que isto se dá por dois principais fatores: experiências judiciais traumáticas já sofridas (em especial, pela diferença nos serviços advocatícios prestados aos menos abastados economicamente); e "uma situação geral de dependência e de insegurança que produz o temor de represálias se se recorrer aos tribunais"¹¹⁰.

Cappelletti e Garth apresentam, nesse viés, estudo realizado na Inglaterra pelo qual se depreende a indisposição de grande parcela populacional em levar seus

¹⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. Op. cit., p. 21.

¹⁰⁸ Em tudo: SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit., p. 20-21.

¹⁰⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. Op. cit., p. 23.

¹¹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit., p. 21.

problemas ao crivo do Judiciário¹¹¹. E as principais motivações para tanto, segundo os autores, residiriam nas seguintes premissas:

Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho¹¹².

Uma terceira situação ainda identificada, sob a perspectiva sociocultural, que obstaculiza o acesso à justiça pelas pessoas de menores recursos financeiros seria o fato de que, malgrado conheçam e desejem levar o conflito a juízo, tais indivíduos geralmente não conhecem profissionais do direito ou, às vezes mesmo conhecendo-os, verifica-se uma distância física muito grande do local onde residem para o em que estão, em ordinário, estabelecidos os escritórios destes profissionais¹¹³.

Finalmente, ainda dentro da perspectiva pessoal das partes, Cappelletti e Garth trazem à baila o estudo de Marc Galanter para dizer da vantagem agregada pelos chamados “litigantes habituais” em relação aos “litigantes eventuais”. Segundo Galanter, seriam tais vantagens:

1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir a expectativa mais favorável em relação a casos futuros¹¹⁴.

Das vantagens listadas, destaca-se a última (“testar estratégias com determinados casos”), que equivale ao que atualmente se conhece por litígio estratégico e que não mais fica em mãos apenas das grandes corporações empresariais, podendo ser manejados, igualmente, por entidades de classe (como associações), além de instituições estatais de representação de interesses da população – sejam individuais ou coletivos *lato sensu* –, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, tema este que será mais bem analisado em momento próprio.

¹¹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. Op. cit., p. 23-24.

¹¹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. Op. cit., p. 24.

¹¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit., p. 21.

¹¹⁴ Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. Op. cit., p. 25.

3.2.3 Direitos difusos e coletivos

Os chamados direitos coletivos *lato sensu* compõem um gênero do qual são espécies os direitos difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos, todos com conceituação legal trazida pelo Código de Defesa do Consumidor no ano de 1990 (artigo 81, parágrafo único, incisos I, II e III).

É de se notar, outrossim, que, além de ser o referido Codex o primeiro diploma legal a conceituar tais espécies jurídicas, foi ele pioneiro também na veiculação da categoria de direitos individuais homogêneos, até então inexistentes no direito pátrio.

Com efeito, a Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) falava apenas em direitos difusos e coletivos, sendo que a previsão dos individuais homogêneos somente é referida em seu artigo 21, incluído pela Lei nº 8.078/90 (CDC) e considerado norma de conexão do microsistema de direito processual coletivo brasileiro, mesmo que sem a última adjetivação.

Sem a preocupação, por ora, em conceituar e discernir as três espécies de direitos coletivos encontradas no direito pátrio, é importante que se estabeleça, a fim de que não se perca de vista a finalidade de sua invocação no presente estudo, qual a sua conexão com o acesso à justiça, ou, melhor, em que medida podem estes direitos se constituir em obstáculo ao aludido acesso.

Nesta senda, vale ressaltar que a própria titularidade, principalmente dos direitos difusos e dos coletivos *stricto sensu*, dificultam a busca de sua reparação, ou quiçá prevenção, em juízo.

É que, como ensina Antonio Gidi, os titulares de tais direitos são, no caso dos difusos, uma comunidade e, no dos coletivos em sentido estrito, uma coletividade, ambas, de todo modo, constituindo uma entidade "amorfa, fluida e flexível, com identidade social, porém sem personalidade jurídica"¹¹⁵.

Exatamente por esta dificuldade em determinar-se as pessoas titulares destes direitos, vê-se que a sua demanda em juízo depende da construção de instrumentos processuais próprios, despidos dos moldes do direito processual individual, o que, nessa fase ainda embrionária do novel ramo da ciência jurídica, ocasiona confusões e cria impasses à judicialização de conflitos de tal ordem.

¹¹⁵ GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 26. No mesmo sentido, Marcio Flavio Mafra Leal (LEAL, Márcio Flávio Mafra. Ações coletivas: história, teoria e prática. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 45) registra: "a ordem jurídica confere um direito a uma entidade comunitária – unitariamente considerada – sem personalidade jurídica, sem representante e sem organização interna".

Como se observa nos ordenamentos jurídicos espalhados ao redor do mundo, duas principais fórmulas de legitimidade têm sido adotadas para fins processuais coletivos, uma de matiz legal (legitimidade *ope legis*) e outra oriunda de determinação judicial (legitimidade *ope judicis*).

No regime de legitimidade judicialmente reconhecida, adotado nos Estados Unidos da América, tem-se que qualquer pessoa pode fazer uso da ação coletiva (*class action*), realizando o juiz, assim, um exame preliminar no qual verificará se aquele sujeito tem condições de adequadamente representar a categoria afetada pela situação – é a chamada representatividade adequada¹¹⁶.

Já no modelo de legitimidade *ope legis*, agasalhado pelo direito brasileiro, impõe-se ao legislador a tarefa de definir quais os órgãos legitimados à propositura da ação coletiva, tendo isso sido realizado, a despeito de várias previsões esparsas passíveis de se encontrar¹¹⁷, na Lei nº 7.347/85 (LACP), a qual, em seu artigo 5º, estabelece os seguintes legitimados: Ministério Público (inciso I); Defensoria Pública (inciso II); “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios” (inciso III); “a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista” (inciso IV); “a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil” e que “inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” (inciso V e alíneas).

Fora deste rol, não há a possibilidade de outros sujeitos demandarem coletivamente, devendo-se ressaltar, outrossim, que, apesar de perfilhar-se ao modelo *ope legis* de legitimidade, o direito brasileiro possibilita a análise de adequação representativa, pelo juiz, no que concerne às associações (inciso V da Lei nº 7.347/85), que devem reunir as condições descritas nas alíneas “a” e “b” do mesmo dispositivo, ressalvando-se que a primeira delas (pré-constituição há pelo menos um ano) pode ser

¹¹⁶ Conforme Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 744-745): "Para esse sistema legal, a avaliação da condição de certo(s) autor(es) para representar os interesses de todo o grupo é feita pelo magistrado, caso a caso, pelo magistrado, conforme expressem efetivamente os interesses da categoria e sejam dignos de agir em nome dela em juízo".

¹¹⁷ A Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), por exemplo, prevê legitimados para ações coletivas fundadas em seus preceitos no seu artigo 210, o mesmo ocorrendo com a Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso) – art. 81, e com a Lei nº 7.853/89 (Proteção às pessoas com deficiência) – art. 3º. Em geral, os róis trazidos por estas Leis são todos menos abrangentes do que o contido na Lei nº 7.347/85, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.448/07, a exceção do art. 81 do Estatuto do Idoso que, ineditamente, prevê a legitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil para a propositura de ação coletiva.

afastada pelo julgador a depender do “manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido” (§4º do artigo 5º da Lei 7.347/85).

Embora pareça mais restritivo o sistema brasileiro de propositura de ações coletivas, é de se ver que estas formalidades representam, na verdade, uma segurança para os titulares dos direitos tutelados, vez que, no que atine ao regime de formação da coisa julgada, também são as ações coletivas peculiares em relação ao processo individual, não se lhes aplicando o dogma contido no artigo 472 do Código de Processo Civil.

Ao revés, consoante o artigo 103, e incisos, do Código de Defesa do Consumidor, a coisa julgada advinda de processos coletivos pode operar tanto efeitos *erga omnes* (para direitos difusos – inciso I; e individuais homogêneos – inciso III) quanto *ultra partes* (para direitos coletivos em sentido estrito – inciso II), verificadas as peculiaridades trazidas pela lei e que, aqui, não cabe esmiuçar.

Denota-se, portanto, que a tutela dos direitos coletivos *lato sensu* constituiu, e ainda constitui, um obstáculo ao efeito acesso à justiça não por serem em si perversos – a semelhança do que se dá com as custas e os obstáculos socioculturais –, e sim por conta de não estar a ciência jurídica e seus operadores ainda desenvolvidos de forma a dar-lhes o devido tratamento, cenário este que – espera-se – possa ser cada vez mais superado pela comunidade jurídica.

3.3 Ondas de Acesso à Justiça

As famosas “ondas de acesso à justiça” propostas por Mauro Cappelletti correspondem a “posições básicas” adotadas na maioria dos países com vistas a incrementar a possibilidade do efetivo acesso¹¹⁸, as quais serão tratadas em tópicos separados a seguir.

¹¹⁸ Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. Op. cit., p. 31.

3.3.1 Da primeira onda

A primeira onda do movimento de acesso à justiça consubstancia-se na assistência judiciária aos pobres¹¹⁹, cabendo, aqui, calhar uma relevante diferenciação terminológica: a assistência judiciária, a que aludem Cappelletti e Garth, não se confunde com a moderna noção de assistência jurídica integral e nem se identifica com a gratuidade judiciária, também chamada de justiça gratuita.

A gratuidade judiciária, ou justiça gratuita, como já acenado ao longo do trabalho, consiste na pura e simples isenção de determinadas custas judiciais, emolumentos, honorários e despesas¹²⁰ para aquela pessoa que demonstre impossibilidade de suportá-las, “sem prejuízo do sustento próprio ou da família”¹²¹, sendo um benefício dependente de deferimento judicial e disciplinado na Lei nº 1.060/50.

De acordo com Angelo Maraninchi Giannakos, a razão de não poder o benefício da gratuidade “ser incluído no conceito de assistência” reside no fato de ali “não haver a prestação de nenhum serviço, tratando-se apenas de uma atitude assumida pelo Estado”¹²².

Superado o ponto da gratuidade judiciária, cumpre, ainda, gizar as linhas diferenciadoras entre a mera assistência judiciária, de um lado, e a assistência jurídica integral, de outro, muito embora haja opinião no sentido de que esta seria gênero do qual a assistência judiciária é espécie¹²³.

A assistência judiciária, nos dizeres de Angelo Maraninchi Giannakos, “deve ser entendida como uma atividade disposta a patrocinar a causa em juízo por um profissional habilitado”¹²⁴.

Envolve, pois, uma cobertura do direito da parte assistida de modo total, porém singelo. Singelo porque se limita à tutela em juízo do direito da parte, não

¹¹⁹ Idem, *ibidem*.

¹²⁰ As verbas a que fica isenta a pessoa munida do beneplácito estão todas listadas no artigo 3º da Lei nº 1.060/50.

¹²¹ A redação é do parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 1.060/50, que reza: “Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”.

¹²² GIANNAKOS, Angelo Maraninchi. *Assistência judiciária no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 29.

¹²³ CAMPO, Hélio Márcio. *Assistência jurídica gratuita: assistência judiciária e gratuidade judiciária*. 1. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002, p. 65.

¹²⁴ GIANNAKOS, Angelo Maraninchi. *Op. cit.*, p. 25.

estando em seu conceito inseridas tratativas extrajudiciais de composição do conflito. E total, por sua vez, pelo fato de que, na angusta via judicial, não há limites para a atuação do causídico, que pode chegar até mesmo às vias recursais extraordinárias no patrocínio do direito do assistido.

Conceito mais amplo, todavia, é o de assistência jurídica integral. Como o próprio nome evidencia, a assistência aqui prestada é jurídica, não meramente judiciária, abrangendo, por conseguinte, o emprego de mecanismos extrajudiciais para a defesa dos direitos tutelados¹²⁵.

Nesse sentido, compartilhando de uma visão constitucional sistemática do instituto, ensina Silvana Cristina Bonifácio Souza:

A assistência jurídica significa, então, todo e qualquer auxílio jurídico voltado para o necessitado, principalmente no que diz respeito ao aconselhamento preventivo, procurando eliminar o germe do conflito de interesses que, se não resolvido, chegará aos Tribunais. É, acima de tudo, um serviço jurídico consultivo ao hipossuficiente, com ampla orientação, assegurando a cidadania, a dignidade, o respeito à pessoa humana, bem como garantindo que a desigualdade social não seja fator de opressão¹²⁶.

É de se ressaltar, outrossim, que a Constituição Federal de 1988 não prevê o dever do Estado em prestar simplesmente a assistência jurídica. Ao revés, fala a Lei Maior em assistência jurídica integral e gratuita (artigo 5º, LXXIV), de modo a explicitar a noção de que não se limita a atividade ao simples patrocínio judicial de causas, englobando, ademais, atendimentos extraprocessuais¹²⁷.

A assistência jurídica integral e gratuita, ou simplesmente assistência jurídica, é fruto do espírito inovador do constituinte de 1988. Nenhuma outra

¹²⁵ PIMENTA, Marília Gonçalves. Acesso à justiça em preto e branco: retratos institucionais da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 103. Aponta a referida autora como exemplo da atuação extrajudicial o esclarecimento de dúvidas e a prestação de “orientação e auxílio à comunidade no que diz respeito à formalização de escrituras, obtenção de certidões, registros de imóveis” (idem, *ibidem*).

¹²⁶ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Assistência jurídica: integral e gratuita. São Paulo: Método, 2003, p. 56.

¹²⁷ Como bem pontua Silvana Cristina Bonifácio Souza (SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit., p. 60-61), “o termo integral reforça a tese anteriormente exposta, uma vez que, para ser integral, deve abranger a assistência prévia, a orientação, bem como o acompanhamento do processo judicial e posterior satisfação do direito. Inclusive, também, a assistência extrajudicial, como o acompanhamento dos processos administrativos. A orientação, no caso, é um dos fatores importantes no suprimento ao obstáculo da falta de informações. Para que o acesso à justiça seja efetivo e que a prestação da assistência jurídica seja integral, é preciso que se trabalhe no sentido de conscientizar as pessoas de seus direitos”.

Constituição brasileira traçava uma alusão de tal abrangência, limitando-se, quando muito, a prever a assistência judiciária¹²⁸.

Devido ao fato de representar, por assim dizer, um passo adiante na tutela de direitos dos cidadãos, estando, para usar a expressão trazida por Hélio Márcio Campo¹²⁹, muito mais para “acesso ao Direito” do que para “acesso aos Tribunais”, pode-se afirmar que a assistência jurídica constitui um aprimoramento da assistência judiciária, o qual há de ser observado por todas as manifestações legislativas posteriores.

Diferem, igualmente, a assistência judiciária da assistência jurídica no que atine aos responsáveis pela sua prestação. Isso porque, em nível estatal (entenda-se: custeado com recursos públicos), a prestação da assistência jurídica integral é de monopólio da Defensoria Pública, órgão especificamente criado para este fim, conforme se infere da leitura do artigo 134 da Constituição Federal e dos artigos 1º e 4º, inciso II, da Lei Complementar nº 80/1994; ao passo que a assistência judiciária pode ser prestada também por entidades conveniadas com a Defensoria Pública, tais como escritórios jurídicos modelos de Faculdades de Direito e fundações¹³⁰.

Observe-se, por oportuno, que a Lei Complementar nº 132/2009, que reformou muitos dos preceitos da Lei Complementar nº 80/1994, atendida com o senso de assistência jurídica integral, apontou como uma das funções institucionais da Defensoria Pública “promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos” (artigo 4º, inciso II, da Lei Complementar nº 80/1994).

Caminhando-se ao final destas distinções, cumpre trazer à berlinda a possível antinomia existente entre o artigo 4º da Lei nº 1.060/50 e o inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal, o que se justifica em virtude de o primeiro dispositivo rezer fazer a parte jus ao benefício da justiça gratuita contanto que afirme, na petição inicial, não estar em condições de arcar com as despesas processuais sem que reste

¹²⁸ Ensina Hélio Márcio Campo (CAMPO, Hélio Márcio. *Assistência jurídica gratuita: assistência judiciária e gratuidade judiciária*. 1. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002, p. 04-09) que, em nível constitucional, a primeira Carta Magna brasileira a prever a assistência judiciária foi a de 1934 (artigo 113, n. 32), no que foi seguida pelas Constituições de 1946, 1967 e 1969. Apenas a Constituição de 1937, ainda segundo o autor, “acabou por restar silente quanto à matéria, que foi disciplinada, contudo, no Código de Processo Civil de 1939, em um capítulo inteiro que se harmonizava com a realização social a serviço da sociedade” (Op. cit., p. 08).

¹²⁹ CAMPO, Hélio Márcio. Op. cit., p. 55.

¹³⁰ PIMENTA, Marília Gonçalves. Op. cit., p. 102.

prejudicado seu sustento próprio ou familiar, e, de outra banda, aludir o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, à prestação da gratuidade “aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Daí fica a dúvida: a concessão da gratuidade judiciária depende de mera declaração do estado de pobreza da parte na peça processual ou, ao contrário, demanda a comprovação em juízo de tal estado?

A questão não é negligenciada por Silvana Cristina Bonifácio Souza, para quem “o entendimento que mais se coaduna com o objetivo constitucional de amplo acesso à justiça é aquele em que a simples afirmação basta (...), simplificando as formalidades para a obtenção do benefício”¹³¹.

Para este exato horizonte, a propósito, se posiciona a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

A garantia do art. 5º, LXXIV – assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos –, não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei 1.060, de 1950, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que a sua situação econômica não permite vir a juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro do espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça (CF, art. 5º, XXXV). (RE 205.746, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 26-11-1996, Segunda Turma, DJ de 28-2-1997.)¹³².

Digno de registro, também, é o entendimento de Hélio Márcio Campo, segundo quem as disposições cotejadas “não se excluem e muito menos de contrapõem, mas, pelo contrário, ajustam-se”¹³³.

Com efeito, leciona o citado jurista que o preceito constitucional do artigo 5º, LXXIV, ao cuidar da assistência jurídica integral, tem por destinatário o órgão estatal responsável por tal encargo, no caso a Defensoria Pública, de sorte que a esta instituição incumbe averiguar se o pretense assistido faz jus, de fato, ao atendimento por ela prestado¹³⁴.

Uma vez demonstrada a hipossuficiência pelo agora assistido da Defensoria Pública, caso exista a necessidade de propositura de uma ação judicial – haja vista que, como já referido no presente trabalho, pauta-se a Instituição pela solução

¹³¹ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit., p. 78.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal A constituição e o supremo. A constituição e o supremo. 2. ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 311.

¹³³ CAMPO, Hélio Márcio. Op. cit., p. 65.

¹³⁴ CAMPO, Hélio Márcio. Op. cit., p. 65-66.

prioritariamente extrajudicial dos litígios –, o pedido de gratuidade judiciária, este sim regulado pela Lei nº 1.060/50, será mera consequência da etapa anterior, de modo que cabe ao assistido firmar a vulgarmente chamada declaração de pobreza para que, assim, defira o juiz o beneplácito¹³⁵.

Denota-se, pois, que, segundo esta atenta orientação, “um preceito, o constitucional, é de âmbito administrativo; o outro, dispositivo, da Lei n. 1.060/50, é de contorno processual”¹³⁶.

De fato, no âmbito da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, verifica-se a existência de deliberação de seu Conselho Superior estabelecendo os critérios para que seja denegado o atendimento pela Instituição¹³⁷.

Na Deliberação nº 89/2008, dispôs o Conselho Superior da Defensoria Pública Paulista poder ser denegado o atendimento, relativamente a interesses individuais, quando restar caracterizada ao menos uma de três hipóteses, quais sejam: “manifesto descabimento da medida pretendida ou inconveniência ao interesse da parte” (inciso II do artigo 1º), “quebra na relação de confiança” (inciso III do artigo 1º) e, no que mais interessa no momento, “não caracterização da hipossuficiência” (inciso I do artigo 1º)¹³⁸.

Especificamente sobre a “não caracterização da hipossuficiência”, entende o Conselho Superior da Defensoria Pública Paulista que isso se daria quando não atendidos os requisitos do artigo 2º da Deliberação nº 89/2008, *in verbis*:

Artigo 2º. Presume-se necessitada a pessoa natural integrante de entidade familiar que atenda, cumulativamente, as seguintes condições:

I – aufera renda familiar mensal não superior a três salários mínimos federais; (Inciso alterado pela Deliberação CSDP nº 137, de 25 de setembro de 2009.)

¹³⁵ Idem, p. 66. Resumindo seu bem elaborado entendimento, Hélio Márcio Campo (*idem, ibidem*) assenta: “Pode-se dizer, resumidamente, que, enquanto o art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, está endereçado para o órgão que presta assistência jurídica, de modo que é ali que tem o postulante de fazer prova da insuficiência de meios econômicos, o art. 4º, da Lei n. 1.060/50, refere-se ao processo em que atuará o assistido, que não necessita provar mais nada, mas simplesmente alegar a carência”.

¹³⁶ Idem, *ibidem*.

¹³⁷ Conforme a Lei Complementar Estadual nº 988/2006 (Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado de São Paulo), o Conselho Superior da Defensoria Pública, órgão de administração superior (artigo 11, inciso V) presidido pelo Defensor Público-Geral do Estado (artigo 26, inciso I), tem atribuições, dentre outras, de “exercer o poder normativo no âmbito da Defensoria Pública do Estado” (artigo 31, inciso III), o que é feito por meio de deliberações, as quais “serão tomadas por maioria simples de votos, presente a maioria absoluta de seus membros” (artigo 29, §1º).

¹³⁸ O texto completo da Deliberação pode ser encontrado em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=2485&idModulo=5010>>. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

II - não seja proprietária, titular de aquisição, herdeira, legatária ou usufrutuária de bens móveis, imóveis ou direitos, cujos valores ultrapassem a quantia equivalente a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo - UFESP's.

III - não possua recursos financeiros em aplicações ou investimentos em valor superior a 12 (doze) salários mínimos federais¹³⁹.

Estes mesmos requisitos – advirta-se – podem ser alterados em várias situações contempladas pelos parágrafos do próprio artigo 2º da Deliberação, sempre com vistas a integrar um maior número de pessoas em situações economicamente delicadas no rol de assistidos pela Instituição.

Pedindo-se a devida vênua para não entrar em pormenores, quer-se com estes dados corroborar o entendimento pelo qual a regra do artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal realmente se destina à Defensoria Pública, que exige comprovação da necessidade e, inclusive, aponta critérios para a prestação do serviço de assistência jurídica integral, sendo a afirmação de hipossuficiência, a que atine o artigo 4º da Lei nº 1.060/50, meramente a “etapa judicial” necessária ao aperfeiçoamento do serviço prestado, não havendo que se falar em indeferir a simples gratuidade judiciária quando a própria assistência jurídica, muito mais rica e exigente, já fora concedida pelo órgão estatal responsável pelo seu controle¹⁴⁰.

Finalmente, quanto aos modelos de prestação de assistência jurídica, será o assunto desenvolvido em item vindouro.

3.3.2 Da segunda onda

Na segunda onda de acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth aludem à representação dos interesses difusos, “assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres”¹⁴¹.

¹³⁹ BRASIL. Deliberação nº 89, de 08 de agosto de 2008, do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=2485&idModulo=5010>>. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

¹⁴⁰ Muito embora não se desconheça a existência de majoritário entendimento jurisprudencial que apregoa ser a gratuidade judiciária autônoma da assistência jurídica, tendo o juiz, portanto, a possibilidade de analisar a situação e até mesmo indeferir a benesse.

¹⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. Op. cit., p. 49.

Para a boa compreensão do panorama em que os autores entenderam ter se verificado esta segunda tendência do movimento de acesso à justiça, são apresentados, inicialmente, argumentações acerca da impropriedade do processo civil tradicional (individual) para a devida tutela de determinadas categorias de direito, motivo pelo qual houve a necessidade – e nisso apontam terem os Estados Unidos da América o ordenamento jurídico mais avançado sobre o tema – da criação de novos instrumentos jurídicos possibilitando a representação de um número indeterminado/determinável de pessoas e que a autoridade da coisa julgada sobre eles recaísse¹⁴².

Em seguida, apontam os autores o modelo de “Ação Governamental”, que ainda constituiria “o principal método para a representação dos interesses difusos”¹⁴³. Neste sistema, haveria um alto membro do corpo governamental com capacidade postulatória e legitimidade para patrocinar os interesses difusos em juízo, missão esta que seria ocupada, com primazia, pelo Ministério Público e instituições análogas, o que não é visto com bons olhos pelos autores, que entendem ser tais órgãos suscetíveis de pressões políticas, bem como sem a qualificação técnica extrajurídica (“tais como contabilidade, mercadologia, medicina e urbanismo”) que muitas vezes a reivindicação de novos direitos reclama¹⁴⁴.

Outras alternativas governamentais buscadas pelos países mundo afora apontadas pelos autores são a figura do “advogado público”, pioneiramente instituído, em 1974, pelo Estado norte-americano de Nova Jersey, e seguido por outras unidades federativas estadunidenses, e a criação do “Ombudsman do Consumidor”, na Suécia, em 1970¹⁴⁵. Sem embargo dos reconhecidos avanços e dos elogios tecidos a estas novas manifestações, os autores ainda observam a presença de “limitações inerentes” no sistema governamental, “mesmo quando funcione do melhor modo possível”¹⁴⁶, daí porque prosseguem examinando outras possíveis experiências.

