

# **A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Lucas Marques Luz da Ressurreição<sup>1</sup>

**Sumário: 1 INTRODUÇÃO; 2 O NEOCONSTITUCIONALISMO; 3 A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: 3.1 A TEORIA DOS QUATRO *STATUS* DE JELLINEK 3.2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL 4 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM FACE DAS OMISSÕES DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO; 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.**

## **RESUMO**

O presente artigo versa sobre questões referentes à concretização dos direitos de natureza social, ressaltando a imprescindibilidade da atuação do Poder Judiciário em caso de omissão dos poderes executivo e legislativo. O Brasil, sobretudo a partir do final do século XX, com a promulgação da Carta Cidadã de 1988, migrou de um período rigidamente formalista, em que havia uma preocupação excessiva com aspectos relacionados à forma da lei, olvidando-se do seu conteúdo e da aplicação da justiça para um período posterior denominado neoconstitucionalista, momento em que passa a haver uma preocupação com a proteção e concretização dos direitos inerentes à dignidade do ser humano, dos quais são componentes essenciais os direitos sociais, de natureza prestacional. E, para uma devida realização dos direitos prestacionais, é necessária uma atuação do Estado no intento de efetivá-los e trazê-los do mundo abstrato da norma para o mundo dos fatos. Ocorre que, por diversas vezes, alguns dos entes estatais insistem em descumprir a expressa previsão constitucional valendo-se, para tanto, de um rígido princípio da separação dos poderes e de uma teoria de origem alemã denominada reserva do possível. Nesse diapasão, vem à tona a questão referente a legitimidade de um agir mais ativo do Poder Judiciário em face das omissões dos Poderes Executivo e Legislativo, o que envolve aspectos atinentes aos parâmetros dessa atuação. Logo, o presente trabalho visa analisar a posição e atuação do Judiciário na busca da efetivação dos direitos fundamentais sociais, condição essencial para a consolidação dos valores democráticos no Estado brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE: NEOCONSTITUCIONALISMO; SEPARAÇÃO DOS PODERES; RESERVA DO POSSÍVEL; OMISSÃO DOS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO; EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.**

## **ABSTRACT**

This article discusses issues concerning the implementation of social rights, emphasizing the indispensability of judicial power in the event of failure of the executive and legislative

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito. Pós-Graduado em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Engenheiro formado pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor do Curso de Direito do Instituto Baiano de Ensino Superior – IBES. Advogado.

branches. Brazil, especially from the late twentieth century, with the promulgation of the 1988 Citizen, moved from a strictly formalist period, when there was a preoccupation with aspects related to the law, forgetting to its content and application of justice to a later time neoconstitutionality called, at which time there would be a concern for the protection and realization of basic rights and dignity of human beings, which are essential components of social rights, whether prestacional. And, due to a realization of the rights prestaciones requires a state action in an attempt to actualize them and bring them from the abstract world standard for the world of facts. That occurs several times, some of the state bodies insist on disobeying the express constitutional provision making use to this end, a rigid principle of separation of powers and a theory of German origin named reserve for contingencies. In this vein, comes to the fore the question of the legitimacy of an act more active judiciary in light of the omissions of the executive and legislative branches, which involves aspects pertaining to the parameters of this operation. Therefore, this paper aims to analyze the position and role of the judiciary in the pursuit of enforcement of fundamental social rights, an essential condition for the consolidation of democratic values in the Brazilian state.

**KEYWORDS: NEOCONSTITUTIONALISM; SEPARATION OF POWERS; POSSIBLE RESERVES; OMISSION OF EXECUTIVE AND LEGISLATIVE POWERS; EFFECTIVE SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHTS.**

## **1 INTRODUÇÃO**

O período denominado neoconstitucionalismo trouxe, como uma de suas principais consequências, uma inovadora forma de interpretar o direito, alçando a Constituição, de incontestada força normativa, ao centro do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito.

Logo, norma jurídica que é, a Carta Magna passa a irradiar seus valores fundamentais a todo o sistema jurídico, o que faz com que a legislação normativa busque, na ordem jurídica-constitucional, o seu fundamento de validade, devendo, ainda ser interpretada via filtragem constitucional.

Os valores dispostos pela Constituição, existentes, válidos e dotados de carga eficaz, devem, assim, ser efetivados, haja vista a necessidade de se concretizar a norma constitucional.

Nesse novo contexto paradigmático, surge a intrincada questão referente à realização de direitos fundamentais, em especial, os de natureza social, que exigem prestação estatal.

Isso porque os direitos fundamentais sociais, para serem plenamente efetivados ou concretizados, exigem uma ação positiva de entes estatais, seja por meio de políticas públicas a serem implementadas pelo Poder Executivo ou através da produção normativa pelo Poder Legislativo.

Contudo, o que se percebe, é a reiterada e insistente omissão do Poder Público em efetivar os valores constitucionais que exigem a devida e imprescindível ação do Estado para que sejam garantidos.

Nessa linha, é de se questionar qual deve ser o comportamento do Poder Judiciário dentro desse cenário, tendo em vista a exigência, por parte dos titulares dos direitos constitucionais elencados, para que sejam atendidos os anseios sociais.

Ocorre que, sob a pecha da impossibilidade fática e jurídica, são utilizados argumentos infundados, dos quais ganham relevo a teoria da reserva do possível, importada pela jurisprudência pátria da doutrina alemã, e o rígido modelo da separação dos poderes que acabam servindo de pseudo-justificativa para não se admitir uma ação mais ativa do Judiciário em busca do atendimento aos ditames constitucionais.

Daí a proposta do presente trabalho, na medida em que este busca analisar as implicações decorrentes da inauguração do período neoconstitucionalista, fundando-se na ideia de que os dispositivos constitucionais detém natureza jurídico-normativa, impondo, assim, deveres constitucionais a serem obrigatoriamente adimplidos pelo poder público no sentido de se atingir os fins da Constituição.

Logo, visa-se, com isso, construir uma argumentação jurídico-constitucional sólida que busque legitimar a atuação do órgão judicial no intento de se atender às exigências da sociedade em ter efetivados e devidamente concretizados os direitos sociais, em caso de omissões dos Poderes Executivo e Legislativo.

Para tanto, serão abordados temas afins referentes ao objeto do presente estudo, tais como separação dos poderes, reserva do possível e mínimo existencial, efetuando-se uma devida correlação com a efetivação plena dos direitos fundamentais sociais.