Pela técnica do “Procurador-Geral Privado”, termo cunhado pelo Juiz Norte-Americano Jerome Frank, um indivíduo ou grupo deles podem propor ações defendendo direitos públicos ou coletivos, podendo se verificar, até mesmo, o

¹⁴² Idem, p. 49-51.

¹⁴³ Idem, p. 51.

¹⁴⁴ Idem, p. 51-52.

¹⁴⁵ Idem, p. 53-55.

¹⁴⁶ Idem, p. 55.

financiamento destas ações por determinados grupos como “casos-teste”¹⁴⁷. Diversas previsões legais, espalhadas por ordenamentos de vários Estados, têm permitido a técnica¹⁴⁸, que, no caso brasileiro, poderia ser bem visualizada no campo da Ação Popular, regulada pela Lei nº 4.717/1965¹⁴⁹.

A técnica seguinte analisada pelos autores é a do “Advogado Particular de Interesse Público”, que corresponde, grosso modo, ao reconhecimento da legitimidade de associações privadas para o manejo de ações judiciais tendentes a resguardar os direitos pelos quais aquelas se dispõem a velar¹⁵⁰. Enfatizam, ademais, haver fiscalização estatal no que concerne a tais associações, a fim de que não restem os titulares dos direitos por elas pretensamente protegidos deixados à deriva¹⁵¹.

Verifica-se o crescimento do advogado de interesse público, nos EUA, a partir de 1970, tendo sido fundadas, inclusive, “sociedades de advogados de interesse público”, variáveis “em tamanho e especialidades temáticas a que atendem”, sendo “o tipo mais comum” o de “uma organização de fins não lucrativos, mantida por contribuições filantrópicas”¹⁵².

Embora existam críticas lançadas contra o modelo, Cappelletti e Garth reconhecem que a instituição “é, sem dúvida, importante ao promover o acesso à justiça para os interesses difusos, dentro dos limites dos recursos disponíveis”¹⁵³.

Finalizando o exame da segunda onda, os autores apresentam a existência de uma solução mista, que combina “o êxito dos advogados de interesse público” com o financiamento de sua atuação pelo Poder Público. Vale dizer, “a ideia consiste em usar recursos públicos, mas confiar na energia, interesse e fiscalização dos grupos particulares”¹⁵⁴. A este modelo, deu-se o nome de “Assessoria Pública”.

O modelo de Assessoria Pública foi, por fim, combinado com “outras teses, tornando-se, em nosso entendimento, a melhor proposta de reforma já apresentada

¹⁴⁷ Idem, *ibidem*.

¹⁴⁸ Idem, p. 56.

¹⁴⁹ A Constituição Federal de 1988, estendendo o âmbito de extensão da ação popular, e mantendo a legitimidade para a medida, prevê que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (Artigo 5º, LXXIII).

¹⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. Op. cit., p. 56-59.

¹⁵¹ Idem, p. 57-58.

¹⁵² Idem, p. 62-63.

¹⁵³ Idem, p. 64.

¹⁵⁴ Idem, *ibidem*.

para essa área, nos Estados Unidos”¹⁵⁵, salientando-se, nesse diapasão, que apenas a integração de todas estes modelos apontados é que pode contribuir para a devida e eficiente representação dos direitos difusos¹⁵⁶.

Tendo em vista o fato de já se ter demonstrado, ainda em que linhas gerais, o funcionamento do sistema brasileiro de legitimidade e de coisa julgada para as ações coletivas, dois dos principais pontos processuais que tiveram de se adequar ao modelo coletivo de litígios, dá-se por encerrado a análise desta segunda onda de acesso, passando-se, doravante, aos cuidados da terceira.

3.3.3 Da terceira onda

A terceira onda corresponde àquilo que Cappelletti e Garth propõem chamar simplesmente de “enfoque de acesso à Justiça”¹⁵⁷, sendo justificada pelo fato de que, embora relevantes, as duas primeiras ondas não são suficientes para superar todos os problemas visualizados pelos autores, na medida em que cuidam apenas de “encontrar *representação* efetiva para interesses antes não representados ou mal representados”¹⁵⁸.

De “alcance muito mais amplo”, porém, é esta terceira onda de acesso à Justiça, haja vista que:

Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso¹⁵⁹.

Em suma, na terceira onda de acesso à justiça, buscam os autores uma reflexão não apenas sobre como propiciar “justiça” às pessoas mediante a disponibilização de advogados e representantes para levar seus conflitos ao Poder Judiciário, seja em nível individual, seja em grau coletivo, mas, indo mais além,

¹⁵⁵ Idem, p. 65-66.

¹⁵⁶ Idem, p. 67.

¹⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. Op. cit., p. 31.

¹⁵⁸ Idem, p. 67. Destaque no original.

¹⁵⁹ Idem, p. 67-68.

perquirir novas formas de procedimentos e de perspectivas sobre o próprio sistema judicial que permita evitar e compor, da melhor maneira possível, os litígios advindos da vida em sociedade.

Daí porque no maior capítulo de seu famoso ensaio¹⁶⁰, Cappelletti e Garth apresentam e desenvolvem uma série de medidas em prol desta noção mais efetiva do acesso, não limitada estritamente às vias judiciárias.

Enunciam, em detalhes, questões como “a reforma dos procedimentos judiciais em geral”¹⁶¹, a colação de “métodos alternativos para decidir causas judiciais”¹⁶², dentro dos quais inserem o juízo arbitral, a conciliação e incentivos econômicos para a conciliação extrajudicial, a possibilidade de se conceber “instituições e procedimentos especiais para determinados tipos de causas de particular ‘importância social’”¹⁶³, dentro dos quais abordam “procedimentos especiais para pequenas causas”, os “Tribunais de Vizinhança”, os tribunais para resolver litígios consumeristas e “mecanismos especializados para garantir direitos ‘novos’ em outras áreas do Direito”, aí incluídos, de sua vez, questões relativas ao meio-ambiente, a contratos de aluguel, ao direito administrativo e ao direito do trabalho.

Ainda dentro do grupo de questões levantadas pelos autores acerca do das tendências do enfoque do acesso à Justiça, trabalha-se com a perspectiva de “mudanças nos métodos utilizados para a prestação dos serviços jurídicos”¹⁶⁴, que engloba “o uso dos ‘parajurídicos’” e o desenvolvimento de convênios ou grupos para planos de assistência jurídica.

Em derradeiro lugar, a última das questões trabalhadas é a que prega pela simplificação do Direito¹⁶⁵, argumentando-se que quando “a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível às pessoas comuns”¹⁶⁶. Nessa esteira, como exemplos de atitudes que simplificam o Direito, elencam os autores a possibilidade de divórcio sem

¹⁶⁰ Referência ao Capítulo IV, intitulado “Tendências no uso do enfoque do acesso à Justiça”, que ocupa as páginas 75 a 159 da obra.

¹⁶¹ Idem, p. 76-81.

¹⁶² Idem, p. 81-90.

¹⁶³ Idem, p. 90-142.

¹⁶⁴ Idem, p. 142-156.

¹⁶⁵ Idem, p. 156-159. Nesta tendência de simplificar, não é demais rememorar a célebre contribuição de Guilherme de Occam, para quem, na teoria que restou conhecida como “Navalha de Occam”, dentre as várias explicações cabíveis para determinado fenômeno, há que sempre se preferir a mais simples, eliminando-se o que for supérfluo (FERNANDES MOREIRA AGUIAR, Alexandre Magno. O dolo eventual nos crimes de trânsito e a navalha de Occam. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 47, nov 2007. Disponível em: <

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2589

>. Acesso em nov 2013).

¹⁶⁶ Idem, p. 156.

que seja necessária a demonstração de culpa de um dos consortes – algo que, no direito brasileiro, apenas se viabilizou com após o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, não sem ter enfrentado resistência por parte da doutrina e da jurisprudência –, bem como a responsabilidade civil objetiva¹⁶⁷, asseverando, então, que “a criatividade e a experimentação ousada (...) caracterizam aquilo que chamamos de enfoque do acesso à Justiça”¹⁶⁸.

Faz-se passível de compreensão, portanto, ante toda a pesquisa levantada por Cappelletti e Garth, o motivo pelo qual seu clássico ensaio até hoje é fonte de inspiração para muitos que operam e que visam tornar o direito cada vez mais acessível e operável, desmitificando-o e aproximando-o das pessoas, as quais, em última palavra, são as destinatárias para quem sua criação efetivamente foi pensada.

3.4 Sistemas de Prestação de Assistência Jurídica

Melhor desenvolvendo tema umbilicalmente afeto a primeira das ondas do movimento de acesso à Justiça, buscar-se-á detalhar, nesse tópico, os sistemas de prestação de assistência jurídica (inicialmente judiciária) verificados ao longo do tempo nos diversos sistemas jurídicos espalhados pelo mundo, sendo três os principais: *Munus Honorificum*, Sistema *Judicare* e Escritórios de Vizinhança.

Antes de esmiuçá-los, contudo, cumpre apresentar, em rápidas linhas, um panorama da evolução da assistência judiciária na Antiguidade Clássica e nas Idades Média e Moderna, até se chegar ao já recente período em que a os vindouros modelos podem ser visualizados.

Com efeito, no Código de Hamurabi, grafado em pedra há cerca de dois mil anos antes da Era Cristã, já havia a previsão de que a lei deveria dar um tratamento especial às pessoas pobres¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Idem, p. 156-157.

¹⁶⁸ Idem, p. 159.

¹⁶⁹ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit., p. 103. Gustavo Corgosinho (CORGOSINHO, Gustavo. Defensoria Pública: Princípios Institucionais e Regime Jurídico. Belo Horizonte: Editora Dictum, 2009, p. 16) apresenta, inclusive, a tradução para a língua portuguesa do que está até hoje escrito na coluna de diorita. São suas as palavras: “[...] deixe que o oprimido, que tenha um caso com a lei, venha e fique diante desta minha imagem como rei da retidão; que ele leia a inscrição e compreenda minhas preciosas palavras. A inscrição irá explicar seu caso para ele; ele irá encontrar o que é justo, e seu coração se alegrará, e então ele dirá: „Hamurabi” é um legislador que é um pai para seus súditos [...]”.

A Legislação Mosaica, de igual modo, “beneficiava o pobre com o fim de livrá-lo das consequências da inadimplência e da servidão”¹⁷⁰.

“Os vestígios mais distantes da normatização da assistência judiciária aos necessitados”, todavia, são encontrados em Atenas, local em que “eram nomeados dez advogados que defendiam os pobres perante os tribunais”¹⁷¹.

Na Roma Antiga, o movimento de garantir-se patrocínio judicial gratuito aos hipossuficientes começa com a figura de Constantino, que determinou, “ainda, que as causas em que figurasse um desprovido de recursos econômicos deveriam ser levadas em primeira instância ao próprio Imperador”, determinações estas que foram mantidas por Justiniano, o qual ainda estendeu os advogados dativos também “às viúvas, aos pupilos e aos insanos”, permitindo-lhes, outrossim, prioridade de tramitação de seus feitos¹⁷².

Como anota Hélio Márcio Campo, ao comentar a assistência judiciária no período romano:

Tamanha era a preocupação do Imperador nesse sentido, isto é, de dar defensor aos que fossem hipossuficientes, que, caso não houvesse requerimento deles no sentido de ter um patrocínio advocatício gratuito, caberia ao próprio magistrado determinar de ofício¹⁷³.

Denota-se, pois, grande contribuição romana também na seara de assistência judiciária, circunstância esta que se repetiu com o advento do Cristianismo, o qual, calcado na “doutrina do amor ao próximo”, impunha “aos advogados a obrigação de defender os pobres sem qualquer espécie de remuneração e aos juízes a incumbência de julgarem sem exigir custas”¹⁷⁴.

De acordo com Silvana Cristina Bonifácio de Souza, este tendência de proteção aos pobres foi enfraquecida na Idade Média por conta do feudalismo, “embora muitas legislações ainda a previssessem”¹⁷⁵. Foi o caso, por exemplo, de França, nos séculos XIII e XIV; dos Estados Sardos (Sardenha, Piemonte, Saboia, Saluces, Montferrato, Nice e Gênova) no século XIV, onde “foi organizada legalmente a

¹⁷⁰ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit., p. 103.

¹⁷¹ Em tudo: SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit., p. 104.

¹⁷² Em tudo: CAMPO, Hélio Márcio. Op. cit., p. 03.

¹⁷³ Idem, *ibidem*.

¹⁷⁴ Idem, p. 04.

¹⁷⁵ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit., p. 104.

assistência judiciária oficial”; da Espanha, sob o reinado dos católicos Fernando e Isabel; e da Inglaterra, que concedia proteção aos pobres ainda no século XV¹⁷⁶.

Como novidade, nesse período, mencione-se que, no ano de 1476, na Corte de Madrigal, Espanha, foi criado o cargo de “advogado dos pobres”¹⁷⁷.

Já se atingindo a Idade Moderna, Silva Cristina Bonifácio de Souza salienta ter sido somente após as Declarações de Direitos oriundas das Revoluções Norte-Americana (1776) e Francesa (1789) “que o princípio de que todos são iguais perante a lei se cristalizou, princípio esse gênese da assistência judiciária erigida como dever do Estado”¹⁷⁸.

Contemporaneamente, há inúmeros documentos legislativos, domésticos e internacionais, prevendo a assistência jurídica aos cidadãos menos abastados economicamente, sendo o assunto, porém, mais bem comentado, em tópico no qual se apurará o acesso (nele inserida a assistência) como direito fundamental das pessoas.

No mais, é tempo de estudar os anteriormente referidos modelos de assistência judiciária que se verificou em dias já não tão afastados.

3.4.1 *Munus Honorificum*

Até tempos não tão longínquos assim, os ordenamentos jurídicos dos Estados se tinham por espeque o modelo do *munus honorificum*, é dizer, serviços prestados por advogados particulares, sem qualquer contraprestação recebida¹⁷⁹. Baseava-se, assim, em uma caridade realizada pelos advogados, não havendo a adoção de qualquer atitude positiva do Estado para garantir o direito ao acesso¹⁸⁰.

Trata-se do modelo adotado pelo Brasil Imperial desde a resenha de assistência judiciária elaborada por Agostinho Marques Perdigão Malheiros e a proposta de Nabuco de Araújo, quando presidiu o Instituto dos Advogados do Brasil, no sentido de que a entidade designasse membros para desempenhar tal incumbência¹⁸¹.

¹⁷⁶ Idem, p. 105.

¹⁷⁷ CAMPO, Hélio Márcio. Op. cit., p.04.

¹⁷⁸ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit., p. 105.

¹⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 32.

¹⁸⁰ Idem, ibidem.

¹⁸¹ CAMPO, Hélio Márcio. Op. cit., p. 05. É do mesmo autor (idem, ibidem) a informação de que as Ordenações Filipinas, que por aqui vigoraram, previam a isenção de custas judiciais à parte que jurasse,

Somente, porém, com a criação da Ordem dos Advogados do Brasil, no ano de 1930, é que “foi impulsionada a assistência judiciária, passando o patrocínio gratuito do advogado de um simples dever moral para uma obrigação a ser cumprida sob pena de multa”¹⁸².

É de se ressaltar, por oportuno, que, embora a partir da criação da Ordem tenha a assistência judiciária passado a ser obrigação dos advogados, continuavam os causídicos sem o recebimento de qualquer remuneração pelo serviço, cenário este que só se transformaria com a promulgação da Constituição Federal de 1934, a primeira a prever expressamente a assistência como dever da União e dos Estados (artigo 113, n. 32), o que motivou a implantação, em 1935, do “primeiro serviço governamental de assistência judiciária no Brasil, no Estado de São Paulo, que contava com o apoio de advogados de plantão assalariados pelo Estado”, exemplo que foi observado também no Rio Grande do Sul e em Minas Gerais¹⁸³.

Voltando os olhos ao modelo de *munus honorificum* em si, resta cristalina a sua ineficiência, vez que os advogados acabariam por se dedicar mais aos seus trabalhos remunerados do que aos casos concebidos a partir de um dever moral¹⁸⁴.

Daí porque se fez latente a necessidade de superação deste modelo de inegável índole de caridade para outro em que, além de prestar serviços à população menos favorecida, fosse o causídico remunerado da mesma forma como o era quando atuava na defesa dos interesses de quem por seus préstimos pudesse pagar. Eis o embrião do Sistema *Judicare*.

3.4.2 Sistema *Judicare*

Idealizado como meio de corrigir as notórias falhas do modelo de *munus honorificum*, o Sistema *Judicare* apregoa a assistência judiciária como um direito a

“pela alma del Rey Don Diniz”, ser tão pobre ao ponto de não ter bens, móveis ou imóveis, e nem condições de pagar pelo agravo.

¹⁸² Idem, p. 07.

¹⁸³ Em tudo: CAMPO, Hélio Márcio. Op. cit., p. 07-08.

¹⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. Op. cit., p. 32.

todas as pessoas que satisfaçam todos os requisitos apontados por lei como necessários ao seu atendimento, o que se dá por um advogado particular¹⁸⁵.

Sua finalidade, destarte, é “proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado”, havendo distinção apenas no momento de receber os honorários – no caso dos litigantes hipossuficientes, seria o Estado, e não o próprio cliente, quem arcaria com tal despesa¹⁸⁶.

Embora tenha sido incontestável o êxito obtido pelo Sistema *Judicare* na tarefa de permitir aos hipossuficientes o acesso às Cortes de Justiça por meio de advogados agora economicamente incentivados, não passa o modelo imune a críticas por conta de transpor apenas o obstáculo financeiro ao efetivo acesso, não cuidando, todavia, da superação de empecilhos outros, como geográficos e culturais¹⁸⁷.

Isso porque o Sistema *Judicare*, ao somente proporcionar um causídico a ser procurado pela parte que pretende ver levado seu litígio a juízo, pressupõe que aquela tenha o discernimento necessário para identificar o seu problema como jurídico, não tratando, desse modo, da necessária educação em direitos, de tal sorte que apenas os casos mais rotineiros e evidentes, como de direito de família e direito penal, tendem a impulsionar a busca de auxílio legal, continuando ao desamparo muitos dos assim considerados novos direitos, especialmente os que demandariam a atuação coletiva, também ignorada pelo presente Sistema¹⁸⁸.

3.4.3 “Escritórios de Vizinhança”

Originando-se do Programa de Serviços Jurídicos do *Office of Economic Opportunity*, de 1965, nos Estados Unidos da América, este modelo, embora também integrado por “advogados remunerados pelos cofres públicos”, tem missão diversa da encontrada no Sistema *Judicare*¹⁸⁹.

Aqui, os serviços são prestados por advogados reunidos em “Escritórios de Vizinhança”, localizados nas próprias comunidades pobres, a fim de já romper com a barreira geográfica, aproximando o causídico das pessoas que dele dependem.

¹⁸⁵ Idem, p. 135.

¹⁸⁶ Idem, ibidem.

¹⁸⁷ Idem, p. 36-38.

¹⁸⁸ Idem, p. 38.

¹⁸⁹ Idem, p. 39.

Outra marca do modelo são as atividades de conscientização jurídica das pessoas, emergindo-se em verdadeira educação em direitos, na ânsia de que não apenas aquelas causas mais evidentes, como criminais e de família, possam ser levadas ao conhecimento judicial, como também novos direitos, principalmente os de índole difusa, sendo notória a missão de tutelar os pobres enquanto classe¹⁹⁰.

Nesse diapasão, mais uma vantagem identificada no modelo de “Escritórios de Vizinhança” é a formação de profissionais do Direito especificamente voltados à salvaguarda dos hipossuficientes, fazendo com que, por intermédio da aquisição do status de “litigantes organizacionais”, obtenham “conhecimento e experiência dos problemas típicos dos pobres”¹⁹¹.

Tal qual o *Sistema Judicare*, entretanto, no modelo dos Escritórios de Vizinhança também pode ser detectadas desvantagens ao fim a que se propõe. A primeira delas é a de, por centrar-se nos hipossuficientes enquanto classe, tendem os seus advogados a negligenciar, ao menos um pouco, a real situação do sujeito individualmente considerado que lhe recorre em busca da solução de seu problema¹⁹².

A mais veemente mazela, contudo, é a de que o modelo depende de assistência governamental para levar adiante uma ideologia de ações muitas vezes ajuizadas contra o próprio Estado¹⁹³. Anotam, nesse sentido, Cappelletti e Garth que, nos Estados Unidos da América, constantes são os ataques políticos dirigidos aos advogados da assistência judiciária¹⁹⁴.

Esta última situação fica muito clara no cenário pátrio, onde maciça quantidade de ações propostas pela Defensoria Pública tendem a cobrar alguma providência por parte do Estado (em qualquer das esferas federativas), o que reforça a necessidade deste órgão ser dotado da necessária autonomia administrativa, funcional e orçamentária para que cumpra a contento com o seu desiderato¹⁹⁵.

¹⁹⁰ Idem, p. 40.

¹⁹¹ Idem, p. 40-41.

¹⁹² Idem, p. 41.

¹⁹³ Idem, ibidem.

¹⁹⁴ Idem, p. 42.

¹⁹⁵ Sobre as autonomias das Defensorias Públicas dos Estados, vide o artigo 134, §2º, da Constituição Federal, bem como o artigo 97-A da Lei Complementar nº 80/1994, com a redação que lhe conferiu a Lei Complementar nº 132/2009.

3.5 Acesso à Justiça como Direito Fundamental e a Atuação da Defensoria Pública

Contemplada a assistência judiciária como dever do Estado Brasileiro desde a Constituição de 1934, quanto a isto omitindo-se apenas a Carta de 1937, não há dúvidas de que, dali em diante, o acesso foi inequivocamente reconhecido como direito de todo e qualquer indivíduo no Brasil, tratando-se, ademais, de direito fundamental, parte do núcleo duro do atual Texto Magno (artigo 60, §4º, IV), impassível de abolição do arcabouço jurídico pátrio.

A importância de ser reconhecido o acesso e, de conseguinte, a assistência jurídica integral e gratuita como verdadeiro direito é a de que assim resta superado o seu tratamento enquanto “simples benefício ou caridade”¹⁹⁶.

No atual estágio do ordenamento jurídico brasileiro, aponta a doutrina como fundamento do direito ao acesso a norma contida no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que prevê, dentre outras nomenclaturas empregadas, o “direito de ação” ou o “princípio da inafastabilidade da jurisdição”¹⁹⁷, garantindo-se, como leciona Nelson Nery Junior, a possibilidade de postular em juízo a concessão de tutelas tanto preventivas quanto reparatórias, seja de direitos individuais, seja de direito coletivos em sentido amplo¹⁹⁸.

Entretanto, mais do que assunto a tomar a atenção de constitucionalistas e processualistas, o acesso também há de ser examinado, como alerta Caio Márcio Loureiro¹⁹⁹, sob o enfoque dos direitos humanos, eis que se constitui no “mais básico dos direitos humanos”, conforme o já mencionado juízo de Cappelletti e Garth²⁰⁰.

Na ordem internacional, com efeito, vários são os documentos em que consta a previsão do direito ao acesso, se não expressamente, ao menos como decorrência lógica de outro preceito explicitado.

¹⁹⁶ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. *Op. cit.*, p. 66.

¹⁹⁷ É a lição de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior (ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Verbatim, 2011, p. 209).

¹⁹⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 94.

¹⁹⁹ Observa o autor que “equivocadamente, a questão do acesso à justiça não é tratada sob o enfoque dos direitos humanos, sendo poucos os que assim encaram o assunto, demonstrando cuidar-se também de uma de suas preocupações” (LOUREIRO, Caio Márcio. *O acesso à justiça e os direitos humanos*. In: *DIREITO internacional dos direitos humanos: estudos em homenagem à Profa. Flávia Piovesan*. Curitiba, PR: Juruá, 2004, p. 90).

²⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Op. cit.*, p. 12.

Nesse quadrante, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o mais paradigmático documento de direito internacional dos direitos humanos, aponta a necessidade de, em processos criminais, assegurar-se ao acusado “todas as garantias necessárias à sua defesa” (Artigo XI, Item 1), o que, por certo, pressupõe a nomeação de defensor dativo ao que não tenha condições de constituir um de sua escolha.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de sua vez, após enunciar que “todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça” (artigo 14, Item 1), lista um rol de direitos e garantias outorgados às pessoas que respondam uma ação penal, dentre as quais, agora de modo evidente, o direito de “de ter um defensor designado “ex officio” gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo” (artigo 14, Item 2, Letra “d”), preceitos estes que são seguidos também pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), conforme seu artigo 8º, Item 2, Letras “a” *usque* “h”.

Mantendo-se ao nível do Sistema Regional de Direitos Humanos, vale destacar, outrossim, a jurisprudência que veio sendo desenvolvida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de assegurar-se um efetivo direito ao acesso.

Nesse viés, nos autos da Opinião Consultiva nº 18/2003, apresentada pelo México indagando a aplicação aos imigrantes ilegais dos princípios da igualdade jurídica, não discriminação e proteção igualitária e efetiva, todos previstos em instrumentos internacionais de direitos humanos, a Corte acenou afirmativamente ao questionamento²⁰¹, enfatizando, quanto ao aspecto processual interno dos Estados, que:

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un

²⁰¹ Para fins elucidativos, cumpre dizer que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão judicial do Sistema Interamericano, composta por sete juizes e sediada em San José da Costa Rica, tem duas espécies de competência: uma contenciosa e outra consultiva. Na consultiva, os Estados-membros da OEA, ainda que não tenham reconhecido e se submetido à jurisdição da Corte, podem formular-lhe questionamentos sobre o alcance interpretativo dos documentos do aludido Sistema, a fim de que possam prevenir a ocorrência de violação a direitos humanos.

debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas²⁰².