## **2. O NEOCONSTITUCIONALISMO**

Até meados do século XX, ainda sob a influência dos ideais liberais de fins do século XVIII, preponderava e reinava um paradigma de pensamento que colocava a lei no centro do ordenamento jurídico, onde o que importava quando da análise da validade de uma norma era apenas a consideração de seu aspecto formal.

Contudo, após atrozes acontecimentos cujo auge foi atingido durante a segunda grande guerra mundial, ocasião em que a humanidade chocou-se perplexa diante de escandalosos desrespeitos a valores fundamentais inerentes a dignidade da pessoa humana, a comunidade jurídica internacional se viu diante da necessidade de que fosse efetuada uma

urgente modificação na forma de pensar e interpretar o direito, passando a considerar a necessidade de mensurar a validade de uma norma jurídica não mais apenas em seu aspecto formal, como, também, levando em conta a valoração do aspecto material ou de conteúdo.

Deu-se, assim, o surgimento do chamado neoconstitucionalismo que nas sábias palavras do Professor Dirley da Cunha Júnior<sup>2</sup>

destaca-se, nesse contexto, como uma nova teoria jurídica a justificar a mudança de paradigma, de Estado Legislativo de Direito para Estado Constitucional de Direito, consolidando a passagem de Lei e do Princípio da Legalidade para a periferia do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o centro de todo o sistema, em face do reconhecimento da Constituição como verdadeira norma jurídica, com força vinculante e obrigatória, dotada de supremacia e intensa carga valorativa.

Desta maneira, operou-se uma intensa constitucionalização do direito, a partir da qual todos os institutos jurídicos passaram a ser interpretados através de uma filtragem constitucional.

A Constituição, centro do ordenamento, possuidora de força normativa, com caráter cogente e imperativo, passou a ser o instrumento idôneo para uma efetiva proteção dos direitos mais valorosos e fundamentais de uma sociedade, dentro dos quais, destacam-se os direitos sociais prestacionais.

Com o surgimento do período neoconstitucionalista, o incipiente Estado Legalista de Direito cedia lugar ao Estado Constitucional de Direito, mais adequado e coadunado com os novos anseios sociais.

Ana Paula de Barcellos<sup>3</sup> afirma que as principais características do chamado neoconstitucionalismo podem ser ordenadas em dois grupos principais, um que congrega elementos metodológico-formais e outro que reúne elementos materiais.

Nesse sentido, a citada autora destaca que

Do ponto de vista metodológico-formal, o constitucionalismo atual opera sobre três premissas fundamentais, das quais depende em boa parte a compreensão dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos. São elas: (i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, com as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições

---

<sup>2</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito**: Um suporte axiológico para a efetividade dos direitos fundamentais sociais. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2007.

<sup>3</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2007.

rígidas, portanto); e (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição. Essas três características são herdeiras do processo histórico que levou a Constituição de documento essencialmente político, e dotado de baixíssima imperatividade, à norma jurídica suprema, com todos os corolários técnicos que essa expressão carrega.

(...)

Do ponto de vista material, ao menos dois elementos caracterizam o neoconstitucionalismo e merecem nota: (i) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais; (ii) a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional.

Logo, numa realidade neoconstitucionalista, a Constituição é alçada ao centro do ordenamento jurídico e, detendo natureza de norma jurídica, é cogente, vinculando, nesse diapasão, a sociedade e os poderes constituídos de um Estado.

No bojo da Carta Magna, encontram-se direitos que, tendo em vista sua valoração pela sociedade, são tidos como fundamentais.

Dentre tal gênero de direitos fundamentais, podem ser destacados os prestacionais ou positivos que exigem, para sua devida efetivação, uma prestação estatal, isto é, um agir dos Poderes Públicos.

São exemplos de direitos fundamentais dessa natureza, os direitos sociais.

E é aqui que surge a questão da concretização ou materialização dos direitos fundamentais sociais.

Em face da inércia do Poder Público, questiona-se de que forma deve agir o Poder Judiciário na busca de cumprir o seu desiderato constitucional que, indubitavelmente, mais do que poder, trata-se de um dever a ser, por isso mesmo, necessariamente cumprido.

É inegável que não se pode deixar ao alvedrio do legislador infraconstitucional ou mesmo do poder público a efetividade de valores protegidos e previstos pelo legislador constitucional como sendo de imediata aplicação.

Caminhando nessa linha, não se pode olvidar que toda e qualquer norma constitucional possui eficácia jurídica. Nesse sentido, clássica é a lição do Professor José Afonso da Silva<sup>4</sup>

Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada. (...) Se todas têm eficácia, sua distinção, sob esse aspecto, deve ressaltar essa característica básica e

---

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ater-se à circunstância de que se diferenciam tão-só quanto ao grau dos seus efeitos jurídicos.

Ressalte-se que para se garantir a efetividade dos direitos fundamentais sociais, ao contrário do que ocorre com os direitos de defesa, faz-se necessário um agir dos poderes públicos, em vistas a materializar o valor declarado constitucionalmente.

A respeito da efetividade das normas constitucionais, Luis Roberto Barroso<sup>5</sup>, muito lucidamente, coloca que

É possível deixar assente que a perspectiva de um Direito Constitucional timbrado pela efetividade conduz a pressupostos que assim se resumem: 1) a Constituição, em prejuízo de sua vocação prospectiva e transformadora, deve conter-se em limites de razoabilidade no regramento das relações de que cuida, para não comprometer o seu caráter de instrumento normativo da realidade social; 2) as normas constitucionais têm sempre eficácia jurídica, são imperativas e sua inobservância espontânea enseja aplicação coativa; 3) as normas constitucionais devem estruturar-se e ordenar-se de tal forma que possibilitem a pronta identificação da posição jurídica em que investem os jurisdicionados; 4) tais posições devem ser resguardadas por instrumentos de tutela adequados, aptos à realização prática.

Durante o denominado período formalista, imperou, de forma absoluta, as ideias liberais advindas do iluminismo, em que não se admitia interferência do Estado, e, a fim de se proteger valores referentes a liberdade e a propriedade privada, pregava-se uma total abstenção do Estado o que, por si só, iria garantir uma efetiva concretização de direitos daquela natureza. Ocorre que a liberdade absoluta acabou trazendo mazelas diversas, o que, por consequência, após algumas décadas, ocasionou uma mudança dos anseios sociais, passando-se, então, a exigir um retorno da interferência do Estado, no sentido de amenizar as desigualdades geradas pelas décadas de vivência de abstenção estatal.

Porém, nunca é demais ressaltar que, infelizmente, nem sempre os poderes constituídos se esforçam em implementar de forma devida as políticas públicas necessárias para que seja obtida a plenitude da felicidade humana. Aliás, muitas das vezes o que se constata é que nem mesmo o básico para a vivência minimamente digna da vida é oferecido pelo Estado.

E, conforme dito, a questão posta ganha contornos polêmicos quando do início da discussão a respeito da atuação do Poder Judiciário na efetivação de direitos que exigem uma prestação por parte dos poderes públicos e estes de omitem em efetivá-los.

---

<sup>5</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 8 ed., Rio de janeiro: Renovar, 2006.

É nesse contexto, de necessária atuação do Judiciário na efetivação dos direitos sociais em caso de omissão dos poderes legislativo e executivo, que devem ser buscados parâmetros, limites e fundamentos que possam vir a legitimar a atuação do Poder Judiciário.

Valendo-se da argumentação descabida da teoria da reserva do possível, o Estado acaba se abstendo do seu dever constitucional de prover a sociedade de condições mínimas para a vivência de uma vida digna e feliz.

É nessa linha, que se defende uma atuação mais presente do Judiciário, conforme se extrai de passagem do professor Andreas Krell<sup>6</sup>

Na implementação das políticas sociais e no controle da qualidade das prestações dos serviços sociais básicos, com ênfase no novo papel, também político – dos juízes como criadores ativos das condições sociais na comunidade que já não combina mais com as regras tradicionais do formalismo.

Oportunamente, o Supremo Tribunal Federal brasileiro vem se atentando para essa nova realidade inaugurada com a promulgação da Constituição de 1988, proferindo, assim, decisões que sinalizam para um mais ativo posicionamento dos órgãos judiciários perante a omissão dos Poderes Públicos em efetivar direitos sociais.

Vejamos, nesse sentido, paradigmático voto proferido pelo eminente Ministro José Celso de Mello<sup>7</sup>, em que é proferida verdadeira aula sobre o tema

**É certo** - tal como observei no exame **da ADPF 45/DE**, Rel. Min. CELSO DE MELLO (**Informativo/STF** nº 345/2004) - **que não se inclui**, ordinariamente, **no âmbito** das funções institucionais do Poder Judiciário - **e** nas desta Suprema Corte, em especial - **a atribuição de formular e de implementar** políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “**Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), **pois**, nesse domínio, o encargo reside, **primariamente**, nos Poderes Legislativo **e** Executivo. **Impende assinalar**, contudo, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas **fundadas** na Constituição **poderá** atribuir-se, **ainda** que excepcionalmente, **ao Judiciário, se e quando** os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, **vierem a comprometer**, com tal comportamento, **a eficácia e a integridade** de direitos individuais **e/ou** coletivos **impregnados** de estatura constitucional, **como sucede** na espécie ora em exame. **Mais** do que nunca, Senhor Presidente, **é preciso enfatizar** que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, **qualifica-se** como expressiva **limitação** à discricionariedade administrativa. **Isso significa** que a intervenção jurisdicional, **justificada** pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, **tornar-se-á plenamente legítima** (**sem** qualquer ofensa, portanto, **ao postulado** da separação de poderes), **sempre que se impuser**, nesse processo de ponderação de interesses **e** de valores em conflito, **a necessidade** de fazer prevalecer a *decisão*

<sup>6</sup> KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 175-AgR/CE. **Voto do Ministro Celso de Mello**. Relator: Min. Presidente, Informativo 582.

*política fundamental* que o legislador constituinte **adotou** em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde.

É imbuído desses valores que o Poder Judiciário moderno deve se portar perante as insistentes omissões do Poder Público, fazendo valer, dessa forma, o texto constitucional.

Para isso, no caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 coloca à disposição da sociedade instrumentos judiciais idôneos, dentro os quais as ações do controle de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ação de descumprimento de preceito fundamental) e os remédios constitucionais (mandado de injunção, ação popular e ação civil pública) que devem ser utilizados pelos órgãos judiciais em toda a sua potencialidade.

Contudo, o atuar do Judiciário deve obedecer a parâmetros devidos, extraído-se daí, a legitimidade em seu agir.

Sob pena de cometimento de odiosas arbitrariedades é que se faz necessário que sejam traçados parâmetros para a atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos prestacionais, a partir dos quais serão totalmente legítimas as decisões criativas no intento de propiciar as realizações dos valores intencionados pela Constituição Federal.

### **3 A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

#### **3.1 A TEORIA DOS QUATRO *STATUS* DE JELLINEK**

Conforme afirma Robert Alexy<sup>8</sup> “o direito fundamental completo é um feixe de posições de diferentes conteúdos e diferentes estruturas”, isto é, os direitos fundamentais possuem múltiplas funções que são examinadas por Georg Jellinek em sua teoria dos *status*.

Os direitos fundamentais asseguram aos indivíduos diversas posições jurídicas em face do Estado, posições denominadas de *status* que qualificam o sujeito<sup>9</sup>.

Nesse diapasão, *status* negativo corresponde a uma esfera de liberdade individual imune à intervenção estatal. Cuida-se, assim, de liberdades asseguradas em face do Estado, comportando uma situação negativa ou de garantia frente à intervenção do Estado em algumas matérias<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 254.

<sup>9</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 133.

<sup>10</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 559.

O *status* passivo, ao contrário do *status* negativo, constitui o campo no qual o indivíduo se encontra em posição de sujeição ao Estado, isto é, dentro da esfera de obrigações e sujeito a deveres e não direitos<sup>11</sup>.

*Status* positivo, por sua vez, afirma Suzana de Toledo Barros<sup>12</sup>

(...) dota o indivíduo de capacidades jurídicas para exigir do Estado prestações positivas, ou seja, para reclamar para si algo a que o Estado está obrigado. É interessante notar, entretanto, que JELLINEK inclui nesse *status* também a possibilidade de o indivíduo exigir do Estado uma conduta de conteúdo negativo, ou seja, uma abstenção, quando se trate, por exemplo, de pretensão de impedi-lo de invadir seu *status* negativo. A competência do cidadão para reclamar a ação estatal envolve, portanto, pretensões de várias ordens, entre as quais as principais são: a pretensão de proteção jurídica e a de satisfação de interesses.

O *status positivo* forma com o *status passivo* uma via de mão dupla: enquanto neste é o indivíduo que possui obrigações para com o Estado, no *status positivo* é o Estado que as possui em relação ao cidadão.