Mais adiante, na mesma apreciação interpretativa, a Corte assentou que “el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real”²⁰³, impulsionando o movimento pela criação e efetivação das Defensorias Públicas nos âmbitos internos dos Estados signatários, o que ganhou corpo com a Resolução nº 2.656/2011 da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), que aponta expressamente o acesso à Justiça como direito humano fundamental.

Conforme o Item 1 da Resolução nº 2.656/2011, “o acesso à justiça, como direito humano fundamental, é, ao mesmo tempo, o meio que possibilita que se restabeleça o exercício dos direitos que tenham sido ignorados ou violados”²⁰⁴.

Incentiva, pois, a Resolução em comento aos Estados ainda desprovidos da instituição da Defensoria Pública a fazê-lo (Item 5), recomendando, outrossim, aos os que já a tenham criado, que garantam independência e a autonomia funcional da Instituição e de seus membros (Item 4).

De se destacar, igualmente, que a Resolução nº 2.656/2011 reconhece “com sua satisfação” o fato de ter sido instituída a figura do “Defensor Público Interamericano”, de notável papel após as reformas no Regulamento da Corte Interamericana, e advindo de “Acordo de Entendimento firmando entre a Corte e a Associação Interamericana de Defensorias Públicas (AIDEF)”²⁰⁵

A luta da OEA pelo fortalecimento das Defensorias Públicas não para por aí, entretanto, eis que, agora na Resolução nº 2.714/2012, a Assembleia Geral da Organização exorta a importância daquela Instituição para a garantia do acesso à justiça das pessoas em condições de vulnerabilidade²⁰⁶.

²⁰² Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, p. 123.

²⁰³ Idem, p. 124.

²⁰⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. AG/RES. n 2.656 (XLI-O/11). Garantias de acesso à justiça: o papel dos defensores públicos oficiais (aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 7 de junho de 2011). Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/11698/AG_RES_2656_pt.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2013.

²⁰⁵ Idem, ibidem. Sobre a AIDEF, destaque-se ser sido a entidade criada, no “dia 18 de outubro de 2003, na cidade do Rio de Janeiro (...), por ocasião do II Congresso Interamericano de Defensorias Publicas” (AIDEF. Apresentação. Disponível em: <<http://www.aidef.org/wtk/pagina/apresentacao>>. Acesso em: 21 de novembro de 2013).

²⁰⁶ Vide: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. AG/RES. 2714 (XLII-O/12). Defensa Pública oficial como garantía de acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad

No âmbito interno brasileiro, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a prever a instituição do órgão Defensoria Pública para cumprir a tarefa de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados. Com efeito, embora previssem as Constituições de 1934, 1946, 1967 a Emenda Constitucional nº 01/1969 o dever de prestação de assistência judiciária aos necessitados, não havia a indicação de qual o órgão responsável por isto.

A Constituição de 1988, ademais, elenca a Defensoria Pública, ao lado do Ministério Público e da Advocacia, como função essencial à Justiça, nos moldes de seu artigo 134.

Embora o Texto de 1988 inaugure o tratamento constitucional da matéria, o Estado do Rio de Janeiro, pioneiro em sede de Defensoria Pública, instituiu a sua própria já na década de 1950, com o nome de Assistência Judiciária, posteriormente regulamentada, já como Defensoria, com a Lei Complementar Estadual n 80/1995²⁰⁷.

No Rio Grande do Sul, a implantação da Defensoria Pública ocorreu no ano de 1991, com a edição da Lei Complementar Estadual nº 9.320, posteriormente alterada pela Lei Complementar Estadual nº 10.194/1994, em substituição à Unidade de Assistência Judiciária, criada em 1972, e vinculada à Procuradoria-Geral do Estado²⁰⁸.

O Estado de São Paulo, de sua vez, foi um dos últimos a instituir a Defensoria Pública. Por aqui, desde 1947, a então Procuradoria de Assistência Judiciária (PAJ), parte integrante da Procuradoria-Geral do Estado, era quem desempenhava o papel de prestação do serviço de assistência judiciária aos necessitados.

A partir de 2002, contudo, observa-se a gênese do denominado “Movimento pela Defensoria”, lançado aos 24 de junho daquele ano, no Salão Nobre da Faculdade de Direito do Largo São Francisco (Universidade de São Paulo)²⁰⁹, tendo o êxito desta marcha sido reconhecido quando da aprovação da Lei Complementar Estadual nº 988, de 09 de janeiro de 2006, que, finalmente, instituiu a Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Na ocasião, Procuradores do Estado que atuavam na extinta PAJ tiveram a oportunidade, no prazo de sessenta dias a partir da aprovação da Lei, de migrarem

(aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012). Disponível em: <http://www.aidef.org/wtksite/cms/conteudo/246/RES._2714.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2013.

²⁰⁷ GIANNAKOS, Angelo Maraninchi. Op. cit., p. 118.

²⁰⁸ Idem, p. 118-119.

²⁰⁹ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit., p. 134.

para o novo órgão, o que foi a opção de oitenta e sete profissionais²¹⁰. Esta possibilidade apontada pela Lei Complementar Estadual nº 988/2006, embora questionada, foi tida por plenamente constitucional pelo Pretório Excelso no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.720/SP, Relator Ministro Marco Aurélio²¹¹.

É na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que se verifica, a propósito, a adoção de medidas contra os Estados-membros mais relutantes na implantação de suas Defensorias Públicas.

Nos autos da ADI nº 4.270/SC, Relator Ministro Joaquim Barbosa, a Suprema Corte Brasileira declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Constituição do Estado de Santa Catarina e da Lei Complementar Estadual nº 155/1997 que criavam, em parceria com a Seccional Catarinense da Ordem dos Advogados do Brasil, a chamada “defensoria pública dativa”. Asseverou o STF que a situação só poderia persistir por mais um ano, a contar da data do julgamento, eis que, dali em diante, o serviço de assistência jurídica integral e gratuita, em consonância com os artigos 5º, LXXIV, e 134 da Lei Maior de 1988, deveriam ser prestados por Defensoria Pública devidamente instituída²¹².

Já no julgamento do Agravo de Instrumento nº 598.212/PR, o Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, conheceu do agravo para o fim de conhecer de Recurso Extraordinário e, na mesma medida, dar-lhe provimento, afastando decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e restabelecendo sentença de primeira instância do Poder Judiciário Paranaense, que

²¹⁰ GIANNAKOS, Angelo Maraninchi. Op. cit., p. 118.

²¹¹ Ementa do julgamento: “DEFENSORIA PÚBLICA - PROCURADORES DO ESTADO - OPÇÃO. É constitucional lei complementar que viabiliza a Procuradores do Estado a opção pela carreira da Defensoria Pública quando o cargo inicial para o qual foi realizado o concurso englobava a assistência jurídica e judiciária aos menos afortunados” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3720/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio, Julgamento em 31/10/2007, Tribunal Pleno. DJe 055, Publicado em 28/03/2008).

²¹² Ementa: “Art. 104 da constituição do Estado de Santa Catarina. Lei complementar estadual 155/1997. Convênio com a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC) para prestação de serviço de “defensoria pública dativa”. Inexistência, no Estado de Santa Catarina, de órgão estatal destinado à orientação jurídica e à defesa dos necessitados. Situação institucional que configura severo ataque à dignidade do ser humano. Violação do inc. LXXIV do art. 5º e do art. 134, caput, da redação originária da Constituição de 1988. Ações diretas julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade do art. 104 da constituição do Estado de Santa Catarina e da lei complementar estadual 155/1997 e admitir a continuidade dos serviços atualmente prestados pelo Estado de Santa Catarina mediante convênio com a OAB/SC pelo prazo máximo de 1 (um) ano da data do julgamento da presente ação, ao fim do qual deverá estar em funcionamento órgão estadual de defensoria pública estruturado de acordo com a Constituição de 1988 e em estrita observância à legislação complementar nacional (LC 80/1994)” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4270/SC, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, Julgamento em 14/03/2012, Tribunal Pleno. DJe 118, Publicado em 25/09/2012).

condenou a Fazenda Pública Estadual a implantar e estruturar sua Defensoria Pública, no prazo de seis meses, sob pena de multa diária de mil reais, revertidos ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, a que alude o artigo 13 da Lei nº 7.347/1985. Trata-se de caso originado a partir da propositura de Ação Civil Pública pelo Ministério Público do Estado do Paraná contra a omissão daquele Estado na instituição de sua Defensoria.

Como resultado das decisões, foi editada, no Estado de Santa Catarina, a Lei Complementar Estadual nº 575, de 02 de agosto de 2012, instituindo sua Defensoria Pública; e, no Estado do Paraná, embora já existente Lei Orgânica de sua Defensoria desde o dia 19 de maio de 2011 (Lei Complementar Estadual nº 136), finalmente, no dia 30 de outubro de 2013, foi dada posse aos Defensores Públicos aprovados no Primeiro Concurso de Ingresso na Carreira, realizado no ano de 2012²¹³.

De fato, é inegável a importância da Defensoria Pública para a defesa daqueles que mais direitos seus veem violados na atual composição social, sendo a Instituição em tela, mais do que prestadora de assistência jurídica integral e gratuita, um verdadeiro instrumento de cidadania e de transformação social²¹⁴.

²¹³ Sobre a posse dos novos Defensores Públicos no Estado do Paraná, vide notícia disponível em: <<http://www.defensoriapublica.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=90&tit=Defensoria-Publica-Geral-do-Parana-da-posse-aos-novos-defensores>>. Acesso em: 21 de novembro de 2013.

²¹⁴ Nesse sentido, vide: ROCHA, Amélia Soares da. Defensoria Pública e transformação social. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 400, 11 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5572>>. Acesso em: 3 fev. 2014.

4 TUTELA JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 Do Socorro Judicial ao Longo do Tempo

Relativamente à tutela judicial de direitos no período antigo, merece destaque os institutos da *actiones* e das *interdicta* no direito romano. Todavia, para que bem se possa compreender o modo pelo qual o processo civil romano chegou a este estágio, faz-se imperioso, antes disso, rascunhar algumas palavras sobre a própria estrutura do antigo processo em Roma.

Com efeito, segundo ensina José Carlos Moreira Alves, três sistemas de direito processual civil foram conhecidos, sucessivamente, em Roma: “o das ações da lei (*legis actiones*); o formulário (*per formulas*); e o extraordinário (*cognitio extraordinaria*)”, sendo cada um deles usado, respectivamente, nos períodos pré-clássico, clássico e pós-clássico²¹⁵.

Ainda de acordo com o autor, os dois primeiros sistemas vigoravam sob a égide da chamada *ordo judiciorum privatorum* (ordem dos processos civis), pela qual a instância procedimental era dividida em duas fases distintas: *in jure* (passada diante de um magistrado estatal, chamado *praetor*); *apud judicem* (processada perante um *judex*, isto é, um particular, sem qualquer vinculação com o Estado)²¹⁶.

Na primeira fase (*in jure*), o trabalho do pretor se limita à análise de existência ou não de proteção jurídica (*actio*) ao direito afirmado pelo autor, não averiguando, destarte, a veracidade dos fatos trazidos²¹⁷; ao contrário, “aceita-o provisoriamente como verdadeiro e decide se aos factos expostos por ele cabe um direito que se possa fazer valer em processo civil”²¹⁸. Se a resposta dada pelo pretor é negativa, nega preliminarmente a existência de *actio* salvaguardando o autor; sendo positiva, entretanto, tem seguimento a segunda fase procedimental, com a nomeação do *judex*²¹⁹.

²¹⁵ ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano. 13. ed., rev. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.1, p. 182.

²¹⁶ ALVES, José Carlos Moreira. Op. cit., p. 184.

²¹⁷ KASER, Max. Direito privado romano. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, 430-431.

²¹⁸ KASER, Max. Op. cit., p. 431.

²¹⁹ Idem, ibidem. Estas observações sobre a atuação do pretor vem a realçar os ensinamentos de José Carlos Moreira Alves (Op. cit., p. 182, grifos no original), segundo quem: “(...) os romanos, ao contrário do que sucede com os modernos, encaravam os direitos antes pelo aspecto processual do que pelo material. Em virtude disso, é comum dizer-se que o direito romano era antes um *sistema de ações* do que um *sistema de direitos subjetivos*”.

Tanto no sistema das ações da lei assim como no formular, após a prolação da sentença pelo *judex* colocando fim, de maneira definitiva, à lide trazida pelas partes, em não havendo o cumprimento voluntário da decisão pelo condenado no prazo de trinta dias, deveria o credor propor uma nova ação, conhecida por *actio iudicati*, agora perante o *praetor*, vez que, não sendo o *judex* um agente estatal, não possuía esse o poder de império necessário à execução de sua sentença²²⁰.

Observa Humberto Theodoro Júnior ter sido a chamada ordem dos processos civis amplamente reformulada no Século I a.C., eliminando-se a dualidade de instâncias e, assim, passando-se a falar na *cognitio extraordinaria*²²¹, na qual “a instância se desenrola inteiramente diante de um juiz que é funcionário do Estado, como sucede em nossos dias”²²².

Feitas estas considerações, pode-se destacar a importância assumida pelos interditos (*interdictum*) no antigo direito romano. Isso porque, dada a dualidade de instâncias da *ordo iudiciorum privatorum*, “o resultado prático da jurisdição” se tornava “lento e demorado”²²³, de modo que:

(...) com fundamento no *imperium* do magistrado e com inspiração na equidade, vários institutos processuais foram sendo concebidos para complementar e agilizar a tutela judiciária dos direitos, dentre os quais se destacavam os interditos e outros expedientes mandamentais, utilizados pelo pretor na fase *in jure* do procedimento, isto é, antes que o *iudex* viesse a sentenciar (fase *apud iudicem*)²²⁴.

Do excerto, denota-se ter sido o interdito romano uma solução encontrada pelos pretores que, antevendo o risco de perecimento do direito da parte até que houvesse a prolação de sentença pelo *judex* na fase subsequente, assegurava a sua

²²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O processo interdital como delineador dos novos rumos do direito processual civil brasileiro. In: Revista de Processo, nº 97, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 230-231. Embora seguissem as *legis actiones* e as *per formulas* a mesma sistemática processual, a diferença entre elas, que foi o que moveu a criação desse último modelo, é que o processo formulário era muito menos rígido do ponto de vista formal do que o das ações da lei (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 230). Como exemplifica José Carlos Moreira Alves (Op. cit., p. 193-194, grifos no original): “Caracteriza-se [sistema das ações da lei], principalmente, pela rigidez do formalismo a ser observado pelos litigantes a ponto de alguém – o exemplo é de Gaio – perder a demanda pelo fato de haver empregado em juízo a palavra *uities* (videira), ao invés do termo *arbor* (árvore), como preceituava a Lei das XII Tábuas com relação à *actio de arboribus succisis* (ação relativa a árvores cortadas), e isso apesar de, no caso concreto, as árvores abatidas terem sido justamente videiras”.

²²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 231.

²²² ALVES, José Carlos Moreira. Op. cit., p. 184.

²²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 232.

²²⁴ Idem, ibidem.

conservação com base no poder de império de que eram dotados – e que faltava ao *judex*.

Os interditos romanos, exatamente por isso, guardam certa identidade com as tutelas de urgência verificadas no direito processual civil brasileiro, que tanto antecipam de maneira satisfativa (em primeiro lugar, o artigo 937, com redação original do Código de Processo Civil de 1973, e, posteriormente, por reformas legislativas os artigos 273 e 461, com redações determinadas pela Lei nº 8.952/1994, e, por fim, o artigo 461-A, cuja atual redação que atribuiu a Lei nº 10.444/2002) quanto asseguram o direito alegado pelo autor e que, *prima facie*, mostra-se plausível desta proteção antes do tempo²²⁵.

Anote-se, finalmente, que, segundo preleciona Ovídio Baptista da Silva no que atine às diferenças observadas entre as *actiones* e as *interdicta*, tem-se que as primeiras tutelavam “exclusivamente os litígios nascidos de uma relação obrigacional”, ao passo que as últimas, “em número superior a setenta”, ficavam reservadas “à proteção dos direitos de maior relevância, inclusive para os interesses públicos e coletivos”, concluindo, por isso, que, enquanto ao *judex* cabia, no máximo, o exercício de tutela condenatória, ao pretor (responsável pela tutela interdital) seria dada a possibilidade de conferir proteções de cunho mandamental e executivo *lato sensu*²²⁶.

4.2 Remédios Constitucionais de Tutela de Direitos Fundamentais

Conforme já acenado em momento anterior do presente trabalho, a Constituição Federal de 1988 é rica em *writs* destinados à tutela judicial de direitos fundamentais nela listados. Tendo em vista, pois, este caráter intrincado tais direitos e os remédios²²⁷ que se destinam a efetivá-los, de vital importância se faz, doravante, uma

²²⁵ Nesse sentido, também, André Luiz Vinhas da Cruz: “Se assemelhava, assim, a tutela interdital romana com a técnica da antecipação de tutela, posto que o pretor antecipava a execução ou o mandamento no próprio processo cognitivo, independentemente de processo autônomo, mediante uma ordem liminar, com uma cognição sumária das afirmações do autor, se feitas conforme o édito” (CRUZ, André Luiz Vinhas da. A evolução histórica das tutelas de urgência: breves notas de Roma à Idade Média. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, VIII, n. 22, ago 2005. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=344 >. Acesso em dez 2013).

²²⁶ Em tudo: SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2. Ed., 1997, p. 181.

²²⁷ Embora se tenha empregado a expressão “remédios constitucionais”, amplamente difundida no Brasil, não se ignora a crítica tecida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (FERREIRA FILHO, Manoel

apresentação, ainda que perfunctória, das linhas genéricas de cada uma destas ações constitucionais.

É do que cuidam as próximas sessões.

4.2.1 *Habeas Corpus*

Previsto no inciso LXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, o *habeas corpus* é uma ação constitucional prevista para a tutela do direito de liberdade de locomoção dos indivíduos, sempre que uma restrição a tal direito se pretender por abuso de poder ou por verdadeira ilegalidade.

Ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho que, a despeito do nome latino, é inglesa a gênese do *habeas corpus*, tendo sido ele concebido no bojo da Magna Carta de 1215, embora só viesse a se consolidar séculos mais tarde, especialmente com o *Habeas Corpus Act*, de 1679, que previa rigorosas sanções contra o seu descumprimento²²⁸.

Em sede constitucional brasileira, o *habeas corpus* foi previsto pela primeira vez na Lei Maior de 1891, a primeira das republicanas, o que foi feito em termos mais amplos do que o costumeiramente observado, razão pela qual emergiu a denominada “doutrina brasileira do *habeas corpus*, que o concebia como remédio tutelar dos direitos subjetivos de qualquer natureza”²²⁹, tendo-se na figura do saudoso Ruy Barbosa²³⁰ um dos principais expoentes da ideia.

Esta orientação de bitola larga do *habeas corpus* no Brasil foi, de certo modo, acolhida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, no início do século XX, firmou entendimento no sentido de que o remédio se destinaria para o “restabelecimento de qualquer direito que tivesse como pressuposto a liberdade de

Gonçalves. Curso de direito constitucional. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 345), para quem “a expressão ‘remédio de Direito Constitucional’ parece não ser das mais felizes, por ser risível a metáfora que encerra”.

²²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 346-347.

²²⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, 445.

²³⁰ Conforme lição do eterno jurista: “logo o *habeas corpus* hoje não está circunscrito aos casos de constrangimento corporal: o *habeas corpus* hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade” (apud SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 445).

locomoção”²³¹, orientação esta superada por uma Emenda Constitucional do ano de 1926, que “plasmou seus contornos atuais”²³².

Da forma como está previsto no atual Texto Constitucional, o *habeas corpus* admite sua impetração tanto de forma repressiva (quando o sujeito já tiver sua liberdade de locomoção violada por ato ilegal ou praticado com abuso de poder – é o chamado “*habeas corpus* liberatório”) quanto preventiva (quando estiver o sujeito na iminência de sofrer aquela violação motivada por qualquer daqueles dois pressupostos – eis o “*habeas corpus* preventivo”)²³³.

Com rito especificado dentre os artigos 647 a 667 do Código de Processo Penal, não há dúvidas de que possa atualmente o *habeas corpus*, ao contrário do que já se verificou em tempos passados²³⁴, tutelar o direito de liberdade de locomoção não só de brasileiros, como também de estrangeiros.

Quanto aos seus destinatários, os ditos pacientes, uma das poucas restrições observadas na doutrina diz respeito às pessoas jurídicas, as quais, justamente por sua própria condição imaterial, não dispõem de liberdade de locomoção a ser protegida, embora detenham legitimidade para impetrar o *writ* em favor de outrem, obviamente uma pessoa natural²³⁵.

Já no que concerne à autoridade coatora, aquela que pratica a violação da liberdade do paciente, malgrado seja, no mais das vezes, um agente público, nada impede que o remédio seja impetrado em face de um particular, como o diretor de hospital que não concede alta ao internado que não saldou suas dívidas com a instituição²³⁶.

Finalmente, em que pese o seu papel de magnitude no direito brasileiro, o *habeas corpus* encontra limitações quanto ao seu manejo na própria Constituição Federal. É o que ocorre com a disposição do artigo 142, §2º, que reza ser incabível o remédio contra “punições disciplinares militares”. De igual forma, decretado o estado de sítio pelo Presidente da República, depois de devidamente autorizado pelo Congresso

²³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 349.

²³² ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 15. ed. São Paulo: Verbatim, 2011, p. 232.

²³³ FACHIN, Zulmar Antonio. Curso de direito constitucional. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Gen, Método, 2008, p. 297.

²³⁴ Ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Op. cit., p. 347) que o remédio heroico, quando de sua originária previsão no Código de Processo Criminal de 1832, destinava-se a beneficiar apenas brasileiros, cenário este que só foi superado por Lei editada no ano 1871.

²³⁵ FACHIN, Zulmar Antonio. Op. cit., p. 298.

²³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 348.

Nacional, em virtude de “comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa” (artigo 137, inciso I, Constituição Federal), uma das medidas restritivas que podem ser adotadas é, exatamente, a “obrigação de permanência em localidade determinada” (artigo 139, inciso I, Constituição Federal), caso no qual, “apesar de ocorrer restrição à liberdade de locomoção, não caberá *habeas corpus*”²³⁷.

4.2.2 *Habeas Data*

O *habeas data* foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, inciso LXXII), marco jurídico do fim de longo período antidemocrático, motivo pelo qual, segundo Luis Roberto Barroso, sua instituição “tratou-se, acima de tudo, de uma reação ao passado, de valia primariamente simbólica”²³⁸.

Ensinam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior ser o remédio em tela imbuído de duas finalidades, quais sejam, “criar um canal judicial de acesso a informações constantes sobre a própria pessoa em registros ou banco de dados de caráter público” e, depois de explanarem sobre sua significância, “a correção de informações inexatas ou ilegais, a complementação do registro e a anotação dependência judicial ou administrativa sobre dados verdadeiros constantes do banco de dados”²³⁹.

Em suma, presta-se o remédio ao “conhecimento de informações e retificações de dados”, como pontua Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁴⁰.

A legitimidade ativa “é restrita à pessoa interessada em tomar conhecimento ou retificar os dados registrados a seu respeito. Nesse caso, intentar a ação judicial ou requerer administrativamente é um direito personalíssimo”²⁴¹.

Como coatoras de direito do impetrante, podem estar não apenas órgãos públicos, como também organizações particulares de caráter público, a exemplo do Serviço de Proteção ao Crédito – SPC²⁴².

²³⁷ FACHIN, Zulmar Antonio. Op. cit., p. 303.

²³⁸ BARROSO, Luis Roberto. Temas de direito constitucional. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, t. I, 2002, p. 200.

²³⁹ Em tudo: ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Op. cit., p. 238.

²⁴⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 359.

²⁴¹ FACHIN, Zulmar Antonio. Op. cit., p. 315.

Ressalte-se, ademais, que “o direito de retificação existe mesmo em face de eventual informação verdadeira, desde que esta implique violação à lei ou à Constituição”²⁴³, como no caso de ser divulgada, inadvertidamente, informação que contrasta com o direito à intimidade do impetrante.

No plano infraconstitucional, o *habeas data* se encontra disciplinado pela Lei nº 9.507/1997, a qual pressupõe uma “fase administrativa prévia” para que o teor ou a retificação das informações sejam prestados ou realizados pelo órgão detentor do material, a qual, verificando-se infrutífera, autoriza o ingresso em juízo com a impetração do remédio. Esta necessidade de esgotamento da via administrativa, cuja inobservância acarreta o indeferimento da inicial nos moldes do artigo 10 da Lei, é considerada inconstitucional por Zulmar Fachin²⁴⁴, na medida em que atenta contra a garantia do artigo 5º, inciso XXXV, a qual, como comentado mais de uma vez no presente trabalho, assegura o acesso às vias judiciais para prevenir ou reparar lesão a direito.

Julgando procedente o pedido, o juiz designará data e horário para que o coator apresente as informações ao impetrante ou demonstre, em juízo, a retificação feita nos dados que deste dispõe, cabendo, de qualquer forma, apelação da sentença, recurso este, no entanto, dotado de efeito meramente devolutivo²⁴⁵.

4.2.3 Mandado de Segurança

O mandado de segurança, como ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “é uma criação brasileira”, surgindo na Constituição de 1934 (artigo 113), como forma de superar a já mencionada doutrina brasileira do *habeas corpus*, tendo por inspiração “vários *writs* do Direito anglo-americano e o *amparo* mexicano”²⁴⁶.