Logo, extrai-se que pelo *status* positivo, ao indivíduo são franqueadas as instituições estatais para exigir do próprio ente estatal determinadas prestações que satisfaçam determinadas necessidades. Dessa maneira, tem-se uma situação positiva, da qual derivam direitos públicos subjetivos<sup>13</sup>.

Ao analisar a diferença entre *status* positivo e *status* negativo, Alexy<sup>14</sup> coloca que “o cerne do *status* positivo revela-se como o direito do cidadão, em face do Estado, a ações estatais”. Daí Jellinek declarar ser o *status* positivo exatamente o contrário do *status* negativo.

Por fim, pelo *status* ativo, “assegura-se ao indivíduo a possibilidade de participar ativamente da formação da vontade política estatal, como membro da comunidade política, o que se pode dar, por ex., por meio do voto”<sup>15</sup>.

Assim, após análise de cada *status* sistematizado por Jellinek, conclui-se que os direitos sociais se enquadram na categoria de *status positivo*, visto que detêm natureza prestacional, exigindo, dessa forma, uma atuação dos entes estatais em prol de uma real concretização.

Daí, a polêmica de sua efetivação, já que, hodiernamente, as omissões dos Poderes Executivo e Legislativo têm sido sanadas com a atuação do Poder Judiciário, fato que

<sup>11</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 133/134.

<sup>12</sup> BARROS, Suzana de Toledo. op. cit., p. 134.

<sup>13</sup> CUNHA JÚNIOR, **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 559.

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 265.

<sup>15</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p. 559.

traz discussões envolvendo suposta violação ao princípio da separação dos poderes e argumentos baseados na possibilidade de se concretizar apenas aquilo que estiver ao alcance financeiro do Estado.

Ver-se-á, adiante, a fragilidade desses posicionamentos, haja vista os valores resguardos pela Constituição Federal, que consolidou conquistas sociais há muito almeçadas pela sociedade brasileira.

### **3.2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Conforme visto, a partir de meados do século XX, isto é, após a segunda grande guerra mundial, a conceituação de direito ganha um aspecto valorativo que o remete aos ideais de justiça, moral e ética do jusnaturalismo, assim, aplicar o direito deixa de estar atrelado à obediência estrita às regras legais postas como válidas pelo ordenamento jurídico para significar a aplicação de justiça, ganhando relevo o conteúdo da norma que deve sempre ser pautada nos princípios de ética e moral.

Logo, após longo período em que o direito era tido como sinônimo de lei ou regra, adentra-se num referencial diverso, em que direito passa a estar umbilicalmente correlacionado à justiça, podendo-se afirmar que os dois conceitos – direito e justiça – de tão ligados um ao outro passam a ser dotados do mesmo significado, já que não se pode precisar sua diferenciação, sendo infinitos seus pontos em comum.

Dentre os direitos fundamentais, são os de natureza social que exigem prestação mais ativa e positiva por parte do Estado, ou seja, este não pode quedar-se inerte, devendo agir no sentido da plena concreção.

Nesse cenário, é de extrema relevância a atuação conjunta dos três poderes estatais, quais sejam, Executivo, Legislativo e Judiciário no intento de adimplir com as imposições constitucionais.

No que se refere, especificamente, ao papel do órgão jurisdicional, dúvidas inexistem de que não se pode mais admitir um juiz com postura tímida, desconectado com a realidade social e amarrado à letra fria da lei.

A esse respeito, expõe Paulo Cesar Santos Bezerra<sup>16</sup>:

---

<sup>16</sup> BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 209.

No que toca ao acesso à justiça, a postura do juiz é de suma importância. Um juiz apenas dogmático, preso às amarras de uma obrigação única de “julgar conforme a lei”, sem a percepção de que, apesar disso, nada o impede de optar por uma interpretação mais sociológica e mais justa, e por uma tomada de posição mais crítica, pode significar uma barreira intransponível para os jurisdicionados.

Acerca de uma atuação mais ativa e incisiva do Judiciário, afirma Paulo Cesar Santos Bezerra<sup>17</sup>:

Dogmático e lógico-formal, tendo na ênfase ao equilíbrio entre os poderes e à imparcialidade e neutralidade do Judiciário dois pilares fundamentais, esse modelo prestigia a lei como fonte primária e quase exclusivamente de regulação jurídica e como instrumento de racionalização das relações sociais, aceita o Estado como única fonte do direito, o qual é encarado como a cristalização de uma razão abstrata e atemporal, concebe a norma como ponto de equilíbrio entre interesses conflitantes e considera os juízes como simples aplicadores/executores dos padrões normativos vigentes, vinculando-os em sua ação interpretativa, negando-lhes qualquer poder criativo e impedindo que os tribunais exerçam e ditem as regras de conduta a partir de sua própria existência. Nada disso. Urge a substituição de uma magistratura pretensamente neutra e imparcial por uma atuação assumidamente política, o que não constitui contradição com a postura neutra em relação à solução do conflito. Neutra como julgador, politicamente assumido como hermeneuta e produtor de direito.

A atividade judicial não se reduz a mera aplicação do direito preexistente, sendo, na verdade, criativa, produtora de direito, como se evidencia mesmo na tão atacada doutrina kelseniana, onde a sentença aparece como um norma jurídica diversa daquelas gerais e abstratas em que costume se basear, e o ato de interpretação e aplicação do direito pelo juiz como integrante da política do direito, ao importar na opção por algum dos valores objetivamente consagrados nas normas positivas, reflete uma tábua de valores coincidente com a que elabora a sociedade.

E dando continuidade ao raciocínio, dispõe o citado autor<sup>18</sup>:

Uma visão crítica e discursiva acerca do direito, implica conceber o papel dos juízes como um papel criativo, interveniente, teleológico; como um papel que deve atender tanto ao conjunto de valores contidos nas normas e, fundamentalmente às garantias básicas consagradas em cada ordenamento, quanto aos efeitos sociais de sua aplicação. É claro que em sua tarefa hermenêutica deverão conjugar-se e articular-se elementos muito variados. É claro que hoje, mais do que ontem, deveriam preparar seus ouvidos para os rudes lamentos dos deserdados, dos vitimados pelo modelo hegemônico do neoconservadorismo e do neoliberalismo, imposto, agora, como disciplinamento *urbi et orbi*. É claro que se não padece de surdez deverá prestar atenção não somente à produção do direito, mas também à produção da justiça.