²⁴² ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Op. cit., p. 238.

²⁴³ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Op. cit., p. 239.

²⁴⁴ FACHIN, Zulmar Antonio. Op. cit., p. 317. A despeito de todo o vigor da tese, Zulmar Fachin (idem, ibidem) anota que a jurisprudência se posiciona de maneira diversa, havendo entendimento sumulado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 02) exigindo o esgotamento administrativo prévio.

²⁴⁵ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 457.

²⁴⁶ Em tudo: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 349. Destaques no original. Esmiuçando as fontes de inspiração do remédio brasileiro, Uadi Lammêgo Bulos (BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 5. ed., ref. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 729) registra: “a fonte de inspiração do mandado de segurança foi a doutrina brasileira do *habeas corpus*, juntamente com os interditos possessórios e a ação anulatória de atos da administração (Lei n. 221/1894). Indiretamente, guarda similitude com os institutos congêneres em vários *writs* do Direito anglo-americano (*mandamus*,

Previsto, atualmente, no inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal e regulamentado pela Lei nº 12.016/2009, o mandado de segurança se presta a tutelar direito líquido e certo de violação causada por ilegalidade ou abuso de poder levados a cabo por “autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”²⁴⁷, desde que o direito não possa ser protegido pelas vias do *habeas corpus* ou do *habeas data*.

“O seu campo de atuação”, destarte, “é definido por exclusão: onde não cabe *habeas corpus* ou *habeas data*, cabe mandado de segurança”²⁴⁸.

O primeiro dos pressupostos exigidos pela Constituição Federal para a impetração do mandado de segurança é que este se destine a proteger um direito que seja líquido e certo.

Conforme leciona Uadi Lammêgo Bulos, direito líquido e certo seria o que “se prova, documentalmente, logo na petição inicial. Uma pesquisa na jurisprudência do STF mostra que a terminologia está ligada à prova pré-constituída, a fatos documentalmente comprovados na exordial”, asseverando o autor pouco importar a complexidade da questão jurídica a ser examinada pelo órgão judicial, contanto que os fatos sejam incontestes²⁴⁹.

Além disso, o ato praticado pela “autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” há de ser eivado de ilegalidade ou de abuso de poder. Tendo em vista o fato de que o agente que abusa de seu poder excede as raias da legalidade, poder-se-ia pensar em ter sido a Constituição tautológica quando da disciplina do *mandamus*.

Em verdade, porém, teve o constituinte um objetivo ao diferenciar as categorias, como observa Michel Temer:

prohibition, certiorari, quo warrant, injunction, declaratory judgments) e no *juicio de amparo* mexicano (Constituição de 1917), hondurenho e de El Salvador. Durante as Ordenações do Reino, tivemos institutos jurídicos parecidos com o mandado de segurança. Nas Ordenações Afonsinas, por exemplo, existiu a apelação extrajudicial, muito próxima do nosso *writ*. O mesmo se diga em relação às Ordenações Manuelinas. As Ordenações Filipinas, de 1603, que duraram cerca de duzentos anos em Portugal e influenciaram diretamente o Código Civil Brasileiro, registraram a carta testemunhável, que deveria ser apresentada no prazo de trinta dias” (destaques no original).

²⁴⁷ É a redação do mencionado dispositivo constitucional: “LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

²⁴⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 350. Destaques no original.

²⁴⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. Op. cit., p. 731. Há, inclusive, Súmula do STF (n. 625) nesse sentido: “Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”.

O mandado de segurança é conferido aos indivíduos para que eles se defendam de atos ilegais ou praticados com abuso de poder. Portanto, tanto os atos vinculados quanto os atos discricionários são atacáveis por mandado de segurança, porque a Constituição e a lei ordinária, ao aludirem à ilegalidade, estão se reportando ao ato vinculado, e ao se referirem a abuso de poder estão se reportando ao ato discricionário²⁵⁰.

Desse modo, ainda que o ato praticado esteja dentro do campo de discricionariedade do agente público, componente do mérito administrativo daquele, será possível o uso do mandado de segurança, como verdadeiro instrumento de controle da Administração Pública, desde que o ato transcenda as bitolas do campo de discricionariedade traçado pela lei, aí incidindo em clara ilegalidade, controlável, segundo a Carta Magna, pelo fato de sua cláusula também prever, na esteira das observações acima colacionadas, a impetração em face de atos administrativos discricionários, e não apenas dos vinculados.

Conquanto o dispositivo constitucional relativo ao mandado de segurança não faça ressalva expressa quanto à tutela do direito líquido e certo também na iminência de ser violado, a doutrina não titubeia em afirmar pela possibilidade de ser reconhecido, tal como se dá com o habeas corpus, o mandado de segurança em sua modalidade preventiva.

Nesse sentido, comentando os requisitos necessários à impetração do *writ*, Uadi Lammêgo Bulos aponta como o último deles a “lesão ou ameaça de lesão”, enfatizando ser a primeira a que justifica o mandado de segurança repressivo, ao passo que a última seria a responsável pela deixa para a impetração do mandado em sua modalidade preventiva²⁵¹.

Na disciplina do mandado de segurança pela Lei nº 12.016/2009, é possível encontrar, ainda, a previsão da concessão de medida liminar, desde que haja “fundamento relevante” e que do ato impugnado possa “resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica”²⁵².

A previsão legal de medidas liminares, como não poderia deixar de ser, vai ao encontro do mandamento constitucional do artigo 5º, inciso XXXV, que consagra o direito ao acesso ou princípio da inafastabilidade da jurisdição, sendo exigência,

²⁵⁰ TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 179.

²⁵¹ BULOS, Uadi Lammêgo. Op. cit., p. 732.

²⁵² Redação do inciso III do artigo 7º da Lei nº 12.016/09.

además, da moderna noção de devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), pelo qual há de se veicular tutelas jurisdicionais que sejam tempestivas, adequadas e efetivas²⁵³.

De fato, como pontua Celso Ribeiro Bastos,

Eis porque, embora regulada por lei ordinária, a concessão de liminar encontra de certa forma assento jurídico no próprio Texto Constitucional assegurador do mandado de segurança. Se este objetiva a reparação *in natura* do direito ofendido, a utilização pelo Judiciário de medidas acautelatórias dos interesses lesados impõe-se, ainda que não disponha aquele de condições, na ocasião, para proferimento de uma decisão definitiva²⁵⁴.

Ainda sobre a liminar no mandado de segurança, a Lei nº 12.016/09 estabelece que, “deferida a medida liminar, o processo terá prioridade para julgamento” (artigo 7º, §4º), gerando efeitos que, salvo revogação ou cassação, “persistirão até a prolação da sentença” (artigo 7º, §3º). De todo modo, contra a decisão sobre liminares, seja concedendo, seja negando a medida, cabe o recurso de agravo de instrumento (artigo 7º, §1º), dado o seu caráter interlocutório, na esteira do conceito do artigo 162, §2º, do Código de Processo Civil²⁵⁵.

Nada obstante a ampla disciplina de liminares, casos há, também, em que a Lei nº 12.016/2009 nega, de antemão, a possibilidade de serem as medidas concedidas, estando todos eles previstos no §2º de seu artigo 7º, envolvendo, na literalidade do dispositivo, “a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza”.

²⁵³ Comentando a cláusula constitucional do devido processo, por eles chamada de “direito fundamental ao processo justo”, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero asseveram ser “preciso ter em mente que compõe o direito ao processo justo o direito à *tutela jurisdicional adequada dos direitos*” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIÉRO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 620, destaques no original). Mais à frente, tratando-o como direito fundamental processual autônomo, os autores apresentam o “direito fundamental à tutela adequada e efetiva” nos seguintes moldes: “ao proibir a justiça de mão própria e afirmar que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CF), nossa Constituição admite a existência de *direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva*” (Op. cit., p. 627, destaques no original).

²⁵⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 240.

²⁵⁵ Reza o mencionado dispositivo do Código de Processo Civil: “§2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”.

Em último lugar, pedindo a devida vênia para deixar de lado tantos outros relevantes pontos da disciplina do *mandamus*²⁵⁶, enfatize-se estabelecer a Lei nº 12.016/90 o prazo decadencial de cento e vinte dias para que seja o remédio impetrado, “contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado” (artigo 23).

Superado o referido lapso, não mais será dado ao titular do direito líquido e certo violado o manejo do *writ*, cabendo-lhe socorrer-se por outras vias, como uma ação ordinária, com a alternativa, sempre, de se investigar a viabilidade de requerimento de antecipação dos efeitos da tutela (artigo 273 do Código de Processo Civil), o que, em certos casos, pode ser até mesmo mais vantajoso do que o seria o próprio mandado, haja vista os maiores rigores formais que este revestem.

4.2.4 Mandado de Injunção

Reconhecida, com Konrad Hesse, a ideia de “força normativa da Constituição”, marco teórico do movimento neoconstitucionalista, que será mais bem apurado oportunamente, tem-se que o Texto Constitucional não pode ser visualizado como mero “repositório de boas intenções, de recomendações e de programas, que possam restar indefinidamente letra morta sem a geração de efeitos jurídicos fundamentais, o que é lícito esperar sobretudo de uma disposição constitucional”²⁵⁷.

Ao revés, devem ser as normas constitucionais observadas e aplicadas no contexto social para o qual foram idealizadas, daí porque se afigura de relevante vulto a instituição de mecanismos que combatam a chamada “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”²⁵⁸, que seriam, justamente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e o Mandado de Injunção²⁵⁹.

Em virtude de compor a ADO instrumento próprio do controle concentrado de constitucionalidade, comentar-se-á apenas o mandado de injunção, este

²⁵⁶ O mandado de segurança coletivo, também previsto no rol de direitos e garantias individuais da Constituição Federal (artigo 5º, inciso LXX), dado o fato de ser espécie de ação coletiva, será abordado no item relativo às ações popular e civil pública.

²⁵⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 241.

²⁵⁸ A expressão pode ser encontrada na página 03 do voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento do Recurso Extraordinário nº 565.089, do qual foi o relator.

²⁵⁹ Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 695) realçam sobre a similitude final dos institutos: “trata-se de instrumento que, conjuntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa tutelar a pessoa diante de omissões inconstitucionais do Estado”.

sim capitulado enquanto remédio constitucional cujo uso é facultado a qualquer indivíduo, não havendo que se falar em legitimações prévias, tal como se dá com aquela ação.

Preleciona o inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”²⁶⁰.

Trata-se de ação constitucional sem precedentes, “quer no direito nacional, quer no alienígena”²⁶¹, asseverando Manoel Gonçalves Ferreira Filho, depois de condigna investigação, não haver qualquer semelhança, senão no nome, com o *writ of injunction* do direito anglo-americano e nem com a *ingiunzione* do direito italiano²⁶².

A principal finalidade do mandado de injunção, segundo José Afonso da Silva, é “conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional (...) inerte em virtude de ausência de regulamentação”, consubstanciando-se, assim, “como um instrumento de realização prática da disposição do art. 5º, §1º”²⁶³.

Vê-se ser necessário, destarte, que a pessoa já seja titular de um direito veiculado pela Constituição Federal, mas cujo exercício resta obstado pela falta de norma infraconstitucional que o regulamente, cenário diferente do que se tem na Ação Direta por Omissão, na qual, em verdade, a Lei Maior traz somente uma expectativa de um direito, sem o consagrar, contudo, de modo inequívoco.

Neste sentido, as lições de Celso Ribeiro Bastos:

O mandado de injunção pode ser ajuizado por qualquer pessoa que se sinta impedida de exercitar um direito constitucionalmente assegurado pela falta de norma regulamentadora que viabilize o exercício desse seu direito. É necessária, pois, a existência de um direito subjetivo concedido em abstrato

²⁶⁰ Conquanto exista a referida disposição, não é o mandado de injunção munido de regulamentação infraconstitucional, a ele se aplicando, consoante o artigo 24 da Lei nº 8.038/90, no que couber, as normas do mandado de segurança.

²⁶¹ BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 242.

²⁶² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 352. Em sentido contrário, Uadi Lammêgo Bulos observa: “os antecedentes remotos do mandado de injunção estão na Inglaterra, quando, em pleno século XIV, constituía um dos mais importantes institutos da *Equity*. Surgiu, pois, com o juízo de equidade, cuja aplicação no sistema *common law* se dava naqueles casos em que inexistia norma legal (*statutes*) para regular o direito, a liberdade ou a prerrogativa pleiteada no caso *sub judice*. No antigo Direito português existiam instrumentos análogos, que visavam combater o indesejado estado de inércia legislativa. Sua fonte mais próxima está no *writ of injunction* dos norte-americanos, instrumento destinado a tutelar direitos fundamentais, comprometidos pela falta de norma legal para concretizá-los” (Op. cit., p. 756, destaques no original).

²⁶³ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 448. O §1º do artigo 5º da Constituição Federal estatui a cláusula de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, nos seguintes termos: “§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

pela Constituição, cuja fruição está a depender de norma regulamentadora. Diferente é a situação quando a Constituição apenas outorga expectativa de direito, e, portanto, a norma regulamentadora faltante se presta a transformar esse mera expectativa de direito em direito subjetivo. Nesse caso, não cabe mandado de injunção e sim ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, §2º)²⁶⁴.

Do excerto, pode concluir-se, pois, que a diferença entre o espectro de um e de outra ação reside no fato de já existir ou não direito subjetivo grafado na Constituição Federal, o que se responde positivamente no caso do mandado de injunção e de forma negativa no da ADO.

Os dois requisitos para a propositura do mandado de injunção, segundo Uadi Lammêgo Bulos, são, de um lado, a “falta de norma regulamentadora para efetivar direitos, liberdades ou prerrogativas ligadas à nacionalidade, à soberania e à cidadania” e, de outro, “a inviabilidade do exercício de direito, liberdade, ou prerrogativa em virtude da falta de normatividade”, ressaltando o autor entender-se por norma regulamentadora “a providência legislativa por meio da qual os preceitos constitucionais tornam-se totalmente exequíveis, sem precisar de qualquer normatividade posterior para concretizar direitos, liberdade e prerrogativas neles inseridos”²⁶⁵.

A legitimidade para a impetração do *writ* é de qualquer pessoa interessada, motivo pelo qual se pode afirmar, na esteira de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Filho, que “o mandado de injunção é um meio de controle difuso de inconstitucionalidade por omissão”, despertando o interessado, em um caso concreto, a “atuação do Poder Judiciário para suprir a inércia do legislador infraconstitucional”²⁶⁶.

No polo passivo da ação, ao seu turno, deverá estar a autoridade com competência para a edição da norma regulamentadora faltante, sendo este mesmo critério de legitimidade passiva que definirá, igualmente, a competência para julgar o mandado de injunção, conforme os artigos 102, inciso I, alínea “q” (competência do Supremo Tribunal Federal), e 105, inciso I, alínea “h” (competência do Superior Tribunal de Justiça), todos da Constituição Federal.

Admite-se, ainda, o julgamento de mandado de injunção pelo Tribunal Superior Eleitoral, em grau de recurso, quando denegada a medida por Tribunal Regional Eleitoral, na conformidade com o artigo 121, §4º, inciso V, da Lei Maior de

²⁶⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 242-243.

²⁶⁵ Em tudo: BULOS, Uadi Lammêgo. Op. cit., p. 757.

²⁶⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Op. cit., p. 234.

1988; e pelos Tribunais de Justiça dos Estados, tal como seja definido nas Constituições Estaduais, segundo o artigo 125, §1º, da Carta Magna.

Ressalte-se, ademais, ser possível o julgamento de mandado de injunção também pelos juízes de primeiro grau, sempre que “a omissão reportar-se a normas municipais”²⁶⁷, embora se reconheça a pouca verificação prática desta modalidade, na medida em que “as lacunas relativas ao âmbito local, e até mesmo estadual, circunscrevem-se à órbita das leis federais, praticamente exaustivas quanto aos direitos tutelados pelo mandado de injunção”²⁶⁸.

O grande tema, porém, no que atine ao mandado de injunção é o relativo aos efeitos da decisão prolatada pelo órgão julgador. Trata-se de matéria deveras vacilante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pendendo a Corte para um entendimento e ora para outros.

Imbuído de espírito altamente didático, Uadi Lammêgo Bulos rotula as quatro passíveis tendências de decisões injuntivas em grupos teóricos distintos, cujas ideias podem ser assim sintetizadas:

Tese não concretista – a sentença do Supremo apenas reconhece, formalmente, a existência de mora legislativa. E a única coisa que a Corte pode fazer é exortar o Congresso Nacional a legislar;

Tese concretista individual direta – logo que o Supremo julga procedente o mandado de injunção, ele implementa a eficácia da norma constitucional. E, após o preenchimento do vazio normativo, não há solução de continuidade, porque a decisão da Corte apenas produz efeitos entre as partes;

Tese concretista individual intermediária – julgado procedente o mandado de injunção, o Poder Judiciário estabelece prazo para o Congresso Nacional elaborar a norma regulamentadora. Se, após o término do prazo, o Legislativo não tomar nenhuma providência, permanecendo a *inércia constitucional*, o impetrante do *writ* passa a ter assegurado o seu direito; e

Tese concretista geral – a sentença, proferida na injunção, é *erga omnes*, tem eficácia ampla, abrangendo a todos, pois o Judiciário implementa o exercício do direito, mediante uma deliberação irrestrita, que vigorará até o dia em que o Poder Legislativo sanar o estado de *inércia constitucional*. Aqui o Supremo Tribunal pode legislar no caso concreto, ou seja, pode proferir sentença substituindo aquilo que deveria constar na lei²⁶⁹.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inicialmente conservadora, acolhia a tese não concretista, por meio da qual, assim como ocorria com

²⁶⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. Op. cit., p. 763.

²⁶⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. Op. cit., p. 763.

²⁶⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. Op. cit., p. 764. Grifos no original.

a ADO, limitava-se a dar ciência ao Poder Legislativo de sua mora, caminhando, a seguir, para a orientação de fixar prazo para o suprimento da omissão, de sorte que, superado tal lapso sem qualquer providência legislativa, estaria o impetrante autorizado ao pleno gozo de seu direito²⁷⁰, algo mais correlato à teoria concretista individual intermediária.

A mudança de paradigma nos julgamentos da Suprema Corte Brasileira, todavia, se verifica após o julgamento do Mandado de Injunção nº 708/DF, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, que concluiu pela aplicação analógica das normas de greve do setor privado à seara pública, carente de regulamentação própria, à míngua do disposto no artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal²⁷¹, e que será objeto de estudo próprio em estágio mais avançado deste trabalho.

Sem negar a utilidade da classificação apresentada pelos constitucionalistas, Rafael José Nadim de Lazari e Renato Bernardi propõem que seja o fenômeno enxergado sob a ótica processual, que permitiria a construção de uma “equação geral” a embasar exame que não fique restrito ao âmbito do mandado de injunção²⁷².

Segundo os autores, quatro são os efeitos admissíveis à “decisão cognitiva concedida em sede de mandado de injunção”: um meramente declaratório, o mais limitado de todos; um que se subdivide em condenatório e mandamental/executivo *lato sensu*; um terceiro, de índole constitutiva da “norma específica *aos litigantes*”; e um quarto, também de viés constitutivo, para a criação de uma norma “geral e abstrata”,²⁷³.

Após a merecida explanação sobre cada um dos efeitos, concluem os autores ser necessária a adoção da quarta tese (decisão constitutiva de norma geral e abstrata), ou, ao menos, da terceira (decisão constitutiva de norma específica para os litigantes), refutando-se, por completo, as duas primeiras orientações, que ignoram a “máxima potência” a ser conferida à Constituição Federal²⁷⁴.

²⁷⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 353.

²⁷¹ Reza o dispositivo: "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica"

²⁷² LAZARI, Rafael José Nadim de; BERNARDI, Renato. A natureza da decisão concedida em sede de mandado de injunção: aporte em prol da máxima potência da Constituição Federal. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Org.). Sistema constitucional de garantias: e seus mecanismos de proteção. Birigui, SP: Boreal, 2013, p. 438-439.

²⁷³ LAZARI, Rafael José Nadim de; BERNARDI, Renato. Op. cit., p. 440-441.

²⁷⁴ Idem, p. 447.

No mesmo prumo, Uadi Lammêgo Bulos, avaliando o novel entendimento do Pretório Excelso quanto ao tema (tese concretista geral), também pontua que, ao invés de apenas “imputar comportamento moroso ao Congresso Nacional, cumpre-lhe *viabilizar* o exercício e gozo de direitos, tornados inoperantes por aqueles que, por dever de ofício, têm de regulamentá-los mas não o fazem”²⁷⁵.

Por extremo, não há como refutar o acerto dos posicionamentos acima colacionados, eis que se pautam, tal como a própria concepção do *writ* em tela, no marco da força normativa que se há de atribuir à Carta Magna, não podendo os indivíduos permanecer à mercê de um Poder Legislativo moroso, que olvida a necessidade de criar condições práticas para o gozo dos direitos por parte daqueles que deles são titulares.

Se a questão pode, numa primeira mirada, contrastar com o princípio da Separação dos Poderes – do que não se duvida – deve ser lembrado que o contexto no qual adveio esta indelével teoria é absolutamente oposto do que se observa nos dias hodiernos. É imperioso, dessa sorte, reoxigenar a clássica teoria com ares dos novos tempos, que reconheçam a atual forma de tutela que deve recair sobre o povo, mas isso constitui tarefa para um item do presente ensaio que ainda está por vir.

4.2.5 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), ainda que não prevista na Lei Maior dentre os remédios constitucionais do artigo 5º²⁷⁶, tem inegável importância, a evidenciar pelo seu nome, na defesa de alguns dos mais importantes preceitos constitucionais, daí a sua capitulação neste ponto do trabalho.

A ADPF, ensina Walter Claudius Rothenburg, “é mais uma modalidade de ação direta do controle de constitucionalidade”, distinguindo-se das demais, basicamente, por seus peculiares parâmetro (que seria o descumprimento de um preceito fundamental) e objeto (“ato do poder público”, conforme o artigo 1º, *caput*, da Lei nº 9.882/1999)²⁷⁷.

²⁷⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. Op. cit., p. 766. Grifo no original.

²⁷⁶ O artigo 102, §1º, da Carta Magna, cuidando das competências do Supremo Tribunal Federal, limita-se a prever que “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

²⁷⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. Direito constitucional. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 148.

Tratando-se de ação inaugurada sob a égide da vigente ordem constitucional, não se sabia ao certo, naquele tempo, no que consistiria essa arguição de descumprimento, sendo certo que, segundo Gilmar Ferreira Mendes, poderia ela ser utilizada, como realmente o veio a ser, para “colmatar importantes lacunas identificadas no quadro de competências do STF”,²⁷⁸.

Dentre os institutos de direito alienígena que podem ter servido de inspiração à ADPF brasileira, Walter Claudius Rothenburg elenca a reclamação constitucional alemã (*Verfassungsbeschwerde*), o *recurso de amparo* espanhol e, em certa medida, o *writ of certiorari* norte-americano, vez que todos eles possuem características em comum, dentre as quais o endereçamento direto à Suprema Corte, o fato de serem voltados contra atos do Poder Público em geral – e não apenas os normativos – e terem caráter subsidiário²⁷⁹.

Sua previsão na Constituição Federal, como mencionado de passagem, deu-se unicamente no §1º do artigo 102, que, cuidando das competências do Supremo Tribunal Federal, salientou estar entre elas o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, na forma do que disciplinasse a lei.

A aludida Lei (de nº 9.882), no entanto, somente foi editada no ano de 1999. Por isso, de 05 de outubro de 1988, data da promulgação da atual Carta Magna, até o ano de 1999, quando da edição da Lei nº 9.882, teve-se intervalo no qual, não obstante a previsão genérica feita pelos constituintes sobre a arguição de descumprimento, não pôde o referido instituto ser manejado, tendo o Pretório Excelso inadmitido as arguições que foram nesse sentido ajuizadas²⁸⁰.

Para fins de delimitar o campo de atuação da ADPF, André Ramos Tavares estabelece uma distinção entre inconstitucionalidade e descumprimento, sendo apenas o último no qual se insere o âmago da presente arguição. Confira-se:

A noção de descumprimento não deve ser confundida com a de inconstitucionalidade. O termo “inconstitucionalidade” apresenta um rigor estrito no Direito pátrio, aplicável com exclusividade às situações especificamente delimitadas pela Constituição (e pelo Supremo Tribunal Federal), o que, sinteticamente falando, significa que a inconstitucionalidade é considerada como uma desqualificação intrassistêmica, restrita, ou seja,

²⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1305.

²⁷⁹ ROTHENBURG, Walter Claudius. Op. cit., p. 148-149.

²⁸⁰ ROTHENBURG, Walter Claudius. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: ARGÜIÇÃO de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 199.

atribuível apenas aos atos normativos estatais e não a qualquer comportamento, ainda que estatal (como atos administrativos, atos de execução material dos agentes públicos, etc.).

Já o termo “descumprimento”, utilizado apenas quando da previsão do instituto da ADPF, é conceito que pode ser considerado em uma acepção mais ampla, englobando a violação de norma constitucional fundamental por qualquer comportamento. Nesta acepção mais lata, tanto pode descumprir a Constituição um ato normativo (padrão corrente no controle histórico de constitucionalidade brasileiro) como um ato não-normativo, nesta última categoria incluídos os atos administrativos, de execução material e, ainda, (em tese) os atos dos particulares (excluídos do âmbito de alcance da ADPF por força do art. 1º da Lei n. 9882/99)²⁸¹.