Ocorre que a atuação mais ativa do Judiciário acaba encontrando imensa resistência e críticas impregnadas de conceitos e noções pré-concebidas, arraigadas ao princípio da rígida separação dos poderes.

A verdade é que boa parte da doutrina sempre se valeu do “guarda-chuva” da teoria da separação rígida dos poderes, paradigma dominante durante todo o período

<sup>17</sup> BEZERRA, Paulo Cesar Santos. op. cit., p. 210/211.

<sup>18</sup> BEZERRA, Paulo Cesar Santos. op. cit., p. 216.

formalista, para refutar um agir mais ativo do magistrado na proteção dos direitos prestacionais.

E a teoria da separação dos poderes acaba sendo aplicada no contexto atual, tal qual foi aplicada naquele existente do século XVIII, desconsiderando a mudança de paradigma jurídico existente com a transição do Estado Legalista de Direito para o Estado Constitucional de Direito.

Durante mais de dois séculos, os fenômenos foram explicados sob a égide de um fundamento teórico que preponderou de maneira inquestionável, a teoria da rígida separação dos poderes.

Isso porque, ainda sob as inspirações de ideias iluministas e desejando fortalecer a segurança jurídica, a tese sistematizada por Montesquieu também vinha ao encontro da necessidade de impor limites ao poder outrora absoluto do Estado.

Nesse sentido, repita-se, o paradigma da separação rígida dos poderes dominou todo o período do formalismo jurídico, onde afloraram e se robusteceram os ideais liberais que correspondiam a uma atuação mecânica dos membros do Poder Judiciário ao exercerem suas funções, já que o sistema legal era tido como suficiente para resolver todas as questões postas.

Acontece que, como foi visto, a ilimitada liberdade ocasionou uma crescente desigualdade no seio da sociedade e propiciou o surgimento de diversas mazelas sociais. Os problemas surgidos causaram grande rachadura no antes inquebrável casco do liberalismo, gerando crise e colapso.

Nesse momento, é oportuno destacar as lições de Thomas Kuhn que afirma ser a crise pré-condição para o surgimento de novas ideias concepções de um novo paradigma. Crise esta que ocorrerá sempre que os ideais do paradigma dominante sejam incipientes para resolver os problemas surgidos *a posteriori*. A essa insuficiência de condições para se resolver os problemas, Kuhn designa de anomalias que são o mote para o desencadeamento das crises de um paradigma<sup>19</sup>.

A condição para o surgimento de uma nova tese, de uma nova teoria, de um novo paradigma dominante é o enfraquecimento e posterior rejeição do paradigma reinante, ou seja, na ocasião em que o paradigma não se preste mais a solucionar os problemas que se põem a sua frente, funcionando de maneira defeituosa, eclode uma crise, momento em que o cientista passa a buscar novas explicações, novos princípios, novas teorias, o que resulta numa

---

<sup>19</sup> KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

reconstrução da ciência, numa reestruturação da própria investigação, fato denominado por Kuhn de revolução científica<sup>20</sup>.

Daí, pode-se afirmar, efetuando uma correlação com os ensinamentos de Kuhn, que o paradigma da fruição de uma liberdade total e absoluta por parte dos indivíduos e da não intervenção estatal entrou em crise, propiciando o surgimento de outro paradigma que viesse a tomar o posto outrora ocupado pelo formalismo jurídico.

Surge, assim, o Estado de Bem-Estar Social que teve como pilar o retorno do Estado interventor direcionado a conter a desigualdade social existente e promover políticas públicas que viessem a propiciar uma vivência mais digna a todos, na conformidade dos ditames constitucionais.

E a atuação do Poder Judiciário deve se reproduzir à luz desse Estado Social, em que a efetivação dos direitos fundamentais sociais detém enorme importância para o alcance da plena felicidade humana.

Acerca dessa questão, dispõe Paulo Cesar Santos Bezerra<sup>21</sup>:

Os juízes, historicamente, foram tidos como meros aplicadores do direito posto, da legislação que se coloca à sua disposição. Alguns mitos precisam ser desfeitos.

O papel do juiz é muito forte como agente da jurisprudência, evidente que sem descaracterizar a importância do agente provocador, detonador, balizador de todo o processo de onde emerge o ato decisório, a saber, o advogado e o promotor de justiça.

O juiz moderno não é mais este pequeno burguês com sede de poder que, em determinado momento de sua vida, resolve ingressar na casta da magistratura.

Ainda em relação a objeções acerca de um ativo agir do Judiciário, existe uma corrente doutrinária e jurisprudencial pátria que se vale da malfadada teoria da reserva do possível para se eximir em cumprir com o desiderato constitucional.

A teoria da reserva do possível foi importada da doutrina e jurisprudência germânica que entendem depender a concretização dos direitos fundamentais de recursos públicos disponíveis para tanto, estando a decisão sobre a composição orçamentária na esfera de discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo<sup>22</sup>.

Ocorre que a realidade política/econômica/cultural/social/fática da Alemanha é totalmente diversa daquela vivenciada pelo Brasil.

---

<sup>20</sup> KUNN, Thomas S. op. cit.

<sup>21</sup> BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 205/206.

<sup>22</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

Enquanto na Alemanha a discussão se pauta na universalização do ensino superior público de excelência, o Brasil ainda se esforça em oferecer o mínimo de qualidade para o ensino fundamental.

Logo, não se pode transpor uma teoria fático/jurídica de um país que já atingiu a plenitude do desenvolvimento humano para um outro que ainda não implementou o Estado Providência sem proceder às adaptações necessárias ou imperiosas<sup>23</sup>.

Nesse sentido, somente se pode aceitar ponderações a respeito de orçamento ou possibilidade financeira, caso o Estado esteja prestando o mínimo existencial para a vivência humana com dignidade.

Do contrário, ou seja, caso os entes estatais estejam se furtando de prestar o básico ou mínimo vital para o atendimento do princípio da dignidade da pessoa humana, o Judiciário deverá agir com afinco no sentido de coibir esse descabido argumento, compelindo os demais poderes a atuar no sentido de promover os valores constitucionais fundamentais.

Nesse sentido, são brilhantes as considerações de Dirley da Cunha Júnior<sup>24</sup>

Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente excluídos e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontram trabalho e permanecem escravos de um sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo *reserva do possível*. Não se trata de desconsiderar que o direito não tem a capacidade de gerar recursos materiais para sua efetivação. Tampouco negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe. Não é este o caso, pois aquele “algo” existe e sempre existirá, só que não se encontra – este sim é o caso – devidamente distribuído! Cuida-se, aqui, de se permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do poder público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamentos de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República; gastos em publicidade, etc.) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existências.