Como se percebe a partir das lições transcritas, no seu conceito de descumprimento utilizado pela Constituição Federal e pela Lei n 9.882/1999 está acoplada uma noção muito mais ampla do que a de mera inconstitucionalidade, na medida em que abarca tanto atos normativos quanto atos que não tenham qualquer intento de disciplinar relações, o que abrangeria até mesmo, não fosse a expressa redação do artigo 1º da Lei nº 9.882/1999 falar em “ato do Poder Público”, atos de particulares que atentassem contra os chamados preceitos fundamentais.

Outro ponto de cautela no estudo da ADPF, como ficou claro pelo parágrafo anterior, reside justamente em saber o que se há de entender por preceito fundamental, haja vista ser este o parâmetro de controle do ato submetido ao crivo judiciário por meio da arguição.

De fato, não se encontra em nenhuma passagem da Lei nº 9.882/1999 uma definição de preceito fundamental, ficando, por isso, a tarefa aos cuidados da doutrina e da jurisprudência, o que é visto com bons olhos por Walter Claudius Rothenburg, que, ao consignar ter o exame da fundamentalidade do preceito de ser realizado casuisticamente pelo Supremo Tribunal Federal, indica ser isto um quadro sadio, “pois um dispositivo que, aparentemente, não é dotado de fundamentalidade poderá revelá-la por ocasião do suposto descumprimento”²⁸².

Quanto ao estabelecimento dos preceitos fundamentais, contudo, alerta André Ramos Tavares que deve o intérprete ter o cuidado de não cogitar de tudo o que

²⁸¹ TAVARES, André Ramos. Repensando a ADPF no complexo modelo brasileiro de controle da constitucionalidade, 2008, p. 02. Disponível em: <http://www.mackenzie.com.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/andre_ramos2.pdf>. Acesso em: 05 de dezembro de 2013.

²⁸² ROTHENBURG, Walter Claudius. Direito constitucional. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 149.

estiver contido na Constituição Federal como pertencente a referida categoria²⁸³. Isso porque, se a própria Lei Maior, utilizou o adjetivo fundamental, tem-se que não é todo e qualquer preceito por ela veiculado que pode ser tido como parâmetro de controle na arguição²⁸⁴.

Destarte, enuncia o mencionado jurista que “há de se considerar fundamental o preceito quando o mesmo apresentar-se imprescindível, basilar ou inafastável”, alçando boa parte dos princípios constitucionais e também algumas regras²⁸⁵.

Gilmar Ferreira Mendes aponta, inclusive, que, ao contrário do que se dá com a Ação Direta de Inconstitucionalidade e com a Ação Declaratória de Constitucionalidade, “a ADPF poderá ser proposta contra ato normativo já revogado, tendo em vista o interesse jurídico da solução quanto à legitimidade de sua aplicação no passado”²⁸⁶.

Alguns dos preceitos fundamentais já apontados pelo Supremo Tribunal Federal foram a liberdade de imprensa e a democracia (ADPF 130, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009), saúde e meio-ambiente equilibrado (ADPF 101, Rel. Ministra Carmem Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009), dignidade da pessoa humana, princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade (ADPF 54, Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012) etc.

Segundo Alexandre de Moraes, pela redação do artigo 1º da Lei nº 9.882/1999, haveria duas espécies de ADPF, uma de natureza preventiva (“evitar lesão”) e outra de índole repressiva (“reparar lesão”)²⁸⁷, bem como, na hipótese do parágrafo único do mesmo dispositivo, que entabula a possibilidade de se levar ao Pretório Excelso direito federal, estadual ou municipal, inclusive anterior à Constituição de 1988, quando relevante a controvérsia constitucional, se conceberia uma arguição abstrata ou por equiparação²⁸⁸.

²⁸³ TAVARES, André Ramos. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei. *In*: ARGÜIÇÃO de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 52.

²⁸⁴ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 52.

²⁸⁵ *Idem*, *ibidem*.

²⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1333.

²⁸⁷ MORAES, Alexandre de. Comentários à Lei nº 9.882/99 – Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *In*: ARGÜIÇÃO de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 19.

²⁸⁸ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 21.

Conquanto reconheça haver rotineira afirmação no sentido de que a arguição do artigo 1º, *caput*, seria “autônoma” e a do parágrafo único, “incidental”, exigindo-se, para a primeira, a demonstração de controvérsia judicial relevante e de subsidiariedade, Walter Claudius Rothenburg sustenta que “a única modalidade existente de ADPF é autônoma (uma ação direta), qualquer que seja seu objeto”²⁸⁹.

A legitimidade para a propositura da ADPF é a dos mesmos para a Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica (artigo 103 da Constituição Federal), consoante o artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/1999.

A Lei específica admite, ainda, o deferimento de medida cautelar, por decisão da maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal (artigo 5º, *caput*), que poderá transmudar-se em deferimento direto pelo relator “em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso”, com posterior referendo da Corte (artigo 5º, §1º).

Prevê a Lei nº 9.882/99, outrossim, os institutos das audiências públicas (artigo 6º, §1º) e do *amicus curiae* (artigo 6º, §2º), que serão mais bem examinados quando se falar do movimento neoconstitucionalista.

Os efeitos da decisão, que somente haverá de ser tomada quando presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros da Corte (artigo 8º, *caput*), serão, em regra, retroativos e *erga omnes*, de acordo com o artigo 10, §3º, da Lei, sendo dada a possibilidade, contudo, de sua mitigação.

Melhor explicando, o artigo 11 da Lei nº 9.882/1999 reza que, em se tratando da declaração de inconstitucionalidade “de lei ou ato normativo”, e quando necessário por “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, a Corte Excelsa poderá, desde que com isso aquiesçam dois terços dos seus Ministros, “restringir os efeitos daquela declaração”, isto é, cassar-lhes a eficácia *erga omnes*, “ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”, vale dizer, substituir a eficácia *ex tunc* por outra *ex nunc* (dali em diante) ou *pro futuro* (a partir de determinada data fixada no futuro).

No que concerne a este último quadro, da modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tem-se o fenômeno que a doutrina vem chamando de “declaração de inconstitucionalidade com ablação diferida”²⁹⁰.

²⁸⁹ ROTHENBURG, Walter Claudius. Direito constitucional. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 151.

²⁹⁰ Vide, nesse sentido: “mediante essa técnica decisória [declaração de inconstitucionalidade com ablação diferida], declara-se a inconstitucionalidade de uma norma, mas posterga-se a momento diferente

Colocada, em linhas gerais, a ADPF, passa-se ao último tópico de instrumentos constitucionais para a defesa dos direitos fundamentais: ação popular e ação civil pública.

4.2.6 Ações Popular e Civil Pública

A ação popular, calcada “na intenção de fazer de todo cidadão um fiscal do bem comum”²⁹¹, surge no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1934, encontrando precedentes ainda no direito romano²⁹².

Regulamentada pela Lei nº 4.717/1965, a ação popular é designada como a primeira que se destinou à tutela dos direitos transindividuais no cenário jurídico brasileiro²⁹³, tendo seu espectro de tutela ampliado pela Constituição Federal de 1988, a qual dispõe, em seu artigo 5º, inciso LXXIII, dentre outras regras, ser cabível a medida para o fim de “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”.

A legitimidade ativa para a ação popular, ainda de acordo com o referido preceito constitucional, é de “qualquer cidadão”, pressupondo-se, portanto, o correspondente alistamento eleitoral, comprovado com o título “ou com documento que a ele corresponda”, conforme evidencia o artigo 1º, §3º, da Lei nº 4.717/65.

Exatamente por isso, ademais, é que o Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento pela inadmissibilidade de propositura de ação popular por pessoa jurídica²⁹⁴.

A competência para julgamento da ação popular é do juiz de primeiro grau, “pouco importando se o agente a que se imputa a prática do ato ilícito goza de foro

da publicação da lei sua retirada do ordenamento. A norma invariavelmente será excluída do ordenamento, mas o momento da exclusão, todavia, é modulado para (i) atingir a lei ou o ato normativo a partir da decisão (“ex nunc”) ou (ii) a partir de outro momento que o Tribunal venha a fixar (no passado ou no futuro)” (KNOERR, Cibele Fernandes Dias. *Decisões intermediárias da Justiça Constitucional como mutação da Constituição*. São Paulo: PUC-SP (Tese de Doutorado), 2011, p. 243-244).

²⁹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 354.

²⁹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 354-355.

²⁹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ação popular do direito brasileiro como instrumento da tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”*. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1997, Primeira Série, p. 110.

²⁹⁴ Súmula 365 do Supremo Tribunal Federal: “Pessoa jurídica não tem legitimidade para ação popular”.

privilegiado”, ressalvados dois casos de competência originária do Supremo Tribunal Federal, previstos no artigo 102, I, alíneas “f” e “n”, da Carta Magna²⁹⁵.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero destacam, outrossim, a por eles chamada “intervenção móvel da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado cujo ato seja objeto de impugnação”, disciplinada no artigo 6º, §3º, da Lei nº 4.717/65, e que permite à pessoa jurídica optar pelo polo processual que pretende ocupar, vale dizer, poderá integrar o polo passivo da ação ou, ao revés, ficar ao lado do autor no combate ao ato impugnado²⁹⁶.

Ao seu turno, a ação civil pública, regulada pela Lei nº 7.347/1985, embora formalmente não elencada pela Constituição Federal como enquanto direito fundamental, do ponto de vista material não há dúvidas de que a ele rol pertence²⁹⁷, tratando-se de “*particularização* do direito fundamental à tutela adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo”²⁹⁸.

Como já apontado em momento pretérito do trabalho em mãos, a ação civil pública, espécie das ações coletivas, resulta da segunda onda de acesso à justiça, na qual se ansiou pela tutela dos direitos coletivos em sentido amplo, estando disciplinada pelo microssistema de direito processual coletivo formado, sobremaneira, pelas normas de conexão dos artigos 19 da Lei nº 7.347/85 e 90 do Código de Defesa do Consumidor.

Tendo em vista o fato de já terem sido lançadas considerações sobre a legitimidade e a coisa julgada operada nas ações coletivas, abster-se-á de repeti-las, consignando-se, também, que o regime de coisa julgada da ação popular, previsto no artigo 18 de sua respectiva Lei, segue a mesma tônica verificada alhures, razão pela qual se crê não haver por que entrar em pormenores.

Quanto ao Mandado de Segurança Coletivo, cujo exame foi relegado ao presente tópico, diga-se ser diferente das demais ações coletivas mais no que se refere à legitimidade, constitucionalmente prevista (artigo 5º, inciso LXX), atribuída a “partido político com representação no Congresso Nacional” (alínea “a” do dispositivo constitucional), ou, então, aqui portando maior similitude com as demais ações coletivas, “organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente

²⁹⁵ Em tudo: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 699.

²⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 699-700.

²⁹⁷ Idem, p. 700.

²⁹⁸ Idem, ibidem. Grifo no original.

constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados” (alínea “b”).

Finalmente, consigne-se repudiar a doutrina a interpretação literal do parágrafo único do artigo 21 da Lei nº 12.016/09 que, disciplinando o mandado de segurança coletivo em âmbito infraconstitucional, diz ser ele cabível para a tutela dos direitos coletivos *stricto sensu* (inciso I) e dos individuais homogêneos (inciso II), nada dizendo sobre os direitos difusos²⁹⁹, o que, no entender de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, importa em “inquestionável *retrocesso na proteção* do direito fundamental à tutela adequada dos direitos”³⁰⁰ e que, portanto, deve ser afastado.

4.3 O Dilema da Implementação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Reserva do Possível e Mínimo Existencial

As dimensões de direitos humanos fundamentais, como salientado nas primeiras páginas deste trabalho, refletem, ainda que não com o rigor cronológico que se poderia esperar, um caminho percorrido pela humanidade na busca de concretizar uma vivência digna e de qualidade.

Assim é que, superada a fase da liberdade individual frente ao Estado, a qual por tanto tempo sondou as ânsias dos cidadãos, reconheceu-se, na sequência, que a instituição daquele ente imaterial somente haveria de se justificar para a promoção do bem comum e que, como havia pessoas que, *de per si*, não conseguiam obter o necessário para dignamente viver, imperioso se mostrava uma nova investida estatal na esfera dos particulares, agora com prover-lhes com prestações cujo conteúdo eles próprios eram incapazes de alcançar.

Tem-se, nesse prumo, o reconhecimento da dita segunda dimensão de direitos humanos fundamentais, a dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Ressalte-se, de antemão, como atentamente observa Flávia Piovesan, ser “equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais, econômicos e culturais só demandariam prestações positivas, enquanto os direitos civis e políticos demandariam prestações negativas, ou a mera abstenção estatal”, salientando a autora que também os direitos de primeira dimensão exigiriam uma conduta positiva (ação) do Estado para

²⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 690.

³⁰⁰ Idem, *ibidem*.

viabilizar seu exercício, como é o caso da aquisição de aparato para se realizar uma eleição³⁰¹.

O reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, num primeiro momento, se deu no âmbito doméstico, notadamente com previsões nos Textos Constitucionais dos Estados. Anota, nesse sentido, Rafael José Nadim de Lazari que a previsão dos direitos sociais no bojo das Constituições, algumas vezes em “demasia”, é uma marca de “países em fase de desenvolvimento”, “como medida salutar à manutenção de suas recentes e/ou frágeis democracias”, reforçando seu entendimento no fato de Constituições de países como a Alemanha e os Estados Unidos terem poucas disposições a respeito³⁰².

Partindo-se destas duas primeiras observações, é possível galgar-se ao desenvolvimento do tema ora proposto.

Primeiramente, é mister reconhecer-se que, a despeito do exercício dos direitos civis e políticos também demandar certa atuação positiva e, assim, custosa do Estado, o impasse maior verificado no laboratório social não permite olvidar ser na demanda pelos direitos econômicos, sociais e culturais onde se travam as maiores lutas entre a efetivação destes preceitos jurídicos e as possibilidades financeiras do ente estatal.

Em segundo lugar, de fato, é nas Constituições de países emergentes que se observa, com abundância, o alistamento de direitos econômicos, sociais e culturais, sendo possível crer que, ainda que ali não estivessem previstos, sua guinada ao campo de batalha judicial seria inevitável, dada a circunstância de que são nestes mesmos países em que a violação e a ineficiência daquele grupo de direitos se faz mais evidente.

Destarte, o mais sobressaliente dos dilemas com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais reside no seu não atendimento espontâneo por parte do Estado, o que enseja disputas nas quais se tencionam, de um lado, a alegada impossibilidade material, “personificada” na teoria da reserva do possível e, de outro, como contraponto àquele alegado, a existência de um mínimo existencial a garantido pelo referido ente, sob pena de se esvaziarem os direitos por ele conclamados em sua Lei Fundamental.

³⁰¹ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 250.

³⁰² LAZARI, Rafael José Nadim de. Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade. Curitiba: Juruá, 2012, p. 55-56.

Discorre-se, em apertada síntese em separado, sobre cada uma destas teorias.

4.3.1 A Reserva do Possível

“Reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*) foi nomenclatura empregada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Alemão, na década de 1970, quando do julgamento sobre a possibilidade de ser judicialmente pleiteada a criação de vagas em Faculdades de Medicina para estudantes que, embora habilitados no respectivo exame vestibular, não haviam sido classificados³⁰³.

A guisa de definição, pode-se dizer, na esteira de Rafael José Nadim de Lazari, que a reserva do possível “consiste, num conceito originário e ontologicamente despretensioso, na limitação argumentativo-fática à implementação dos direitos constitucionalmente previstos em razão da insuficiência orçamentária para tal”³⁰⁴.

Na sequência, apresenta o referido estudioso elementos que permitam a construção de um conceito mais abrangente, quais sejam: a) a alegação da “reserva” é matéria que atine exclusivamente ao Estado, sendo vedado aos particulares a invocar para a solução de litígios em que estejam inseridos³⁰⁵; b) o ônus de provar a incidência, no caso, da reserva do possível compete integralmente ao Estado, sem qualquer possibilidade de sua inversão³⁰⁶; c) a alegação da reserva do possível somente há de ser admitida para casos excepcionais, evitando-se, com isso, a banalização da teoria³⁰⁷; d) limitação tríplice à reserva do possível, abarcada pela “disponibilidade de recursos”,

³⁰³ TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 103. Fernando Facury Scaff (SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e 'reserva do possível'. 2.ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, 151), indicando uma identidade entre a “reserva do possível” e a expressão “limite do orçamento” utilizada por economistas, diz possuírem ambas o mesmo significado: “*todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com exigências de harmonização econômica geral*” (destaques no original).

³⁰⁴ LAZARI, Rafael José Nadim de. Op. cit., p. 58.

³⁰⁵ Idem, p. 58.

³⁰⁶ Idem, p. 59.

³⁰⁷ Idem, p. 59-61. Enfatiza o autor (LAZARI, Rafael José Nadim de. Op. cit., p. 60), ainda, em bem argumentada observação de direito processual: “desta forma, uma possível consequência é que, caso a Reserva do Possível seja a única matéria de defesa alegada pelo Estado, e o caso especificado não seja de cabimento da tese, deverá o Estado ser considerado revel, por força deste caráter de excepcionalidade”.

“disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos”, a “proporcionalidade”, em especial na sua submáxima da adequação³⁰⁸.

Muito se discute, outrossim, acerca da natureza jurídica da reserva do possível. Wálber Araújo Carneiro, nesse sentido, acena para o instituto como excludente da ilicitude da conduta estatal, asseverando que "a impossibilidade de cumprir determinado programa ou de conferir determinada prestação não constituirá, necessariamente, um ilícito praticado pelo Estado"³⁰⁹.

Debruçando-se sobre o tema, Rafael José Nadim de Lazari refuta, fundamentadamente, as teses quanto à natureza jurídica da reserva do possível enquanto regra³¹⁰, valor³¹¹, metanorma³¹² e condição de realidade³¹³, para, enfim, enquadrá-la como princípio, cuja aplicação seria baseada em critérios de sopesamento com outros pautados³¹⁴.

A jurisprudência, notadamente do Supremo Tribunal Federal, tem sido cautelosa quanto ao acolhimento da reserva do possível, eis que, como defesa de mérito indireta que é, sua prova incumbe ao réu (Fazenda Pública) que a alega, não sendo, por isso, acatada quando seus contornos não sejam precisamente delineados na situação concreta.

Neste sentido, pontuou o Ministro Celso de Mello em seu voto nos autos do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 581.352/AM:

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade³¹⁵.

³⁰⁸ Idem, p. 61-62.

³⁰⁹ CARNEIRO, Wálber Araújo. Escassez, eficácia e direitos sociais. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. Salvador: Faculdade de Direito: EDUFBA, jan-dez 2004, p. 383.

³¹⁰ O que se daria, grosso modo, pela inviabilidade da aplicação do modelo de “tudo ou nada” ((LAZARI, Rafael Nadim José de. Op. cit., p. 63-64).

³¹¹ Sob pena de criar-se um risco em favor da supremacia da negação de prestar com os direitos sociais (Op. cit., p. 64).

³¹² Pelo fato de não permitir-se a ponderação de metanormas (Op. cit., 64-65).

³¹³ Pois isso corresponderia à sua retirada da seara jurídica para levá-la ao campo político, enfraquecendo-se a sua real e justificada possibilidade de alegação pelo Estado (Op. cit. 66-67).

³¹⁴ Idem, p. 67-68.

³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 581.352/AM. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, Dje-230, publicado em 22/11/2013.

Com efeito, a reserva do possível, na conformidade com as definições até agora trazidas, constitui uma defesa a ser apresentada pelo Estado que, por si só, não implementou determinado direito social fundamental a que se obrigara, seja por norma doméstica ou internacional, vendo-se, por isso, judicialmente acionado a fazê-lo. Como não nega o direito alegado pelo autor, alegando, ao revés, circunstância que o impediria de atendê-lo, a respectiva prova, a ser indelevelmente produzida pelo ente estatal, deve extreme de dúvidas, de tal sorte que, não restando-a deveras incontestável, o pedido deve ser julgado procedente.

É bem por isso que se vê a “reserva” como algo externo ao direito fundamental social pleiteado, não havendo razão, consoante as lições de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, para entendê-la como limitação contida no próprio seio de tais direitos³¹⁶.

A sério, como bem registram os mencionados autores:

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental³¹⁷.

Pelas lições transcritas, percebe-se que a aposição da reserva do possível, além de excepcional e devidamente comprovada, encontra um obstáculo a mais ao seu reconhecimento, isto é, não resiste a invocação da “reserva” à incidência casuística de direito fundamental integrante do chamado mínimo existencial, que é justamente o objeto da próxima sessão.

³¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e 'reserva do possível'. 2.ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 30. Como enfatizam os autores (idem, ibidem): “por outro lado, não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais”.

³¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit. p. 30.

4.3.2 O Mínimo Existencial

Embora na linha tempo tenha surgido na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão anteriormente à reserva do possível – por volta da década de 1950 –, o mínimo existencial constitui, hoje, um dos principais argumentos contrários àquela teoria, não vacilando a jurisprudência em assinalar que ante ao seu conteúdo não subsiste a alegação da escassez orçamentária³¹⁸.

Para o cenário brasileiro, o mínimo existencial foi trazido por obra do jurista Ricardo Lobo Torres, que publicou, em 1989, um artigo inteiramente dedicado ao tema³¹⁹, tendo o tema sido, desde então, profundamente debatido nos meios acadêmicos e, enfim, transportado aos processos judiciais.

Naquela ocasião, pontuou Ricardo Lobo Torres haver

Um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas. O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria nem conteúdo específico. Mas aparece algumas vezes no texto básico com referência a certos direitos³²⁰.

³¹⁸ O embate e, também, a supremacia do mínimo existencial sobre a reserva do possível é farta na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Vide, por todos, o emblemático voto do Ministro Celso de Mello nos autos de Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 45, assim ementada: “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da Arguição de Descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 45, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 29/04/2004, DJ 04/05/2004). Já com relação a esta diferença temporal entre o “mínimo” e a “reserva” na jurisprudência do Tribunal Alemão, Rafael José Nadim de Lazari observa que, embora anterior à última, o mínimo existencial apenas encontrou, naquela Corte, seu apogeu na década de 1990, “por intermédio do jurista Paul Kirchhoof (Op. cit., p. 91).

³¹⁹ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *In: Revista de Direito Administrativo (RDA)*, nº 177, 1989, p. 20-49.

³²⁰ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *In: Revista de Direito Administrativo (RDA)*, nº 177, 1989, p. 20.

O mínimo existencial, dessa sorte, constitui o “núcleo básico e intangível dos direitos sociais e da dignidade humana”³²¹, aquilo sobre o qual não cabe qualquer tipo de deliberação do Estado e que, mesmo com recursos orçamentários parcos, devem ser atendidos, caso contrário atentar-se-ia contra um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal)³²².

Cabe, desde já, traçar uma distinção entre o “mínimo existencial” e o chamado “mínimo vital” ou “mínimo de sobrevivência”. Isso porque, como bem percebem Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, o mínimo vital diz respeito à “garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade”, asseverando os autores que a iniciativa de impedir que a pessoa sucumba à fome, por exemplo, embora seja garantia do mínimo vital, muito longe ainda se encontra da efetivação do mínimo existencial, mais ligado à sua vivência digna³²³.

Não por outra razão, Ricardo Lobo Torres, quando da apresentação do mínimo existencial em densa obra sobre o assunto, assenta que o seu problema “se confunde com a questão da pobreza e tem importância muito grande na história da fiscalidade moderna”³²⁴, na medida em que, com o advento do Iluminismo e do Estado Liberal, os pobres, até então tributados pelo Estado e amparados pela Igreja e pelos cristãos ricos, passaram a ser amparados pelo próprio organismo estatal, “imunizando-se o mínimo existencial contra os tributos e incentivando-se a riqueza suscetível de imposição fiscal”³²⁵.

Quanto aos fundamentos do mínimo existencial, Tiago Fensterseifer aponta a existência de duas posições antagônicas: uma calcada nos ideais de liberdade e autonomia – e adotada em países como a Alemanha e os Estados Unidos –, e outra

³²¹ COSTA, Ruth Barros Pettersen da. A efetividade do mínimo existencial como função essencial do Estado. In: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008, p. 3812.

³²² Como bem observa Tiago Fensterseifer (FENSTERSEIFER, Tiago. Defensoria Pública, direito fundamental à saúde, mínimo existencial, ação civil pública e controle judicial de políticas públicas. In: Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Ano 1, n. 1, jul-dez 2008 (Edição Especial Temática sobre Direito à Saúde), v. 2, p. 420): “O fundamento mais importante por trás da formulação do conceito de mínimo existencial reside, sem sombra de dúvida, no princípio (e valor) da dignidade da pessoa humana, já que no seu conteúdo normativo está a idéia de conceber um núcleo mínimo de direitos fundamentais (e não é apenas um único direito que está em jogo), sem o qual não é viável um desenvolvimento da vida humana em patamares dignos”.

³²³ Em tudo: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit., p. 23.

³²⁴ TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 03.

³²⁵ TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p. 04.

sedimentada nos princípios do Estado Social e da dignidade humana, sendo a última defendida por doutrinadores portugueses de renome³²⁶.

Já a natureza jurídica do mínimo existencial é investigada por Rafael José Nadim de Lazari nos mesmos moldes do que o fez com a reserva do possível, indagando se seria o instituto um valor³²⁷, uma regra³²⁸ ou um princípio³²⁹, perfilhando-se o estudioso aos adeptos da última categoria, embora reconheça conter o mínimo existencial elementos de regras e de valores, formando-se “um *mix* tipicamente jusfundamental”³³⁰.