Na mesma linha, Andreas Krell afirma<sup>25</sup>

E se os recursos não forem suficientes, deve-se retirá-lo de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço de dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligadas aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde.

---

<sup>23</sup> KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 54.

<sup>24</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., 436.

<sup>25</sup> KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 53.

E refutando com maestria os argumentos fundantes da teoria da reserva do possível, Krell<sup>26</sup> coloca que

(...) o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero; a subordinação aos “condicionantes econômicos” relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados “direitos de segunda categoria”.

O Poder Judiciário assume, no período neoconstitucionalista, uma função crucial, ressaltando-se que o princípio da separação dos poderes deve ser analisado sob um viés que valorize a interpretação construtiva judicial e que teorias descabidas, como a reserva do possível, devem ser rechaçadas caso não se tenham adimplidas as condições mínimas para uma vivência digna dos membros da sociedade.

#### **4 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM FACE DAS OMISSÕES DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO**

É crescente a discussão envolvendo a possibilidade de uma atuação mais ativa e presente do Poder Judiciário em prol da efetivação dos direitos sociais fundamentais dentro de um Estado Constitucional de Direito em face das omissões dos Poderes Executivo e Legislativo em efetivar os direitos fundamentais sociais.<sup>27</sup>

Porém, antes mesmo de adentrar ao mérito dessa discussão, se faz necessário reiterar informações fundantes a respeito da evolução da linha de pensamento doutrinário envolvendo questões e conceitos cruciais relacionados ao tema.

No último quarto de século XVII, explode, na Inglaterra, um movimento denominado de Revolução Gloriosa, cujo grande legado foi a imposição de limites à então déspota monarquia do Estado Absolutista.

Aproximadamente um século após, eclodiu na França um movimento que logo repercutiu em boa parte da Europa Ocidental e no novo mundo das Américas denominado de iluminismo.

Tornava-se urgente substituir os conceitos e diretrizes da teoria do “*the king can do no wrong*” pela teoria da responsabilização do detentor do poder, subordinando-o à legislação do Estado.

---

<sup>26</sup> KRELL, Andreas J. op. cit., p. 54.

<sup>27</sup> GARCIA, Emerson. **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Nesse diapasão, no ano de 1748, o filósofo Charles-Louis de Secondat, mais conhecido como o Barão de Montesquieu publica uma obra que se perpetuaria como um grande legado para a humanidade, o “Espírito das Leis”, em que sistematiza a teoria da separação dos poderes, estabelecendo que o poder uno do Estado atua por meio de funções precípua, quais, sejam, executiva, legislativa e jurisdicional, sendo que cada qual é independente e deve conviver em harmonia uma com as outras, no que ficou conhecido como o sistema de “freios e contrapesos”.

Nesse sentido, os Estados de Direito, a partir de então, foram criados, pautando-se pela rígida distribuição dos poderes, sendo criados órgãos do executivo, do legislativo e do judiciário, cada qual com uma função específica e determinada, não havendo, em nenhum sentido, sobreposição de um sobre qualquer dos outros.

Tal ocorrência corroborou para a estabilização da segurança e firmamento do direito dentro de cada Estado, além de ser um dos alicerces para a construção da democracia nos países.

Isso porque, os chamados direitos de defesa que, de acordo com Dirley da Cunha Júnior<sup>28</sup> “são aqueles que demarcam um âmbito de proteção do indivíduo, pondo-o a salvo de qualquer investida abusiva por parte do Estado” dos quais fazem parte a liberdade, vida e direitos políticos, passaram a ser protegidos por esse Estado inerte que, ao abster-se (liberdade negativa), propiciava uma efetivação dos valores buscados pela sociedade de então (liberdade positiva).

O princípio da separação dos poderes, ao transformar o magistrado num mecânico, mero aplicador do direito proposto pelo executivo e criado pelo legislativo, atingia seu auge. A sensação de segurança saciava o desejo dos cidadãos na busca da efetivação de seus direitos.

Foram décadas, mais de século, de preponderância do direito legal. O poder absoluto do monarca foi substituído pelo poder absoluto da lei. Ao magistrado não cabia analisar a justeza do que viesse no conteúdo a lei, mas sim aplicá-la, por subsunção, ao caso concreto que se postasse diante de si.

---

<sup>28</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito**: Um suporte axiológico para a efetividade dos direitos fundamentais sociais. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2007.

Afirma o professor Dirley da Cunha Júnior<sup>29</sup> que “O constitucionalismo moderno, forjado no final do século XVIII a partir dos ideais iluministas da limitação do poder, permaneceu inquestionável entre nós até meados do século XX (...)”.

Evidentemente, como ocorre em qualquer situação em que a opção por um modelo que flerta com o radicalismo se faz presente, logo as mazelas resultantes do sistema escolhido se puseram diante de olhos incrédulos daqueles que acreditavam ser aquele o sistema perfeito a ser seguido.

Dessa maneira, a sociedade do século XIX foi testemunha do recrudescimento da desigualdade entre as classes, com uma exploração cada vez mais acintosa dos menos favorecidos por aqueles detentores do poder econômico.

Nesse sentido, a ausência do Estado trouxe em seu bojo o aumento, em progressão geométrica, da miséria social de um número significativo de cidadãos que, então, passaram a ocupar cativamente um lugar marginal no âmbito da comunidade.

O tratamento meramente formal do ordenamento jurídico, e a desconsideração dos direitos sociais fundamentais encontraram o fim da linha durante o século XX<sup>30</sup>.

Isso porque, após o trauma das atrozidades e odiosas violações a direitos básicos inerentes a pessoa humana cometidos pelo regime nazi-fascista durante toda a segunda grande guerra mundial, houve o surgimento de um novo paradigma constitucional que alçou a Constituição para o centro do ordenamento jurídico, reforçando o entendimento de ser esta a mais relevante norma disseminadora dos valores fundamentais de uma sociedade e fonte de validade e interpretação para todos os demais instrumentos normativos.

Visualizou-se, assim, a transição de um Estado Legalista de Direito, preocupado apenas com o aspecto formal do ato normativo, descuidando dos valores transmitidos pela norma, para um Estado Constitucional de Direito, que somente admite uma norma como válida após cuidadosa análise de seus aspectos formais e materiais, realçando, assim, o aspecto valorativo e normativo da Constituição.