Outros autores preferem falar no mínimo existencial como sendo uma verdadeira regra, eis que, por ser esta espécie normativa dotada da chamada “eficácia de trincheira”³³¹, cuja aplicação é baseada no “tudo ou nada”³³², não poderá ser submetida a exames de sopesamento ou ponderação, como ocorre com os princípios. É dizer, o mínimo existencial, enquanto regra, quando incidente sobre determinada hipótese, há sempre de ser respeitado, sendo inadmissível qualquer relativização para dar espaço ao outro interesse em disputa.

Trata-se da opinião compartilhada por Ana Carolina Lopes Olsen, para quem o mínimo existencial se constitui como “verdadeira muralha, que não poderá ser transposta, sob pena de comprometimento de todo o sistema constitucional e da legitimidade do Estado Democrático de Direito”³³³.

Curta e direta é, outrossim, a lição de Ricardo Lobo Torres, para quem “o mínimo existencial é *regra*, porque se aplica por subsunção, constitui direitos definitivos e não se sujeita à ponderação”³³⁴.

³²⁶ FENSTERSEIFER, Tiago. Op. cit., p. 425-427. Ana Paula de Barcellos (BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 248) registra que o mínimo existencial “corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica positiva ou simétrica”.

³²⁷ LAZARI, Rafael José Nadim de. Op. cit., p. 104-105.

³²⁸ Idem, p. 105-108.

³²⁹ Idem, p. 108-110.

³³⁰ Idem, p. 109.

³³¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 119.

³³² Ensina Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39): “a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que favorecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.

³³³ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008, p. 333.

³³⁴ TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p. 84.

Outra importante indagação no que concerne ao mínimo existencial é a que versa sobre o seu conteúdo, haja vista que, malgrado seja praticamente irrefragável a sua vivência no ordenamento jurídico, não se sabe precisar quais seriam os direitos e garantias por ele englobados³³⁵.

Ana de Paula de Barcellos, nesse viés, indica quatro elementos como integrantes do mínimo existencial. Em suas próprias palavras:

O mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário³³⁶.

Luís Roberto Barroso, na mesma toada, diz que, embora com variações subjetivas, há “razoável consenso” em incluir no rol do mínimo existencial os seguintes preceitos: “renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos”³³⁷.

Mais abrangente, ainda, é a visão de Ricardo Lobo Torres, segundo quem “carece o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não fundamental (direito à saúde, à alimentação etc.), considerado em sua dimensão essencial, inalienável e existencial”³³⁸.

Preocupado em não deixar o conteúdo do mínimo existencial repousar em abstrato, Tiago Fensterseifer elenca como direitos sociais integrantes do instituto a “saúde básica, educação fundamental, assistência social, moradia digna, alimentação adequada, renda mínima, qualidade ambiental, acesso à justiça, entre outros, a depender das circunstâncias concretas de cada caso violador da vida e da dignidade humana”³³⁹.

³³⁵ A questão pode ser assim introduzida (GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006, p. 387-388): "Um dos problemas em relação ao aspecto prestacional do mínimo existencial consiste em determinar quais prestações de direitos sociais conformam o seu núcleo. Caso seja vencida esta etapa, ainda assim perdurará a dificuldade de saber em relação a cada direito particular qual a extensão da obrigação do Estado de prover ou satisfazer a necessidade ou interesse social ou econômico tutelados pelo direito".

³³⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 258.

³³⁷ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: Revista Diálogo Jurídico. Ano I, Vol. I, nº 06, setembro de 2001, p. 27.

³³⁸ TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p. 13.

³³⁹ FENSTERSEIFER, Tiago. Op. cit., p. 430.

Finalizando esta breve abordagem, a compreensão do mínimo existencial, mesmo possuindo conteúdo variável na doutrina, é algo que jamais pode o operador do Direito ignorar quando da adoção de qualquer medida que seja, vez que, além de irradiar seus efeitos por todos os ramos da disciplina jurídica, reflete no seu âmago a intenção e, ao mesmo tempo, a finalidade para a qual foi idealizado todo o aparato estatal, que é a proteção do indivíduo, senão de maneira cegamente igualitária – como não haveria de ser –, dando maior atenção àqueles que, por uma série de fatores, encontram-se em posição socialmente vulnerável³⁴⁰.

4.4 Neoconstitucionalismo e a Problemática da Separação de Poderes: (I)legitimidade do Poder Judiciário para o Controle de Políticas Públicas

4.4.1 Algumas linhas sobre o Neoconstitucionalismo

Como ressaltado ao início do trabalho, o movimento constitucionalista representou inegável contribuição para que fossem os direitos individuais reconhecidos e consolidados pelos Estados modernos, ensejando, destarte, uma clara limitação do poder estatal, originariamente imoderado, em prol do pleno desenvolvimento dos indivíduos agora vistos como pessoas dignas de tutela jurídica.

Evoluindo o constitucionalismo à medida que, na órbita interna de muitos países, avançavam os estágios históricos das dimensões de direitos, o movimento atualmente galgou um estágio de amadurecimento que lhe rendeu uma nomenclatura diferenciada: neoconstitucionalismo.

Sem ignorar os alertas de Daniel Sarmento, que, em acurada pesquisa na doutrina nacional e estrangeira, salienta não ser possível estabelecer, com precisão, no que consistiria este novel movimento, em virtude das variadas ideias que sob o seu rótulo se albergam³⁴¹, o presente trabalho se vale, sobremaneira, das lições de Luis

³⁴⁰ Plenamente cabíveis, nesse sentido, parecem as palavras de Tiago Fensterseifer (Op. cit., p. 423): “Não conferir ao indivíduo o acesso à garantia do mínimo existencial é forma de alijá-lo da comunidade político-estatal, deixando de reconhecer a sua condição de cidadão e sujeito político. É o mesmo que negar a sua condição política, além de, é claro, também negar a sua condição de ser humano, afrontando de forma direta a sua dignidade”.

³⁴¹ “Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que talvez

Roberto Barroso, um dos entusiastas do tema no Brasil, para indicar o neoconstitucionalismo como aquele vigente no chamado “Estado constitucional de direito”, sucessor do “Estado legislativo de direito”, o qual, por sua vez, tomou o lugar do “Estado pré-moderno”³⁴².

O neoconstitucionalismo, segundo Luis Roberto Barroso, é permeado por alguns “marcos” que lhe deram os atuais contornos que hoje se vê.

Como *marco histórico* do neoconstitucionalismo, Luis Roberto Barroso indica o término da Segunda Guerra Mundial na Europa, a partir dali sendo redesenhado o papel das Constituições como pontos centrais dos ordenamentos jurídicos, algo que aqui, contudo, somente se verificou após o advento da Constituição Federal de 1988³⁴³.

Em segundo lugar, pode-se assinalar a existência de três *marcos teóricos* do neoconstitucionalismo, quais sejam, o “reconhecimento de força normativa à Constituição”, “a expansão da jurisdição constitucional” e “o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”³⁴⁴.

Sobre a força normativa da Constituição, seu grande expoente foi o jurista alemão Konrad Hesse, que em sua obra, *A força normativa da Constituição*, critica o conceito sociológico proposto, tempos antes, por Ferdinand Lassale, asseverando que racionar daquele modo importaria na negação do Direito Constitucional enquanto ciência³⁴⁵.

Leciona, assim, Hesse que a Constituição ganha força normativa a partir do instante em que fica imbuído na consciência do povo a denominada “vontade de Constituição”, a qual se origina de “três vertentes”, a saber: a) “compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável”; b) a “ordem constituída é mai do que uma ordem legitimada pelos fatos”, daí porque estar sempre

justifique que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete uma conceituação mais precisa” (SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In: DIREITOS fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 12).

³⁴² BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 243-244.

³⁴³ BARROSO, Luís Roberto. A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil. *In: A RECONSTRUÇÃO democrática do direito público no Brasil: livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 05.

³⁴⁴ Em tudo: BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 262.

³⁴⁵ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 09-11.

em “constante processo de legitimação”; c) “essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana”³⁴⁶.

Em suas próprias palavras, destaca Konrad Hesse:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativas se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*³⁴⁷.

A força normativa da Constituição, desse modo, consiste na superação de que os Textos Constitucionais seriam meros documentos de boa intenção advindos do âmbito político, reconhecendo-se, ao inverso, que “as normas constitucionais são dotadas de imperatividade (...) e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado”³⁴⁸.

O segundo dos marcos teóricos do neoconstitucionalismo seria a expansão da jurisdição constitucional, o que pode ser visto como uma decorrência lógica da ideia de força normativa. Ora, se a Constituição passa a ser vista como dotada de imperatividade e, além disso, como o novo centro dos ordenamentos jurídicos, é natural que o Tribunal especificamente instituído para a proteção daquele Texto passe a ser cada vez mais provocado para dizer quando ou onde a ordem constitucional estaria sendo colocada em xeque, ganhando destaque, nessa toada, os mecanismos de controle de constitucionalidade.

Aliás, é da relação pautada entre a jurisdição constitucional e o Texto Magno, segundo Lenio Luiz Streck, que se pode compreender o significado do constitucionalismo contemporâneo³⁴⁹. Reforçando a sua assertiva, traz Lenio Streck, inclusive, a tradução de frase do jurista tudesco Werner Käge segundo a qual “diz-me a

³⁴⁶ HESSE, Konrad. Op. cit., p. 19-20.

³⁴⁷ HESSE, Konrad. Op. cit., p. 19.

³⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 262.

³⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 37.

tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu te direi que conceito tens da Constituição”³⁵⁰.

A jurisdição constitucional, desse modo, assumiria, no juízo de Lenio Streck, o papel de “condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito”³⁵¹, sem o quê, portanto, ele não se realizaria, realçando-se a sua enquadramento ímpar no novo direito constitucional.

Concluindo-se os marcos teóricos, o terceiro deles seria a reelaboração doutrinária acerca da interpretação constitucional³⁵². Com efeito, consagradas os marcos teóricos anteriores, aliados ao marco filosófico que ainda será devidamente explanado (pós-positivismo), torna-se evidente o fato que o direito constitucional teve de ser repensado, sobretudo no que atine à sua forma de aplicação, pelo que passa a exegese constitucional.

Nesse quadrante, Luis Roberto Barroso aponta como novidades a serem observadas na contemporânea interpretação constitucional, dentre outros, as cláusulas gerais, a solução de colisões de normas constitucionais e de direitos fundamentais e o método da ponderação ou sopesamento³⁵³.

De fato, vivendo-se em uma sociedade que pretende, cada vez mais intensamente, tornar-se plural, pode-se apontar como elemento de relevância sobressaliente no tema hermenêutica constitucional a tese levantada por Peter Häberle acerca de dever ser a Constituição “aberta” aos seus vários intérpretes³⁵⁴.

Melhor explicando, Peter Häberle consigna que a missão de dizer sobre o Texto Constitucional não é de atribuição deste ou daquele órgão, mas sim de titularidade difusa, “aberta” aos vários segmentos sociais sobre quem os preceitos da Lei Maior irão recair.

Em suas próprias palavras, assenta Peter Häberle:

Propõe-se, pois, a seguinte *tese*: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um

³⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 37, nota n. 1.

³⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 37.

³⁵² BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 265.

³⁵³ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 266.

³⁵⁴ Trata-se da ideia central da obra: HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição ; contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.

elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição³⁵⁵.

Como formas de aplicação dos preceitos ensinados por Peter Häberle no Brasil, costuma-se apontar o instituto do *amicus curiae*³⁵⁶ e também as audiências públicas nos julgamentos de ações de grande monta pelo Supremo Tribunal Federal.

De origem norte-americana, o *amicus curiae* foi incorporado ao direito brasileiro pela Lei nº 9.868/1999, que disciplina o processo da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal³⁵⁷.

No artigo 7º, §2º, da referida Lei, está prevista a possibilidade de o Ministro Relator do processo de ADI ou ADC, “considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes”, “admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades” no feito³⁵⁸.

Ainda nesta Lei, o artigo 9º, §1º, indica a expressamente a viabilidade de realização de audiências públicas, o que se dará “em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos”³⁵⁹.

Semelhante disciplina é veiculada pelo artigo 6º, §1º, da Lei nº 9.882/1999, que disciplina a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, também falando diretamente em audiências públicas³⁶⁰.

Assim, uma possível distinção entre os institutos seria a de que, no caso do *amicus curiae*, se verifica a admissão de um terceiro em juízo – que, a julgar pela redação do artigo 7º, §2º, da Lei nº 9.868/1999, que fala em “órgãos ou entidades” somente poderia ser uma pessoa jurídica – que irá, por conta da relevância da matéria

³⁵⁵ HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 13. Destaques no original.

³⁵⁶ AMARAL, Rafael Caiado. Peter Häberle e a hermenêutica constitucional: alcance doutrinário. Porto Alegre: Fabris, 2004, p. 177.

³⁵⁷ AMARAL, Rafael Caiado. Op. cit., p. 178.

³⁵⁸ Reza o aludido dispositivo legal: “§2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

³⁵⁹ “§1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

³⁶⁰ É o teor do dispositivo: “§1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

em testilha, trazer à tona vozes de determinado segmento social para a pluralização do debate. De outro lado, em sede de audiência pública, há a designação, por parte do Ministro Relator, de ato público no qual pessoas com experiência e conhecimento sobre a matéria fática travada por detrás do julgamento serão ouvidas, sem ingressar na relação processual, no entanto³⁶¹.

A relevância do instituto do *amicus curiae* já foi reconhecida pelo Pretório Excelso em mais de uma passagem³⁶², assumindo, ao lado das audiências públicas, papel fundamental no sentido de não deixar de lado a opinião popular, principalmente em julgamentos nos quais a questão versada é deveras polêmica, o que é ilustrado pelo ocorrido com a ADPF nº 54, em que se discutiu a possibilidade de interrupção da gravidez quando acometido o feto por anencefalia, e que será vista, em detalhes, no próximo capítulo.

Recentemente, dando novos contornos ao entendimento que vinha propagando há certo tempo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 32033, admitiu a participação de *amicus curiae* também no rito do *mandamus*, malgrado não haja previsão legislativa a respeito, bem como, ineditamente, assentiu com o ingresso de pessoa natural na condição de “amigo da Corte, sem a análise de sua representatividade e o fato de ter interesse próprio no resultado do processo”³⁶³.

³⁶¹ Aprofundando nas diferenças entre o *amicus curiae* e aquilo que chama de análise de fatos nas ações do controle concentrado de constitucionalidade, Oscar Valente Cardoso assim se pronuncia: "As principais diferenças entre os dois institutos do controle abstrato de constitucionalidade são as seguintes: (a) enquanto o *amicus curiae* é uma pessoa jurídica, na averiguação de fatos são ouvidas apenas as pessoas naturais; (b) a admissão do *amicus curiae* exige que haja matéria relevante, enquanto a análise fática ocorre quando o assunto não estiver suficiente esclarecido no processo; (c) o ingresso dos *amici curiae* no feito pode advir de decisão de ofício do relator, ou a pedido daquele, mas a verificação dos fatos somente acontece se houver determinação do relator; (d) de um lado, o *amicus curiae* pode se manifestar livremente acerca do assunto controvertido, e de outro há uma prévia delimitação dos fatos pelo relator ao requisitar informações de pessoas e tribunais, devendo estes se restringir a responder ou esclarecer as questões fáticas solicitadas" (CARDOSO, Oscar Valente. A pessoa natural como *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3634, 13 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24706>>. Acesso em: 2 dez. 2013).

³⁶² *Ad exemplum*, em decisão monocrática nos autos de Medida Cautelar na ADI 2130/SC, o Ministro Celso de Mello assim pontuou sobre o instituto: "A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais" (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2130/SC. Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 20/12/2000. Publicação: DJ 02/02/2001).

³⁶³ CARDOSO, Oscar Valente. Op. cit., s. p.

Estas felizes orientações da Suprema Corte certamente vem a fortalecer posicionamentos doutrinários que já apregoavam a extensão dos institutos plurais para as ações coletivas como um todo³⁶⁴, na esteira do melhor espírito de abertura constitucional idealizada por Peter Häberle e que vem a ser uma das marcas da fase neoconstitucionalista.

Superadas as diretrizes teóricas do neoconstitucionalismo, pode adentrar no exame de seu *marco filosófico*, consubstanciado, a propósito, no movimento do pós-positivismo, algo que incorpora e funde elementos próprios tanto do jusnaturalismo quanto do positivismo jurídico, estes mais bem explicados quando da explanação dos direitos fundamentais.

Como realçado em pretérita passagem, o jusnaturalismo que serviria como propulsora para a eclosão das Revoluções Liberais viu na consolidação destes movimentos a sua decadência, vez que a partir daí a lei (estatal e escrita) assumiu papel de galhardia no pensamento jurídico doravante cultivado, de tal sorte que, no mais das vezes, era ela identificada como sendo o próprio Direito.

Observadas, contudo, as temerárias margens deixadas ao bel-prazer estatal pela suposta neutralidade legislativa, “ao fim da Segunda Guerra, a ética e os valores começaram a retornar ao Direito, inicialmente sob a forma de um ensaio de retorno ao Direito natural, depois na roupagem mais sofisticada do pós-positivismo”³⁶⁵.

O pós-positivismo, destarte, tem a virtude de acoplar o que cada um dos pensamentos jurídico-filosóficos anteriores possui de melhor: a segurança jurídica e a desmistificação do Direito promovidas pelo positivismo jurídico; e o anseio pelo valor universal da justiça aliado a uma tutela inafastável do ser humano, tal como preconizado pelo jusnaturalismo³⁶⁶.

Como bem coloca Luis Roberto Barroso:

³⁶⁴ Nesse viés, as lições de Eduardo Appio: "Sustento que a figura do *amicus curiae*, concebida inicialmente para os processos de controle concentrado da constitucionalidade das leis perante o Supremo Tribunal Federal (art.7º, caput, da Lei Federal 9.868/99), pode ser incorporada aos processos coletivos, desde que: (i) o autor coletivo pretenda a implementação judicial de uma política pública não prevista, de forma expressa, na lei ou na Constituição, (ii) o autor coletivo esteja buscando a tutela de direitos difusos e coletivos em relação aos quais exista manifesto interesse público e (iii) a medida judicial pretendida venha afetar o interesse de grupos específicos da sociedade que não estejam sendo devidamente representados nos autos" (APPIO, Eduardo. *Amicus curiae* e audiência pública no processo civil brasileiro – propostas para o fortalecimento da cidadania através das ações coletivas no Brasil. In: Revista de Doutrina. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Edição nº 56. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm>?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao009/eduardo_appio.htm>. Acesso em: 02 de dezembro de 2013).

³⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 248.

³⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 248.

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética³⁶⁷.

Na visualização das características pós-positivistas que inspiram esse “novo” direito constitucional, certamente o que mais merece destaque é o reconhecimento do *status* jurídico-normativo dos princípios, que passam a vincular tanto quanto as regras, a consolidação de uma nova hermenêutica constitucional, calcada em novéis horizontes, como a força normativa da Constituição, e, por fim, a ascensão da dignidade da pessoa humana como epicentro do Direito contemporâneo, cujos institutos – todos eles – devem ser por mira, em último termo, a sua proteção.

Além disso, porém, o neoconstitucionalismo trouxe à berlinda um debate que há tempos vem sendo travado dentro dos setores doutrinário e jurisprudencial: a (i)legitimidade do Poder Judiciário para a determinação e o controle de políticas públicas praticadas que, a princípio, seriam de encargo do Executivo, isso tudo discutido à luz do dogma constitucional da separação dos poderes, o que já constitui assunto digno do próximo tópico.

4.4.2 A “justiciabilidade” dos direitos

Partindo-se da arguta observação de Daniel Sarmiento, de acordo com a qual “o neoconstitucionalismo alenta um ideário humanista, que aposta na possibilidade de emancipação humana pela via jurídica, através do uso engajado da moderna dogmática constitucional”³⁶⁸, resta evidente a noção de que o terreno próprio no qual se

³⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 249-250.

³⁶⁸ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 21.

busca a referida emancipação é o judicial, a teor do inciso XXXV do artigo 5º da Carta Magna de 1988.

A discussão que se trava, nesse sentido, diz respeito à liceidade em se socorrerem as pessoas das vias judiciais quando um direito, principalmente os de cunho social, deixar de ser implementado, de forma espontânea, pelo Estado Administração³⁶⁹.

Dito doutro modo, questiona-se a “justiciabilidade” dos direitos fundamentais, isto é, “a possibilidade de o titular do direito reclamar perante um juiz ou tribunal o cumprimento das obrigações que derivam desse direito”³⁷⁰.

O que se percebe, pois, nessa tendência de justiciabilidade dos direitos é uma forte postura ativa do Poder Judiciário, que, uma vez provocado, vem protagonizar debates das mais variadas ordens sociais, em movimento que acabou ficando conhecido, exatamente por isso, como “ativismo judicial”.

Adentrando no terreno do ativismo judicial, ensina Miguel Carbonell poder ser ele detectado, na história constitucional norte-americana, na década de 1950, naquilo que o referido autor qualificou como a segunda das revoluções dos direitos nos Estados Unidos – a primeira consistiria na própria previsão constitucional destes direitos, datando do final do Século XVIII³⁷¹.

Com efeito, neste período, mais precisamente no ano de 1954, houve a decisão, pela Suprema Corte Estadunidense, do paradigmático caso *Brown v. Board of Education*, no qual foi se determinou a abolição da segregação racial nas escolas³⁷². Essa postura ativista pela *US Supreme Court* se estendeu, segundo Carbonell, até o caso *Roe v. Wade*, de 1973, no qual restou autorizado o direito de a mulher voluntariamente interromper a sua gravidez, sendo que, daí em diante, a composição da Corte, que

³⁶⁹ Como bem observa Daniel Wei Liang Wang: “A escassez de recursos exige que o Estado faça escolhas, o que pressupõe preferências e que, por sua vez, pressupõem preteridos. O grande debate que a exigibilidade judicial dos direitos sociais suscita é a possibilidade daqueles que foram preteridos de buscarem, por meio do Poder Judiciário, a tutela de seus direitos, e o questionamento da legitimidade democrática, competência constitucional e formação técnica deste Poder para a realização desta tarefa” (WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e 'reserva do possível'. 2.ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 349-350).

³⁷⁰ QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Ed., 2006, p. 148.

³⁷¹ CARBONELL, Miguel. Derechos fundamentales y activismo judicial en América Latina. In: CANOSA, Eduardo Adrés Velandia (Coord.). Derecho procesual constitucional. Bogotá: VC Editores, 2011, v. 1, p. 281.

³⁷² CARBONELL, Miguel. Op. cit., p. 281.

voltou a ser mais conservadora, conteve o ímpeto progressista naquele período observado³⁷³.

No Brasil, o aumento da condução de novas questões ao crivo judicial se verificou após o advento da Constituição de 1988, o que pode ser justificado tanto pela “redescoberta da cidadania” como também pelo fato de ter a nova ordem constitucional previsto “novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimidade ativa para a tutela de interesses”, o que deu oxigenou a perspectiva que se tinha do Poder Judiciário, deixando de ser mero aplicador técnico das leis para, em verdade, ocupar papel político junto aos demais Poderes³⁷⁴.

Nessa senda, Flávia Piovesan, em trabalho específico, destaca inúmeros julgados dos Tribunais Superiores brasileiros determinando a adoção de providências, pelo Poder Público, em sede de direito à saúde e à educação³⁷⁵. Sobre o direito à saúde, por exemplo, a mencionada autora destaca que decisões do Superior Tribunal de Justiça “endossam o direito à saúde como dever do Estado, que ‘deverá propiciar aos necessitados não qualquer tratamento, mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento’”³⁷⁶.

Já no que tange ao direito à educação, paradigmático foi o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, no qual a Corte firmou o entendimento quanto à possibilidade de determinação aos entes federativos, no caso o Município de Santo André/SP, de construir escolas públicas destinadas à educação infantil³⁷⁷.

Outros direitos fundamentais sociais têm sido paulatinamente tutelados em âmbito judicial, como é o caso do hodierno cenário em que se insere o direito à moradia, mormente nos grandes centros urbanos.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pode-se destacar o julgamento da Apelação nº 0012092-03.2012.8.26.0127, originária da 2ª Vara Cível da Comarca de Carapicuíba/SP e relatada pelo Desembargador Borelli

³⁷³ Idem, *ibidem*.

³⁷⁴ Em tudo: BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.*, p. 384.

³⁷⁵ Vide: PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Ano 1, n. 1, jul-dez 2008 (Edição Especial Temática sobre Direito à Saúde)*, v. 1, p. 161-178.

³⁷⁶ PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Ano 1, n. 1, jul-dez 2008 (Edição Especial Temática sobre Direito à Saúde)*, v. 1, p. 167.

³⁷⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Órgão julgador: 2ª Turma. Julgado em 22/11/2005. Publicação: DJ 03/02/2006.

Thomaz, na qual se procedeu à reforma de sentença que havia indeferido petição inicial de Ação Civil Pública, proposta pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em que se buscava a inscrição em programa de habitação de interesse social de cerca de quinhentas pessoas, ocupantes de área de propriedade da Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU, dali desalojadas por ordem judicial prolatada nos autos de ação de reintegração de posse³⁷⁸.