Logo, mereceu especial proteção das Constituições, a partir daí, uma diversidade de direitos fundamentais, entre os quais devem ser ressaltados os direitos sociais, por possuírem valores inerentes a dignidade da pessoa humana, como a saúde, educação e assistência social.

Ocorre que os direitos sociais, diferentemente do que se percebe com os direitos de defesa, detêm característica eminentemente prestacional ou positiva, ou seja, para que

---

<sup>29</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 39.

<sup>30</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p. 40.

sejam concretizados, materializados, trazidos do plano teórico para o plano dos fatos é necessário um agir do Estado.

Ora, norma jurídica que é a norma constitucional possui natureza coercitiva, de obrigatória aplicação. Logo, o Poder Público não pode olvidar de seu dever-poder, devendo implementar o que estiver preceituado normativamente. Não se trata de mero favor concedido pelo Estado, ao contrário, está-se diante de verdadeiro direito subjetivo daqueles que detêm a titularidade dos valores calcados na Constituição.

E o debate ganha contornos controversos quando da discussão a respeito do agir do Poder Judiciário dentro desse cenário, já que, nesse caso, a própria legitimidade dessa atuação é questionada na medida em que o órgão judiciário adentra em questões de política pública que tradicionalmente sempre estiveram inseridas na designada discricionariedade administrativa.

Indaga-se, nessa linha, o que deve ser feito nas ocasiões em que os Poderes Legislativo e Executivo se abstêm do cumprimento daquilo que está preceituado em normas constitucionais.

Nesse ponto, há um viés argumentativo que se pauta na impossibilidade de atuação judicial, sob o manto do princípio da segurança jurídica absoluta, teoria sistematizada há mais de dois séculos.

Vê-se, dessa forma, que o dogma da interpretação formalista das normas contamina sobremaneira a forma de se pensar a efetividade dos direitos fundamentais sociais, visto que sob o pretexto da impossibilidade de atuação mais ativa do Poder Judiciário, abre-se azo a toda forma de abstenção do Poder Público, tornando-se letra morta a proteção constitucional a direitos tão relevantes à sociedade e umbilicalmente ligados a dignidade humana.

Nesse sentido, pontua Andreas Krell<sup>31</sup> que

podemos observar, até os dias de hoje, uma maneira extremamente formal de argumentação em grandes partes da doutrina e jurisprudência do Brasil, que se concentra quase que exclusivamente em aspectos lógico-formais da interpretação jurídica e não permite a influência de pontos de vista valorativos, ligados à justiça material.

---

<sup>31</sup> KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 72.

Contudo é evidente que ao Judiciário, poder constituído, também é direcionada a obrigatoriedade em cumprir com os deveres estatais constitucionais, dentre os quais, a efetivação dos direitos fundamentais.

Nessa linha, a Constituição traça parâmetros os quais devem pautar a atuação judicial.

O Judiciário deve atuar sempre no sentido de se preservar os valores constitucionais garantindo a perpetuação da própria democracia que, por sua vez, não se resume na simples deferência absoluta à vontade da maioria, mas, também à proteção dos direitos fundamentais de minorias circunstanciais que não podem, em hipótese alguma, ser dizimados.

Eduardo Appio<sup>32</sup> coloca que “Após o término da Segunda Guerra Mundial, a necessidade de proteger as minorias foi reforçada pela constatação de que existe uma propensão do ser humano a exercer o papel de opressor”.

Não se deve, por óbvio, olvidar das escolhas políticas do parlamento e do executivo que devem ser respeitadas pelos juízes, a menos que haja alguma inaceitável violação ao texto constitucional.

Barroso<sup>33</sup>, brilhantemente, afirma, nesse sentido:

Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.

Os magistrados não devem agir com uma visão política própria ou despota, devendo se basear na ordem jurídica do Estado que seja validamente criada e esteja em consonância com os valores constitucionais.

Contudo, imagine-se, hipoteticamente, que um ato popular e aceito socialmente, porém violador de princípios constitucionais, tenha sido proferido pelo Poder Público.

Nessa situação, é de se indagar qual seria a postura a ser tomada pelo Poder Judiciário em face do ato em questão, caso seja provocado para tanto.

---

<sup>32</sup> APPIO, Eduardo. **Direito as minorias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 196.

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2008-dez-2/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=2](http://www.conjur.com.br/2008-dez-2/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2). Acesso em 20 de maio de 2011.

A resposta é simples, mas extremamente relevante à preservação do Estado Democrático de Direito: os juízes devem atuar em prol do respeito aos ditames constitucionais, mesmo que adotem medidas em desconformidade com um eventual clamor social.

Nessa linha, afirma Barroso<sup>34</sup>

Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia.

Em situações que envolvem omissões do Estado na prestação de políticas públicas, o Judiciário sempre agirá nas ocasiões em que o mínimo vital não tenha sido respeitado.

Valiosas são as palavras de Ana Paula de Barcellos<sup>35</sup>

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Ainda no que se refere à discricionariedade administrativa e atuação do Poder Judiciário nessa esfera, Andreas Krell<sup>36</sup>, precisamente, coloca que

---

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2008-dez-2/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=2](http://www.conjur.com.br/2008-dez-2/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2). Acesso em 20 de maio de 2011.

<sup>35</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

<sup>36</sup> KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes

(...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.

E, por fim, acerca da vinculação do próprio administrador aos deveres constitucionais que dizem respeito a concretização das políticas públicas constitucionais, afirma Luiza Cristina Fonseca Frischeisen<sup>37</sup>

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.

---

<sup>37</sup> FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 97.

Logo, não se pode admitir uma indiferença por parte dos Poderes Públicos em relação à concretização dos direitos fundamentais, sendo a omissão uma verdadeira erosão à força normativa da Constituição<sup>38</sup>.

Os magistrados devem agir de forma construtiva e renovada quando procedem a interpretação do texto constitucional e, sendo assim, devem robustecer os instrumentos judiciais previstos pela Carta Magna, em especial as ações constitucionais (ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção, a ação de descumprimento de preceito fundamental, a ação popular, o mandado de segurança e a ação civil pública).

Nesse sentido, a atuação do Poder Judiciário no âmbito da efetivação dos direitos fundamentais nada mais é do que o cumprimento da vontade constituinte.