Ainda no órgão de cúpula do Poder Judiciário Paulista, decisão digna de destaque foi a prolatada no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0108872-61.2013.8.26.0000, originário da 4ª Vara da Fazenda Pública da Capital e relatado pelo Desembargador Vicente de Abreu Amadei, recurso este que foi parcialmente provido pela Corte, reformando-se decisão interlocutória de primeiro grau que houvera indeferido o pleito de antecipação dos efeitos da tutela, para que, enfim, fosse o Município de São Paulo, em sede de antecipação da tutela recursal/efeito ativo, condenado a fornecer água potável por caminhões-pipa para o núcleo urbano do Jardim Manacá, vez que ali, consoante a Ação Civil Pública proposta também em face da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP), estavam os moradores do loteamento irregular destinados ao consumo de água contaminada³⁷⁹.

Como se denota a partir da análise destes e de tantos outros acórdãos advindos dos mais diversos tribunais pátrios, o Poder Judiciário, majoritariamente, entende não haver dúvidas quanto à justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais e nem no que diz respeito à sua legitimidade para determinar a implementação de políticas públicas manuseadas com o fim de efetivar aqueles direitos.

O entendimento não passa imune a críticas, contudo.

Há quem entenda, num primeiro enfoque, que ao daquele modo proceder o Judiciário, estar-se-ia encetando uma afronta ao princípio da separação dos poderes,

³⁷⁸ Segue a ementa do acórdão: "Ação civil pública. Inscrição em programas de habitação de interesse social. Princípio da inafastabilidade da jurisdição. Ingerência do Judiciário na Administração Pública inócurrenente. Possibilidade/necessidade para garantia de direito constitucional. Obrigação regularmente imposta por preceito constitucional. Pertinência da ação proposta. Recurso provido" (BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação nº 0012092-03.2012.8.26.0127

. Relator Desembargador Borelli Thomaz. Origem: 2ª Vara Cível da Comarca de Carapicuíba/SP. Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público. Julgado em: 27/03/2013).

³⁷⁹ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento nº 0108872-61.2013.8.26.0000. Relator Desembargador Vicente de Abreu Amadei. Origem: 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo/SP. Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público. Julgado em: 19/06/2013.

petrificado nos artigos 2º e 60, §4º, inciso III, todos da Constituição Federal, na medida em que estaria aquele Poder se imiscuindo no que de atribuição do Executivo³⁸⁰.

Contra este argumento, diga-se que, na verdade, a concepção de funções distribuídas entre distintos órgãos, principalmente a partir do Iluminismo e das Revoluções do Século XVIII, teve por finalidade evitar o acúmulo de poder nas mãos de uma só pessoa ou grupo e, com isso, tutelar, em última escala, a esfera de liberdade dos indivíduos.

Cediço que um dos objetivos da República Brasileira é a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” (artigo 3º, inciso I, Constituição Federal), bem como que os direitos fundamentais são dotados de aplicabilidade imediata (artigo 5º, §1º, da Carta Magna), a não observância de tais direitos por parte de qualquer dos três poderes há de ser vista com reprimendas, de tal sorte que o provimento de tutela judicial, nessa hipótese, se constitui no socorro encontrado pelo indivíduo para fazer valer o direito que, segundo a Lei Fundamental, há tempos já deveria ter sido efetivado.

Assim como os sujeitos podem lançar mão do direito de petição (artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Carta Magna) para buscar a defesa de seus direitos em repartições dos Poderes Executivo ou Legislativo, sem contar a possibilidade de uso de instrumentos extrajurídicos para tanto, a semelhança dos meios de imprensa, o direito de ação (artigo 5º, inciso XXXV), previsto logo no inciso seguinte do famoso rol constitucional, assegura nada mais do que a faceta judicial daquela mesma tentativa de defesa de determinado direito contra ilegalidade ou abuso de poder.

Vale dizer, ao invés de (ou depois de) tentar buscar auxílio para direito seu frente aos Poderes Executivo ou Legislativo, nada impede que o cidadão exerça esta mesma faculdade jurídica agora nos corredores do Poder Judiciário, que deverá, tanto quanto aqueles, estar apto a dar a resposta requerida pelo jurisdicionado, ainda que pela improcedência de seu pedido.

³⁸⁰ Este o entendimento acolhido em acórdão assim ementado: “EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLEITO DE COMPELIR À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL A REALIZAR REFORMA E ADEQUAÇÃO DE UMA DAS UNIDADES DE SAÚDE DA MUNICIPALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. INVASÃO NO MÉRITO DO ATO DISCRICIONÁRIO E EXCLUSIVA DA ADMINISTRAÇÃO. IMPLICAÇÃO EM VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Não há dúvida de que a necessidade e conveniência do ato em si, de reforma de Unidade de Saúde, reside justamente no mérito do ato administrativo e discricionário e que cabe ao administrador público, e somente ele, agir para encontrar o caminho que melhor atenda a finalidade legal. Assim não cabe ao Judiciário neste caso concreto intervir, sob pena de ofensa a separação dos poderes” (BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Embargos Infringentes nº 972825-4/01. Relator Desembargador Luiz Mateus de Lima. Origem: 2ª Vara Cível da Comarca de Cascavel. Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível em Composição Integral. Julgado em 29.10.2013).

De fato, havendo direito inequivocamente reconhecido pelo ordenamento como de titularidade do sujeito, em caso de sua inobservância por quem quer que seja, não se pode negar a alternativa judicial de que goza aquele titular para ver seu direito efetivado, com espeque na ideia de coatividade da ordem jurídica, máxime a constitucional.

Nem se diga, ademais, que esta possibilidade de controle judicial de políticas públicas fica restrita aos atos de cunho vinculado, não alcançando os discricionários. Primeiramente porque, na esteira do que já demonstrado quando do exame do mandado de segurança, o constituinte propositadamente se vale de duas figuras distintas “ilegalidade” e “abuso de poder” (artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal) – as quais são repetidas também no direito de petição (artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”) – para indicar a sindicabilidade de ambas as espécies de atos.

Em segundo lugar, porque, mesmo nos âmbitos de discricionariedade do Estado Administração, não se pode olvidar as balizas legais a que estas competências sejam exercitadas, bitolas dentro das quais se inserem as prioridades que o Texto Constitucional traz à tona, como bem observa Cristina Queiroz:

E, designadamente, mesmo que se reconheça que os tribunais, e particularmente os tribunais de justiça constitucional, não se encontram vocacionados para gerir políticas econômicas e sociais distintas das legitimamente acordadas pelos órgãos políticos conformadores, cabe-lhes, todavia, o poder de fiscalizar o sistema de “prioridades” concretamente fixado pelo legislador constituinte. Estas últimas não podem estar em contradição com o fixado na constituição, posto que se aceita que no quadro das constituições normativas o legislador não é livre na “escolha dos fins”. Esses “fins” correspondem a “valores constitucionais” cuja defesa compete não apenas ao legislador e, genericamente, ao poder político, mas ainda aos órgãos de controle e, entre estes, especificamente, aos tribunais e ao poder judicial³⁸¹.

Outra objeção que sempre marca presença nos discursos contrários à justiciabilidade e ao ativismo judicial reside na sua suposta falta de legitimidade democrática dos membros da magistratura, dado o fato de que, ao contrário dos parlamentares e administradores, não são eleitos por voto popular³⁸².

³⁸¹ QUEIROZ, Cristina. Op. cit., p. 153.

³⁸² BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro de 2009, p. 10. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2013.

O contraponto a este argumento seria o fato de que a competência com arrimo na qual atua o Judiciário em casos tais deriva não de outro documento que não a própria Constituição da República, esta sim aprovada diretamente por representantes do povo em todos os seus segmentos sociais³⁸³. Desse modo, embora não eleitos pelo povo, os juízes e tribunais têm tanta legitimidade democrática quanto os outros agentes estatais ocupantes de cargos eletivos, eis que o fundamento de atuação de ambas as categorias encontram na lei e na ordem constitucional a sua razão de existir, havendo diferença, portanto, somente no que atine ao modo de escolha das pessoas que exercerão aquelas competências, mas não nestas em si.

Esta diferença de ingresso na máquina pública, ademais, é perfeitamente vista com bons olhos por Luis Roberto Barroso, na medida em que põe o Judiciário fora do circuito apaixonado da política. Confira-se:

(...) o Judiciário tem características diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos e nem por processos majoritários. E é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder para que seja desempenhado por agentes públicos selecionados com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis. Mas o poder dos juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade³⁸⁴.

A esta legitimidade colhida a partir dos troncos constitucionais, é possível acrescentar, outrossim, a forma de decidir do Poder Judiciário, que há de ser “vinculada a sua racionalidade e a sua capacidade de justificação”, no sentir de Eduardo Cambi e Diego Nassif da Silva³⁸⁵.

Como bem pontuam os autores, destacando o caráter contramajoritário das decisões judiciais:

O Judiciário é um defensor objetivo e independente da ordem constitucional, servindo como uma *contraestrutura* instituída ou um *contrapoder* que deve ser capaz de contrariar qualquer ato ou manobra violadoras da Constituição,

³⁸³ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 11.

³⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 385.

³⁸⁵ SILVA, Diego Nassif da; CAMBI, Eduardo. Expansão da jurisdição constitucional e separação de poderes: uma análise sistêmica à luz da cidadania. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito (Org.). Políticas públicas da previsibilidade a obrigatoriedade: uma análise sob o prisma do estado social de direitos. Birigui, SP: Boreal, 2011, p. 129.

alicerce fundamental sobre o qual se ergue toda a estrutura política, jurídica e institucional do Estado³⁸⁶.

Com efeito, esta noção contramajoritária do Poder Judiciário, no sentido de muitas vezes decidir em desconformidade com os anseios da maioria dos componentes sociais, a fim de salvaguardar direitos de grupos minoritários, é um dos pontos nevrálgicos à consecução do objetivo constitucional de se edificar uma sociedade livre e isenta de discriminações e preconceitos (artigo 3º, incisos I e IV, da Carta Magna). E, ainda que ostente um semblante de atentatória a preceitos democráticos, não é o de que realmente se verifica, haja vista que, segundo Norberto Bobbio, um dos postulados universais para que se pense em democracia é o de que “nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria”³⁸⁷.

O fantasma antidemocrático também é desvendado por Luis Roberto Barroso, que, com a maestria de sempre, conclui:

O debate, na sua essência, é universal e gravita em torno das tensões e superposições entre constitucionalismo e democracia. É bem de ver, no entanto, que a ideia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados. Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado. No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los³⁸⁸.

Superadas todas estas premissas sobre o neoconstitucionalismo, a justiciabilidade dos direitos fundamentais e a legitimidade do Poder Judiciário para enfrentar o tema, resta concluir positivamente por este contemporâneo estágio da justiça constitucional, que, atendida com a ideia de força normativa do Texto Magno e com princípios hermenêuticos como o da eficácia ou máxima efetividade, não apenas aceita conhecer de matérias que, há tempos atrás, passariam longe da lupa judiciária, como também deixa de ser mera espectadora do duelo travado pelas partes para tomar posição

³⁸⁶ SILVA, Diego Nassif da; CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 129. Grifos no original. Como bem pontua Miguel Carbonell (Op. cit., p. 295): “El activismo judicial, bien entendido, significa simplemente que el juez toma todas las normas constitucionales en serio y las lleva hasta el límite máximo que permite su significado semántico, a fin de proteger con la mayor extensión normativa y fática los derechos fundamentales”.

³⁸⁷ BOBBIO, Norberto. Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, p. 427.

³⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 390-391.

ativa na defesa dos preceitos constitucionais, contribuindo, em última monta, para aquilo que José Joaquim Gomes Canotilho chama de realização constitucional³⁸⁹.

Assentadas tais observações, cumpre, no próximo capítulo, analisar alguns dos principais julgados do Supremo Tribunal Federal em que foram tutelados, de maneiras diversas, direitos fundamentais consagrados pelo ordenamento pátrio.

³⁸⁹ Segundo o mestre lusitano: “*Realizar a Constituição* significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer constituição só é juridicamente *eficaz* (pretensão de eficácia) através da sua realização. Esta realização é uma *tarefa* de todos os órgãos constitucionais que, na actividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da constituição. Nesta “tarefa realizadora” participam ainda todos os cidadãos ‘pluralismo de intérpretes’ que fundamentam na constituição, de forma direta e imediata, os seus direitos e deveres” (CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 1186).

5 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

5.1 Linhas Iniciais

Uma vez analisados os direitos fundamentais em suas justificações jurídicas e filosóficas, a noção de acesso à Justiça como um primeiro passo para a efetivação de tais direitos e, ainda, os mecanismos jurídicos e as respectivas discussões acerca de sua tutela judicial, cumpre ao presente capítulo apresentar alguns dos principais julgados do Supremo Tribunal Federal nos quais se verificará, na prática, como tem sido realizada a proteção dos direitos fundamentais no âmbito jurisprudencial.

Foram, para tanto, selecionados quatro julgados do Pretório Excelso, dois em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e mais dois na via do Mandado de Injunção, de modo que, ao final da análise de todos estes julgamentos, será possível estabelecer-se algumas conclusões sobre o tema proposto.

Sem mais delongas, passa-se a ver cada um destes casos.

5.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 54

A ADPF nº 54 foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), representada judicialmente pelo então causídico Luís Roberto Barroso, apontando, como preceitos fundamentais violados, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), o princípio da legalidade, a liberdade e a autonomia da vontade (artigo 5º, inciso II, da Lei Maior) e o direito à saúde (artigos 6º, “caput”, e 196, também da Constituição da República), e, como ato do Poder Público violador, “o conjunto normativo ensejado pelos artigos 124, 126, cabeça, e 128, incisos I e II, do Código Penal”³⁹⁰.

Após a devida fundamentação acerca dos preceitos violados e do preenchimento dos requisitos para a propositura da Arguição, capitula o Ministro Marco

³⁹⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio. Inteiro teor do acórdão. Julgado em 12/04/2012. Publicado em 29/04/2013, p. 02.

Aurélio, a peça vestibular requer a concessão de medida cautelar a fim de que possam as gestantes de fetos diagnosticados com anencefalia abreviar terapêuticamente o parto, sem que isso configure, nem para elas e nem para os profissionais da saúde responsáveis pela execução material da medida, as infrações penais tipificadas nos dispositivos do Código Penal acima colacionados³⁹¹.

Em sede meritória, o pedido era o de que fosse declarada a inconstitucionalidade daqueles dispositivos no que se refere à antecipação terapêutica de partos de fetos anencéfalos ou, de modo subsidiário, caso entendesse a Corte não estar devidamente demonstrados os requisitos da ADPF, que fosse a demanda recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), invocando-se a fungibilidade estabelecida pela jurisprudência quanto às medidas, caso em que o pleito se transmudava para a técnica da declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, daqueles mesmos dispositivos legais³⁹².

A ação foi proposta em 17 de junho de 2004, tendo o Ministro Marco Aurélio, relator do caso, deferido medida cautelar em 1º de julho do mesmo ano, decisão esta que, além de permitir a interrupção da gestação naquelas condições descritas, determinou o sobrestamento de todos os processos judiciais não transitados em julgado que versassem sobre a matéria.

O processo foi submetido, posteriormente, ao plenário do Supremo Tribunal Federal, para exame de Questão de Ordem, na medida em que o então Procurador-Geral da República havia apresentado objeções quanto ao pleito de interpretação conforme em sede de ADPF³⁹³, sendo que, no julgamento da Questão, a liminar foi parcialmente cassada, mantendo-se apenas o sobrestamento dos processos judiciais nas condições anteriormente mencionadas³⁹⁴.

Invocando o instituto das audiências públicas contempladas pelo artigo 6º, §1º, da Lei nº 9.882/99, o Ministro relator convocou diversas entidades, que tinham tido seu pleito de ingresso como *amicus curiae* por aquele indeferido, além de pessoas com amplo conhecimento técnico sobre a matéria³⁹⁵. Foram realizadas, ao todo, quatro sessões de audiências públicas, nos dias 26 e 28 de agosto e 04 e 16 de setembro, todos

³⁹¹ Idem, p. 04.

³⁹² Idem, p. 04-05.

³⁹³ Idem, p. 16.

³⁹⁴ Idem, p. 91.

³⁹⁵ Idem, p. 19.

do ano de 2008, com a oitiva de mais de vinte e cinco pessoas representantes dos mais diversos segmentos religiosos, técnicos e sociais³⁹⁶.

Em sede de alegações finais pelas partes, até mesmo a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República se manifestaram pela total procedência do pedido deduzido³⁹⁷.

Já no âmbito de seu voto, o Ministro Marco Aurélio, depois de consignar que “a questão posta nesta ação de descumprimento de preceito fundamental revela-se uma das mais importantes analisadas pelo Tribunal”³⁹⁸, sublinhou que não se estava, no caso, cuidando da “descriminalização do aborto”, mas sim de “antecipação terapêutica do parto”, que com aquele não se confundiria³⁹⁹.

Sintetiza o Ministro Marco Aurélio a questão enfrentada em:

(...) saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde⁴⁰⁰.

E, após explanar justificadamente cada um dos itens, conclui pela resposta negativa, tendo a tipificação penal da antecipação terapêutica de parto de feto anencéfalo como absolutamente inconstitucional⁴⁰¹.

Em seguida, o voto do relator foi acompanhado pela Ministra Rosa Weber, que, com base, dentre outros, na ponderação instrumentalizada pela proporcionalidade, conclui no sentido de que “todos os caminhos levam ao reconhecimento da autonomia da gestante para a escolha, em caso de comprovada anencefalia, entre manter a gestação ou interrompê-la”⁴⁰².

Também favorável à procedência do pedido foi o Ministro Joaquim Barbosa, salientando em seu voto, ademais, que o diagnóstico da anencefalia é confirmado por exame de ultrassonografia, ao qual têm acesso todas as mulheres usuárias da rede pública de saúde, “que conta, em muitos casos, com grupos

³⁹⁶ Idem, p. 20-29.

³⁹⁷ Idem, p. 30-31.

³⁹⁸ Idem, p. 32.

³⁹⁹ Idem, p. 33.

⁴⁰⁰ Idem, p. 34.

⁴⁰¹ Idem, p. 69.

⁴⁰² Idem, p. 136.

multidisciplinares que auxiliam a família no momento difícil da confirmação desse diagnóstico”⁴⁰³.

Pela procedência do pedido da Arguição, outrossim, o Ministro Luiz Fux, que em belas passagens de seu voto consignou:

O sacrifício da penalização de uma gestante de feto anencefálico não se revela necessário aos fins do direito punitivo, mas, antes, demonstra a desproporcionalidade da sanção diante da inafastável defesa da dignidade humana da mulher infortunada, fundamento do Estado democrático de Direito e garantia revestida da categoria de direito fundamental.

(...)

Seria, no meu modo de ver, o punir pelo punir, como se fosse o Direito Penal a panaceia de todos os problemas sociais, sem prejuízo de relegar o drama para as alternativas marginalizadas, unindo uma vez mais essa gama de mulheres pobres e sofredoras.

(...)

Sob o ângulo da vontade do povo - se é que é sindicável a vontade do povo - pode haver até desacordo moral razoável sobre a permissão ou não do aborto. No meu modo de ver, sob o ângulo da vontade popular, sobressai extreme de dúvidas o repúdio social à penalização da mulher vitimada por uma gravidez de risco, que a impõe manter no seu ventre materno nascituro com morte anunciada, dor maior no arrebate da maternidade desejada⁴⁰⁴.

Em seu voto, fazendo coro à tese majoritária, a Ministra Carmem Lúcia observa, perspicazmente, que não se trata de obrigar as mulheres que gestem um feto diagnosticado com anencefalia a abreviar o parto, mas sim de dar-lhes a possibilidade jurídica de, em querendo daquele modo proceder, que assim o façam, sem que isso lhe implique qualquer responsabilização criminal⁴⁰⁵.

A primeira dissidência à tese majoritária foi apresentada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, para quem, ante a ausência de qualquer previsão legal específica legitimando a prática, mesmo com a demonstração científica da anencefalia já existindo há alguns anos, não haveria que se cogitar de interpretação conforme para salvaguardar a conduta pretendida pela ADPF⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Idem, p. 152.

⁴⁰⁴ Idem, p. 169-170.

⁴⁰⁵ Idem, p. 173.

⁴⁰⁶ Idem, p. 241. Em suas próprias palavras, salienta o Ministro Ricardo Lewandowski (idem, ibidem): “caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto eugênico, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição. Mas até o presente momento, os parlamentares, legítimos representantes da soberania popular, houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto, em particular quanto às duas únicas

Adepto da tese permissiva à antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, o Ministro Ayres Britto, em sagaz passagem, pontua:

(...) o crime deixa de existir se o deliberado desfazimento da gestação não é impeditivo da transformação desse organismo, que ali se desenvolve, numa pessoa humana em sentido biográfico. Se o produto da concepção não se traduzir em um ser a meio do caminho do humano, mas, isto sim, em um ser que, de alguma forma, parou a meio caminho do ciclo, do próprio ciclo do humano; ou seja, não há uma vida a caminho de uma outra vida estalando de nova. O que existe é um organismo incontornavelmente empacado ou sem nenhuma possibilidade de sobreviver por lhe faltar as características todas da espécie humana.

Metaforicamente, o feto anencéfalo é uma crisálida que jamais, em tempo algum, chegará ao estágio de borboleta porque não alçará voo jamais. O que já importa proclamar que se a gravidez “é destinada ao nada” – a figuração é do Ministro Sepúlveda Pertence –, sua voluntária interrupção é penalmente atípica, já não corresponde a um fato-tipo legal, pois a conduta abortiva sobre a qual desaba a censura legal pressupõe o intuito de frustrar um destino em perspectiva ou uma vida humana *in fieri*, donde a imperiosidade de um conclusivo raciocínio: se a criminalização do aborto se dá como política legislativa de proteção à vida de um ser humano em potencial, faltando essa potencialidade vital aquela vedação penal já não tem como permanecer⁴⁰⁷.

Em substancioso voto, que passa da análise do instituto do *amicus curiae* e da Constituição aberta aos seus mais variados intérpretes⁴⁰⁸ até o exame da matéria do aborto em direito comparado⁴⁰⁹, o Ministro Gilmar Mendes, já tratando da antecipação terapêutica em pauta, conclui pela sua total consonância com o Texto Constitucional e, assim, posiciona-se também pela procedência do pedido formulado na Arguição, asseverando a necessidade de regulamentação do procedimento pelo Ministério da Saúde⁴¹⁰.

Em encorpado voto, fortemente antenado com os preceitos do direito internacional dos direitos humanos, mencionando, inclusive, ponderações já realizadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁴¹¹, o Ministro Celso de Mello adere à tese pela possibilidade de antecipação terapêutica do parto naquelas condições,

hipóteses nas quais se admite a interferência externa no curso regular da gestação, sem que a mãe ou um terceiro sejam apenados”.

⁴⁰⁷ Idem, p. 259-260.

⁴⁰⁸ Idem, p. 271-276.

⁴⁰⁹ Idem, p. 275-285.

⁴¹⁰ Idem, p. 306-307. Em interessante passagem, assenta o Ministro Gilmar Mendes (idem, p. 295): “A interpretação que se pretende atribuir ao Código Penal, no ponto, é consentânea com a proteção à integridade física e psíquica da mulher, bem como com a tutela de seu direito à privacidade e à intimidade, aliados à autonomia da vontade. Isso porque se trata apenas de uma autorização condicionada para a prática do aborto, de modo que competirá, como na hipótese do aborto de feto resultante de estupro, a cada gestante, de posse do seu diagnóstico de anencefalia fetal, decidir que caminho seguir”.

⁴¹¹ Idem, p. 355.

assinhalando, ademais, ter o Supremo Tribunal Federal de tomar a frente de uma posição além da de “legislador negativo”. Confira-se:

Em tal contexto, cabe acentuar que este Tribunal, superando a noção de que somente atua como “legislador negativo”, evolui, no presente julgamento, no sentido de acrescentar, às modalidades de exclusão do crime de aborto previstas no art. 128 do CP (aborto necessário e aborto sentimental ou humanitário), uma terceira hipótese – antecipação terapêutica de parto concernente a feto portador de anencefalia – que, longe de se identificar com a prática criminosa de aborto, caracteriza, antes, uma situação de ausência de tipicidade penal⁴¹².

Finalmente, o segundo voto contrário ao pedido veiculado na ADPF nº 54 foi o do Ministro Cezar Peluso, que destacou ser a vida intrauterina tão merecedora de total dignidade como a extrauterina, ainda que aquela esteja desprovida de plena atividade cerebral⁴¹³. Interessante indagação é trazida pelo então Presidente da Corte, nos seguintes moldes:

Argumentação análoga à da autora poderia, e isto revela mais uma das facetas do seu equívoco, ser empregada, com ligeiras adaptações, para defesa de assassinato de bebês anencéfalos recém-nascidos. Em seu âmago, a proposta seria idêntica: para resguardar alguns supostos direitos superiores da mãe, como saúde psíquica e liberdade pessoal, seria legítimo eliminar, à margem de qualquer previsão legal, a vida intra ou extrauterina do anencéfalo, porque, entre um e outro casos, muda só o momento de execução, não o ato insensível de extermínio, nem os pretextos para praticá-lo.

Se tal analogia parece inoportuna, façamos o exercício inverso: ninguém admitiria a matança de anencéfalos recém-nascidos (que, afinal, têm, de igual modo, pouca expectativa de vida) com a finalidade de poupar a mãe à carga de frustração, sofrimento, tortura psicológica, ou qualquer outro título pseudojurídico que se lhe atribua ao desagradável estado de espírito a respeito. Ninguém tem dúvida de que, sem surpresa nem espanto, o ato seria punido como homicídio ou infanticídio.