Com relação ao alcance da atuação judicial em caso de omissões dos demais poderes, afirma Dirley da Cunha Júnior<sup>39</sup> que

a atuação do Poder Judiciário estaria sujeito a limites, já que este não poderia dispor sobre matérias que envolvessem projetos de códigos, de leis restritivas de direitos, ou as relacionadas a projetos de leis de princípio institutivo, como as que dizem respeito a certas organizações. Tais hipóteses, no entanto, seriam exceções.

O Judiciário deve exercer uma atuação criativa e integrativa no momento em que há uma omissão inconstitucional por partes dos poderes executivo e legislativo, isso porque a discricionariedade desses poderes cessa no momento em que se omitem de seus deveres constitucionais, não havendo, por isso, que se falar de afronta ao princípio da separação dos poderes.

Assim, Ana Cristina Costa Meireles<sup>40</sup> defende que “não atuar não está na esfera da discricionariedade”.

No mesmo sentido, destaca José Marinho Paulo Júnior<sup>41</sup> que “a discricionariedade administrativa não pode equivaler a uma espécie sórdida de imunidade judicial”.

Logo, em face do que foi esposado, pode-se depreender que o Poder Judiciário, no seio de um Estado Democrático de Direito, deverá pautar sua atuação em favor da máxima efetivação dos direitos fundamentais.

---

<sup>38</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial da omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva: 2004, p. 360/361.

<sup>39</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p. 548/549.

<sup>40</sup> MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 455.

<sup>41</sup> PAULO JÚNIOR, José Marinho. **O poder jurisdicional de supressão de omissões e o acesso à justiça e aos direitos fundamentais minoristas**. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Isso porque, a fim de ter concretizados os seus valores, a Constituição subordina todos os entes estatais aos seus dispositivos, impondo condutas que devem, imperativamente, ser tomadas no intento de promover, na plenitude, a felicidade humana.

Dessa forma, diante das omissões inconstitucionais dos Poderes Executivo e Legislativo, os magistrados, através do exercício de uma interpretação criativa e coadunada com os ditames constitucionais, detêm o dever-poder de atuar pela expansão e afirmação dos direitos em prol da consolidação cada vez mais firme e densa dos valores democráticos.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto, algumas conclusões são extraídas, senão vejamos:

- a) O período do Estado Legalista de Direito, vigente entre os séculos XVIII a XX, tomava a lei formal como sendo o centro do ordenamento jurídico, desconsiderando qualquer aspecto inerente à justiça, moral ou ética.
- b) Após o aparecimento de graves mazelas sociais e econômicas, esse Estado pautado na lei formal cedeu lugar a novos ideais, arraigados na justiça, momento em que a Constituição passou a ocupar o centro do ordenamento jurídico, sendo tal período denominado neoconstitucionalista, onde valores inerentes a dignidade da pessoa humana se sobressaíram, exigindo nova forma de pensar a efetividade dos direitos fundamentais prestacionais.
- c) Nesse novo contexto, os entes estatais, vinculados que estão aos preceitos previstos na Constituição, possuem o dever-poder de efetivar os valores fundamentais dispostos pela ordem constitucional.
- d) Ocorre que, em diversas ocasiões, os Poderes Executivo e Legislativo se omitem em efetivar os dispositivos que exigem uma prestação positiva por parte do Estado, caso da concretização dos direitos fundamentais sociais.
- e) A atuação do Poder Judiciário no intento de cumprir com seu desiderato constitucional não deve mais se calcada em preceitos presentes no Estado Liberal do século XVIII, contexto em que foi sistematizada por Montesquieu a teoria da rígida separação dos poderes. Logo, este valioso princípio deve ser repensado à luz do hodierno neoconstitucionalismo, paradigma que se pôs dominante a partir de meados do século XX.
- f) Da mesma forma, não se pode admitir uma aplicação meramente simplista da teoria da reserva do possível, haja vista que o Estado está compelido constitucionalmente a

oferecer o mínimo existencial para uma vivência humana digna, não podendo escusar-se de seu cumprimento com base em falaciosos argumentos orçamentários.

- g) O magistrado, nesse diapasão, deve pautar seu agir sempre fundado em preceitos valorativos, em que o alcance da felicidade humana deve ser a máxima a ser alcançada pelos poderes constituídos, sendo seus limites e parâmetros de atuação estabelecidos pela Constituição Federal.

Enfim, a pesquisa teve o escopo de analisar os aspectos inerentes à efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário em caso de omissões dos Poderes Executivo e Legislativo, a fim de que sejam cumpridos os dispositivos previstos pela Constituição Federal de 1988.

Para isso, foram analisadas diversas questões correlacionadas com o tema – entre as quais merecem destaque a teoria da reserva do possível e o princípio da separação dos poderes – estando ambas inseridas no contexto paradigmático vigente do neoconstitucionalismo.

Assim, se pôde observar que o Judiciário detém, ao lado dos demais poderes estatais, o dever constitucional de propiciar uma máxima efetividade dos valores inerentes a dignidade do ser humano, em especial dos direitos fundamentais sociais, razão pela qual deve agir sempre que houver uma indevida omissão estatal na prestação desses essenciais valores da sociedade brasileira.

Logo, depreende-se que a legitimidade da atuação do Poder Judiciário é extraída da própria ordem constitucional, cuja finalidade fundamental é promover a felicidade humana.

## **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

APPIO, Eduardo. **Direito as minorias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 20 de maio de 2011.

\_\_\_\_\_. Luís Roberto. **O direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira.** 8 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 175-AgR/CE. **Voto do Ministro Celso de Mello.** Relator: Min. Presidente, Informativo 582.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível.** In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais.* 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

\_\_\_\_\_. **Controle judicial da omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição.** São Paulo: Saraiva: 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: Um suporte axiológico para a efetividade dos direitos fundamentais sociais.** In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais.* Salvador: Juspodivm, 2007.

DWORKIN. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

GARCIA, Emerson. **A efetividade dos direitos sociais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Porto Alegre: Safe, 1991.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais.** Salvador: Juspodivm, 2008.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais.** Salvador: Juspodivm, 2008.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis.** Tradução de: Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia de direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PAULO JÚNIOR, José Marinho. **O poder jurisdicional de supressão de omissões e o acesso à justiça e aos direitos fundamentais menoristas**. In: GARCIA, Emerson (Coord.). A efetividade dos direitos sociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra as omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA RAMOS, Elival da. **Ativismo Judicial**. Parâmetros Dogmáticos do Ativismo Judicial em Matéria Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010.