Que estranha e repulsiva lógica tornaria, então, admissível o mesmíssimo procedimento agressivo, agora direcionado contra a vida intrauterina? Ambas as formas de vida guardam idêntico nível de dignidade sob o prisma tuitivo da Constituição, verificando-se, entre elas, mera diferença temporal ou, em termos menos precisos, de “idade”⁴¹⁴.

Como resta evidente, portanto, a despeito dos votos contrários dos Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, o Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADPF nº 54, por maioria, decidiu por dar interpretação conforme a Constituição aos

⁴¹² Idem, p. 356.

⁴¹³ Idem, p. 386.

⁴¹⁴ Idem, p. 387.

artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal, estabelecendo que os tentáculos penais por estes trazidos não alcançam a conduta de quem antecipa o parto de feto anencéfalo, em respeito à dignidade humana, à liberdade e autonomia da vontade e, por fim, ao direito à saúde da gestante.

5.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 186

Proposta pelo Partido Democratas, a ADPF nº 186 trouxe nada menos do que nove grupos preceitos fundamentais supostamente violados, quais sejam: a) princípio republicano e dignidade da pessoa humana (artigo 1º, “caput”, e inciso III); b) vedação ao preconceito de cor e de discriminação (artigo 3º, inciso IV); c) repúdio ao racismo (artigo 4º, inciso VIII); d) igualdade, legalidade, prestação de informações pelos órgãos públicos, combate ao racismo e princípio da proporcionalidade (artigo 5º, incisos I, II, XXXIII, XLII e LIV); e) princípios administrativos da legalidade, da impessoalidade, da razoabilidade, da publicidade e da moralidade (artigo 37, “caput”); f) direito universal à educação (artigo 205); g) igualdade nas condições de acesso ao ensino (artigo 206, “caput”, e inciso I); h) autonomia universitária (artigo 207, “caput”); i) acesso ao ensino segundo a capacidade de cada pessoa (artigo 208, inciso V)⁴¹⁵.

De sua vez, como atos do Poder Público responsáveis pela violação daqueles preceitos, a peça vestibular descreveu diversos documentos do Centro de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE/UnB), como atas de reuniões, resoluções, planos de metas e, principalmente, itens do edital do Segundo Exame Vestibular de 2009 para ingresso naquela Universidade, este elaborado pelo Centro de Seleção e Promoção de Eventos da mesma instituição (Cespe/UnB)⁴¹⁶.

Requerida a concessão de medida liminar, esta restou indeferida por decisão do então Presidente da Corte, Ministro Gilmar Mendes, vez que o Tribunal se encontrava em recesso, sob o argumento de que, malgrado a importância do tema e a

⁴¹⁵ Os preceitos são listados logo na segunda página da petição inicial da ADPF 186, cujo inteiro teor pode ser encontrado no seguinte endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400108&tipo=TP&descricao=ADPF%2F186>>. Acesso em: 09 de dezembro de 2013.

⁴¹⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400108&tipo=TP&descricao=ADPF%2F186>>. Acesso em: 09 de dezembro de 2013.

necessidade de celeremente debatê-lo, “neste momento não há urgência a justificar a concessão da medida liminar”⁴¹⁷.

Distribuído o processo à relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, foram admitidas entidades como *amici curiae* e realizadas audiências públicas, com vistas à pluralização que o debate merece, tendo a Corte, ao final, em sessão de julgamento datada do dia 26 de abril de 2012, por unanimidade de votos, julgado absolutamente improcedente o pedido formulado na Arguição⁴¹⁸.

Como não se tem, até o presente momento, a publicação do acórdão e da integralidade dos votos dos Ministros no caso, o presente trabalho trabalhará com excertos conseguidos, no próprio endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal, dos fundamentos pelos quais restou indeferido o pedido de inconstitucionalidade dos atos administrativos dos órgãos da Universidade de Brasília.

Em seu voto, o relator Ministro Ricardo Lewandowski passa, dentre outros, pela distinção entre os conceitos de igualdade formal e material, pela noção de “justiça distributiva” em John Rawls, pelo exame da consubstanciação das chamadas ações afirmativas e das formas de ingresso no ensino superior para, alfim, reconhecendo o papel integrador das universidades, e não olvidando ser proporcional e transitória a política da UnB, concluir pela improcedência do pedido esboçado nos autos da Arguição em comento⁴¹⁹.

Percorrendo um caminho pela análise do tema igualdade em ordens constitucionais pretéritas, o Ministro Marco Aurélio remarca ser necessária uma maior inclusão social da população negra, refutando argumentações calcadas na temeridade de serem suplantadas fraudes contra estas políticas afirmativas, pontuando, enfim, também pela improcedência da Arguição⁴²⁰.

⁴¹⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão da Presidência do Ministro Gilmar Mendes sobre a medida cautelar requerida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186. Decisão de 31/07/2009. (DJE nº 148, divulgado em 06/08/2009).

⁴¹⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF julga constitucional políticas de cotas da UnB. Notícias STF: quinta-feira, 26 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206042>>. Acesso em: 09 de dezembro de 2013.

⁴¹⁹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Voto nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 09 de dezembro de 2013.

⁴²⁰ MELLO, Marco Aurélio de Farias. Voto nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186MMA.pdf>>. Acesso em: 09 de dezembro de 2013. Como bem salientou o Ministro Marco Aurélio (idem, ibidem): “Afim, se somos capazes de produzir estatísticas consistentes sobre a situação do negro na sociedade, e, mais ainda, se é

Outros interessantes e consistentes argumentos foram ventilados pelos Ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Rosa Weber, Carmem Lúcia, Cezar Peluso, Celso de Mello e Ayres Britto – remarcando-se a unanimidade de votos pelo indeferimento do pleito da Arguição –, todavia, pela ausência de publicação do acórdão e dos respectivos votos até o momento da elaboração do presente trabalho, resta prejudicada a sua análise, interessando, por ora, apenas consignar ter dado a Suprema Corte Brasileira plena guarida constitucional às políticas de quotas raciais no âmbito das universidades do país.

5.4 Mandados de Injunção nº 670 e 708

Na seara destes dois Mandados de Injunção, o Supremo Tribunal Federal, em acórdãos relatados pelo Ministro Gilmar Mendes, enfrentou o tema da omissão legislativa pela ausência de lei específica regulando o instituto da greve para os servidores públicos civis.

O Mandado de Injunção de nº 670 foi impetrado pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Espírito Santo, ao passo que o de nº 708 o foi pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa/PB, ambos versando, como dito, sobre a inconstitucionalidade da omissão legislativa que, embora diversas vezes declaradas pelo Supremo Tribunal Federal⁴²¹, persiste em assoberbar os servidores públicos civis no que atine ao seu direito de greve, cuja disciplina o artigo 37, inciso VII, da Carta Magna, deixa aos inteiros cuidados de lei específica.

Vindo o Supremo Tribunal, nesses dois julgamentos, a assumir uma posição mais incisiva quanto às omissões legislativas, acabou-se por adotar aquilo que a doutrina, já comentada nesse trabalho, chama de tese concretista geral, o que, segundo o

inequívoca e consensual a discriminação existente em relação a tais indivíduos, parece possível indicar aqueles que devem ser favorecidos pela política inclusiva. Para tanto, contamos com a contribuição dos cientistas sociais. Descabe supor o extraordinário, a fraude, a má-fé, buscando-se deslegitimar a política. Outros conceitos utilizados pela Constituição também permitem certa abertura – como os hipossuficientes, os portadores de necessidades especiais, as microempresas – e isso não impede a implementação de benefícios em favor desses grupos, ainda que, vez por outra, sejam verificadas fraudes e equívocos”.

⁴²¹ Consta da ementa do acórdão do Mandado de Injunção nº 670, dentre outros, que “o tema da existência, ou não, de omissão legislativa quanto à definição das possibilidades, condições e limites para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis já foi, por diversas vezes, apreciado pelo STF” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Injunção nº 670, Rel. Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 25/10/2007. Publicação: 31/10/2008).

Ministro Gilmar Mendes, se impõe pela injustificável e completa mora do legislador.

Em suas palavras:

A não-regulação do direito de greve acabou por propiciar um quadro de selvageria com sérias consequências para o Estado de Direito. Estou a lembrar que Estado de Direito é aquele no qual não existem soberanos. Nesse quadro, não vejo mais como justificar a inércia legislativa e a inoperância das decisões desta Corte. Comungo das preocupações quanto à não-assunção pelo Tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parece-me que a não-atuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de "omissão judicial". Assim, (...), essa situação parece exigir uma intervenção mais decisiva desta Corte⁴²².

Deixou assente a Corte, outrossim, com votação majoritária dos julgadores acompanhando a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que a solução transitória para o caso, enquanto não advier a lei específica para regular o setor público civil, seria aplicar-se, por analogia, a Lei nº 7.783/1989, a lei geral da greve do setor privado, bem como a Lei nº 7.701/1988, que disciplina as Turmas do Tribunal Superior do Trabalho para o julgamento de processos coletivos.

Em especial pela aplicação analógica da Lei nº 7.701/1988, assinalou o Ministro Gilmar Mendes, a distribuição da competência jurisdicional para examinar os conflitos de greve no setor público seriam resolvidos de acordo com a esfera federativa dos grevistas (se municipais ou estaduais, a competência é da Justiça Estadual; se federais, da Justiça Federal) e com o âmbito de incidência do movimento (se estadual abrangendo mais de uma Comarca, a competência seria do Tribunal de Justiça respectivo; se federal, abrangendo mais de uma localidade sob os auspícios de uma mesma região, a competência fica a cargo do respectivo Tribunal Regional Federal), salientando a competência do Superior Tribunal de Justiça para as situações de “âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da Justiça Federal, ou ainda, abranger mais de uma unidade da federação”⁴²³.

Por fim, embora tenham os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio votado pela limitação da decisão à categoria representada pelos autores dos *writs*, a Corte, por maioria, acompanhou o voto do Ministro Relator

⁴²² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Injunção nº 670, Rel. Ministro Gilmar Mendes. Inteiro Teor do Acórdão. Tribunal Pleno. Julgado em 25/10/2007. Publicação: 31/10/2008, p. 234-235.

⁴²³ Idem, p. 252-253.

Gilmar Mendes, tendo o Supremo Tribunal Federal, de fato, se perfilhado nos presentes autos à tese concretista geral do Mandado de Injunção.

6 CONCLUSÕES

Examinadas todas as premissas que se levantou ao longo do trabalho, é possível estabelecer algumas linhas conclusivas. Em primeiro lugar, mostra-se inafastável o caráter histórico dos direitos fundamentais, que se apresentam como resultado de diversas batalhas travadas no curso da existência humana, de modo que, ainda que não se possa claramente indicar um perfeito delineamento apto a possibilitar enquadrá-los na sempre lembrada teoria geracional, fato é sua característica interdependente permite o diálogo irrestrito entre as diferentes “dimensões”.

Se nasceram os direitos fundamentais juntamente com o homem – ou até mesmo antes dele – como pretende parte da teoria jusnaturalista, ou se, ao contrário, apenas se pode cogitar de sua verdadeira existência quando da edição de documentos legislativos os concedendo aos indivíduos, como defendem os positivistas, fato é que, hoje, não se ignora serem todas as pessoas titulares das posições jurídicas neles veiculadas, sendo certo que, como alertou um já citado sábio italiano, a preocupação da sociedade moderna deve passar pela sua efetivação, deixando-se de lado a filigrana teórica acerca de suas justificativas.

É nesse diapasão que se pode compreender o estudo da cláusula do acesso à Justiça, na esteira do pensamento de Cappelletti e Garth, como o mais elementar dos direitos fundamentais, na medida em que se revela enquanto instrumento a serviço da efetivação de todos os outros, sendo dever do Estado a criação de meios pelos quais se efetive aquele primeiro direito, a fim de que, desse modo, possam todos os outros ser buscados diretamente pelos seus titulares. Dito doutro modo, se dentre todos os direitos fundamentais conclamados pela Constituição Federal fizesse o Estado a opção de implementar poucos deles, certamente haveria o acesso à Justiça de ser um dos prioritários, na medida em que, *de per si*, permite a persecução de outros tantos em juízo – daí porque a instituição das Defensorias Públicas, por exemplo, é medida de rigor pela União e pelos Estados-membros da Federação Brasileira, eis que, protagonizando a efetivação do acesso, representam o imenso contingente de pessoas incapazes, por si só, de saciar todas as suas necessidades socioeconômicas.

Fixada esta noção, perfeitamente vem a calhar o estudo dos instrumentos jurídicos a disposição dos indivíduos para a persecução judicial dos direitos que lhe confere o arcabouço normativo brasileiro, muitos dos quais erigidos no núcleo

petrificado da Constituição Federal, denotando-se, assim, a magnitude de que dispõem na vigente ordem.

Se a existência de instrumentos jurídicos a serviço dos direitos fundamentais é inequivocamente verificada, o mesmo ainda não se pode dizer quanto à acionabilidade em juízo de determinadas categorias jurídicas, haja vista a relutância por parte da doutrina e da jurisprudência em permitir o controle judicial de atos que, segundo entendem, seriam de competência exclusiva do Poder Executivo, o que encerra um tremendo contrassenso. Ora, se o ordenamento confere aos indivíduos diversos mecanismos para buscar a satisfação em juízo de direitos fundamentais, não há razão crível que permita concluir pela ilegitimidade do Estado-juiz para o controle de políticas públicas sociais. Pensar de outro modo corresponderia a acatar a odiosa distinção que por muito tempo se tentou sustentar entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos e sociais, como se esta última categoria não fosse “tanto direito” quanto a primeira, olvidando-se do caráter interdependente e complementar de que gozam.

Em suma, se a justiciabilidade dos direitos fundamentais, em especial dos econômicos e sociais, é algo que não se pode recusar, resta, ainda, conferir os devidos contornos a outro empecilho que se coloca no mérito da causa levada ao conhecimento da jurisdição: a reserva do possível. Embora reconhecida a impossibilidade material quanto ao atendimento simultâneo e integral de todos os direitos econômicos, sociais e culturais contemplados no ordenamento contemporâneo, a sua invocação não há de ser feita inadvertidamente pelo Estado, na medida em que, além de ser sua prova um ônus estatal, cai por terra a tese quando do outro lado da balança esteja em jogo direito com assento no chamado mínimo existencial.

É dizer, quando o direito fundamental pleiteado em juízo for daqueles que compõem o *minimum core*, persiste, ainda assim, a obrigação do Estado em implementá-lo, não resistindo a reserva do possível ao referido choque, devendo o ente estatal adotar posturas outras para a satisfação daqueles encargos, tais como o deslocamento de receitas orçamentárias.

Reconhece-se, sem sombra de dúvidas, que a efetivação judicial dos direitos fundamentais não é o melhor dos cenários – nem para o Estado, e muito menos para o jurisdicionado, que muitas vezes tem de passar por vários constrangimentos para ver, forçosamente, a satisfação de um direito seu que haveria de ser atendido de maneira voluntária. A despeito disso, mostra-se como a única saída para que os direitos conclamados pela Constituição Federal e também pelos sortidos tratados internacionais

ratificados pelo Brasil não sejam vistos como singelas declarações de bons propósitos, e sim como veículos de posições juridicamente exigíveis.

Não se ignorando o desafio financeiro reclamado para o atendimento final de todos os direitos fundamentais previstos no ordenamento, pode-se, de outra banda, indicar um caminho por onde talvez se inicie a conquista desta batalha, que é o melhor aproveitamento orçamentário das verbas públicas, as quais são aplicadas à revelia em grandiosos eventos de duvidoso retorno social, enquanto milhões de brasileiros vivem jogados à sua própria sorte frente a dilemas de diversificados calibres socioeconômicos.

É papel da sociedade como um todo, portanto, e, nesse enfoque especial, da comunidade jurídica, lutar para que um dia talvez se consiga fazer com que a promessa constitucional acerca da construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” (artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal) e ausente de pobreza e marginalização (artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal) seja objetivo alcançado, o que, de certo, deixará os brasileiros muito mais orgulhosos do que qualquer proeza realizada dentro de quatro linhas.

BIBLIOGRAFIA

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria geral do Estado**. 3. ed., rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010.

AIDEF. **Apresentação**. Disponível em:
<<http://www.aidef.org/wtk/pagina/apresentacao>>. Acesso em: 21 de novembro de 2013.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 13. ed., rev. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.1.

AMARAL, Rafael Caiado. **Peter Häberle e a hermenêutica constitucional: alcance doutrinário**. Porto Alegre: Fabris, 2004.

APPIO, Eduardo. **Amicus curiae e audiência pública no processo civil brasileiro – propostas para o fortalecimento da cidadania através das ações coletivas no Brasil**. In: Revista de Doutrina. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Edição nº 56. Disponível em:
<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao009/eduardo_appio.htm>. Acesso em: 02 de dezembro de 2013.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Verbatim, 2011.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade**. In: Revista Mestrado em Direito. Direitos Humanos Fundamentais: Osasco, Ano 6, N. 1, 2006, p. 145-168.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007.

_____. **“O que é ‘devido processo legal’?”**. In: Revista de Processo, nº 163, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 50-59.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A ação popular do direito brasileiro como instrumento da tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”**. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1997, Primeira Série.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil**. In: A RECONSTRUÇÃO democrática do direito público no Brasil: livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 01-39.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: Revista Diálogo Jurídico. Ano I, Vol. I, nº 06, setembro de 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 03 de dezembro de 2013.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In: Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro de 2009, p. 10. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2013.

_____. **Temas de direito constitucional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, t. I, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

_____. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Campus, s. d.

BRASIL. **Deliberação nº 89, de 08 de agosto de 2008, do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=2485&idModulo=5010>>. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A constituição e o supremo**. A constituição e o supremo. 2. ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3720/SP**, Rel. Ministro Marco Aurélio, Julgamento em 31/10/2007, Tribunal Pleno. DJe 055, Publicado em 28/03/2008.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4270/SC**, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, Julgamento em 14/03/2012, Tribunal Pleno. DJe 118, Publicado em 25/09/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 581.352/AM**. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, Dje-230, publicado em 22/11/2013.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715/SP**. Relator Ministro Celso de Mello. Órgão julgador: 2ª Turma. Julgado em 22/11/2005. Publicação: DJ 03/02/2006.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**, Relator Ministro Marco Aurélio. Inteiro teor do acórdão. Julgado em 12/04/2012. Publicado em 29/04/2013.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção nº 670**, Rel. Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 25/10/2007. Publicação: 31/10/2008.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2130/SC**. Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 20/12/2000. Publicação: DJ 02/02/2001.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 45**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 29/04/2004, DJ 04/05/2004.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Agravo de Instrumento nº 0108872-61.2013.8.26.0000**. Relator Desembargador Vicente de Abreu Amadei. Origem: 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo/SP. Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público. Julgado em: 19/06/2013.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação nº 0012092-03.2012.8.26.0127**. Relator Desembargador Borelli Thomaz. Origem: 2ª Vara Cível da Comarca de Carapicuíba/SP. Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público. Julgado em: 27/03/2013.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. **Embargos Infringentes nº 972825-4/01**. Relator Desembargador Luiz Mateus de Lima. Origem: 2ª Vara Cível da Comarca de Cascavel. Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível em Composição Integral. Julgado em 29.10.2013.

CAMPO, Hélio Márcio. **Assistência jurídica gratuita: assistência judiciária e gratuidade judiciária**. 1. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARBONELL, Miguel. **Derechos fundamentales y activismo judicial en América Latina**. In: CANOSA, Eduardo Adrés Velandia (Coord.). Derecho processual constitucional. Bogotá: VC Editores, 2011, v. 1, p. 280-304.

CARDOSO, Oscar Valente. **A pessoa natural como amicus curiae no Supremo Tribunal Federal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3634, 13 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24706>>. Acesso em: 2 dez. 2013.

CARNEIRO, Wálber Araújo. **Escassez, eficácia e direitos sociais**. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. Salvador: Faculdade de Direito: EDUFBA, jan-dez 2004, p. 371-388.

CASSIN, René. **El problema de la realización efectiva de los derechos humanos en la sociedad universal**. In: Veinte años de evolución de los derechos humanos. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 387-398.

CÍCERO. **Da república**. Rio de Janeiro: Ediouro, s.d.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORGOSINHO, Gustavo. **Defensoria Pública: Princípios Institucionais e Regime Jurídico**. Belo Horizonte: Editora Dictum, 2009.

COSTA, Ruth Barros Pettersen da. **A efetividade do mínimo existencial como função essencial do Estado**. In: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008, p. 3796-3824.

CRUZ, André Luiz Vinhas da. **A evolução histórica das tutelas de urgência: breves notas de Roma à Idade Média**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VIII, n. 22, ago 2005. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=344>. Acesso em nov 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACHIN, Zulmar Antonio. **Curso de direito constitucional**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Gen, Método, 2008.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública, direito fundamental à saúde, mínimo existencial, ação civil pública e controle judicial de políticas públicas**. In: *Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, Ano 1, n. 1, jul-dez 2008 (Edição Especial Temática sobre Direito à Saúde), v. 2, p. 411-441.

FERNANDES MOREIRA AGUIAR, Alexandre Magno. **O dolo eventual nos crimes de trânsito e a navalha de Occam**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 47, nov 2007. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2589>. Acesso em nov 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

GALLASSI, Almir. **O acesso à justiça como garantia dos direitos fundamentais das minorias sociais**. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luís de (Org.).

Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica. Birigui, SP: Boreal, 2012, p. 01-16.

GIANNAKOS, Angelo Maraninchi. **Assistência judiciária no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial**. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006, p. 379-397.

GUIMARÃES, Yves José de Miranda. **Direito natural: visão metafísica & antropológica**. 1. ed Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição; contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

JIMÉNEZ, Eduardo Pablo. **Derecho constitucional argentino: manual de enseñanza**. Buenos Aires: Ediar, 2000, t. 2.

KASER, Max. **Direito privado romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KNOERR, Cibele Fernandes Dias. **Decisões intermediárias da Justiça Constitucional como mutação da Constituição**. São Paulo: PUC-SP (Tese de Doutorado), 2011.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

LAZARI, Rafael José Nadim de; BERNARDI, Renato. **A natureza da decisão concedida em sede de mandado de injunção: aporte em prol da máxima potência da Constituição Federal**. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Org.). Sistema constitucional de garantias: e seus mecanismos de proteção. Birigui, SP: Boreal, 2013, p. 435-449.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Voto nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 09 de dezembro de 2013.

LIMA, George Marmelstein. **Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4666>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOUREIRO, Caio Márcio. **O acesso à justiça e os direitos humanos**. In: DIREITO internacional dos direitos humanos: estudos em homenagem à Profa. Flávia Piovesan. Curitiba, PR: Juruá, 2004, p. 85-93.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Marco Aurélio de Farias. **Voto nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186MMA.pdf>>. Acesso em: 09 de dezembro de 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

_____. **Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. In: Revista Jurídica Virtual da Presidência da República: Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999, s. p. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 11 de novembro de 2013.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Comentários à Lei nº 9.882/99 – Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. In: ARGÜIÇÃO de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 15-37.

_____. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NEVES, Alessandra Helena. **Direitos fundamentais versus direitos da personalidade: contraposição, coexistência ou complementaridade?**. Jus Navigandi,

Teresina, ano 9, n. 352, 24 jun. 2004 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5387>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

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

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. AG/RES. 2714 (XLII-O/12). **Defensa Pública oficial como garantía de acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad** (aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012). Disponível em: <http://www.aidef.org/wtksite/cms/conteudo/246/RES._2714.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2013.

_____. AG/RES. n 2.656 (XLI-O/11). **Garantias de acesso à justiça: o papel dos defensores públicos oficiais** (aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 7 de junho de 2011). Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/11698/AG_RES_2656_pt.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2013.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho e Constitución**. 4. Ed. Madrid: Tecnos, 1988.

PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à justiça em preto e branco: retratos institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas**. In: Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Ano 1, n. 1, jul-dez 2008 (Edição Especial Temática sobre Direito à Saúde), v. 1, p. 161-178.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. In: ARGÜIÇÃO de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 198-238.

_____. **Direito constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à sociologia da administração da justiça**. In: Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 21, 1986, p. 11-44.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM,

Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e 'reserva do possível'*. 2.ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13-50.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. *In: DIREITOS fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 09-49.

SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível**. *In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e 'reserva do possível'*. 2.ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 133-153.

SILVA, Diego Nassif da; CAMBI, Eduardo. **Expansão da jurisdição constitucional e separação de poderes: uma análise sistêmica à luz da cidadania**. *In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito (Org.). Políticas públicas da previsibilidade a obrigatoriedade: uma análise sob o prisma do estado social de direitos*. Birigui, SP: Boreal, 2011, p. 122-133.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2. Ed., 1997.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. *In: Revista de Direito do Estado*, nº 04, 2006, p. 23-51.

SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. **Assistência jurídica: integral e gratuita**. São Paulo: Método, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2012, v. 1.

TAVARES, André Ramos. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei**. *In: ARGÜIÇÃO de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 38-76.

_____. **Repensando a ADPF no complexo modelo brasileiro de controle da constitucionalidade**, 2008, p. 02. Disponível em:
<http://www.mackenzie.com.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/andre_ramos2.pdf>. Acesso em: 05 de dezembro de 2013.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O processo interdital como delineador dos novos rumos do direito processual civil brasileiro**. *In*: Revista de Processo, nº 97, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 227-240.

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

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. *In*: Revista de Direito Administrativo (RDA), nº 177, 1989, p. 20-49.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. Vol. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e 'reserva do possível'. 2.ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 349-71.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.