

ATIVISMO JUDICIAL E DIREITOS SOCIAIS

Marcus Gouveia dos Santos¹

1) INTRODUÇÃO



O presente trabalho tem como objetivo analisar o ativismo judicial quanto aos direitos sociais previstos na Constituição Federal, tendo como norte a realidade brasileira. Para tanto, será analisada a teoria do direito, notadamente a concepção jusnaturalista, positivista e doutrinas pós- positivistas, para assim se verificar a função dos valores éticos e morais para o direito e demarcar os limites do intérprete ao desvendar os sentidos do texto normativo.

Em uma segunda parte, serão estudados os direitos sociais, ocasião em que será abordada a estrutura normativa dos direitos sociais previstos na Constituição, os deveres do Estado, a classificação das normas constitucionais quanto a sua eficácia, a reserva do possível, o mínimo existencial, a vedação do retrocesso social, o princípio da separação de poderes e o princípio democrático, para assim se concluir sobre possibilidade da existência de um direito subjetivo a exigir judicialmente uma prestação social do Estado. Em consequência, será possível definir o ativismo judicial quanto aos direitos sociais e questionar sua legitimidade.

Registre-se que a discussão acerca da eficácia e da efetividade das normas de direitos fundamentais sociais tem grande importância no contexto histórico atual. Nos países em desenvolvimento clama-se por uma maior justiça social, com a intromissão do Estado na função de garantir amplo acesso a

¹ Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito de Lisboa; Procurador do Município do Rio de Janeiro; Advogado.

bens sociais^{2 3}. Especificamente no Brasil, questiona-se a intervenção judicial em políticas públicas e a demarcação de limites ao Poder Judiciário na concretização de direitos sociais. Nesse sentido, há a proposta de Emenda Constitucional n 33/2011, que aumenta para quatro quintos o número de votos necessários para a declaração de inconstitucionalidade de lei e submete a eficácia das Súmulas Vinculantes e das declarações de inconstitucionalidade de Emendas Constitucionais à aprovação do Congresso Nacional.

Já em países desenvolvidos, como na Europa onde é notória a redução de custos com direitos sociais, há uma crescente discussão sobre a sustentabilidade do Estado Social. Aqui a questão muda de foco, agora não seria o Judiciário a concretizar direitos sociais, mas sim a impedir que sejam suprimidos os avanços sociais já implementados. Em Portugal, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade de alguns artigos da lei orçamentária pelo Tribunal Constitucional mereceu críticas do Primeiro Ministro, alegando que a decisão judicial inviabilizaria o orçamento de 2013⁴. No Acórdão 187/2013, o Tribunal Constitucional entendeu que alguns artigos da lei do orçamento de 2013, que consolida uma política pública de cortes de direitos sociais para fins de ajuste fiscal, violariam preceitos da

² Segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) “um quinto da população do mundo em desenvolvimento se deita com fome todas as noites, um quarto carece de acesso mesmo a bens de primeira necessidade como água potável e um terço vive em condições de abjeta pobreza. In “Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento”, Human Development Report – Oxford University Press, pag. 2.

³ Ainda segundo os dados do órgão da ONU, “mais de mil milhões e meio de pessoas carecem de acesso a água potável e saneamento básico, cerca de 500 milhões de crianças não tem acesso sequer a educação primária; e mais de mil milhões de adultos não sabem ler nem escrever.” In “Ficha Informativa sobre Direitos Humanos” n 16 – Rev. I, Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, pág. 6.

⁴ De acordo com entrevista publicada no jornal eletrônico “Diário de Notícias” do dia

07/04/2013:http://www.dn.pt/especiais/interior.aspx?content_id=3152279&especial=Or%E7amento%20do%20Estado%202013&seccao=ECONOMIA

Constituição Portuguesa.

Desta feita, não se olvida dos sérios problemas sociais enfrentados por toda sociedade mundial atualmente, entretanto, o presente estudo tem como objetivo questionar a intervenção do Poder Judiciário no tocante a concretização de direitos sociais.

2) TEORIA DO DIREITO E HERMENÊUTICA JURÍDICA

2.1) POSITIVISMO

O positivismo jurídico tem como objeto de dogmática as normas jurídicas vigentes em determinado Estado e em um período específico. Segundo essa concepção, as relações jurídicas e os direitos somente seriam reconhecidos a partir da formação do Estado e de sua positivação no ordenamento jurídico, na medida em que seria baseado no direito decidido e não teria compromisso com ideais moralistas, éticos ou filosóficos.⁵

O positivismo jurídico clássico do Século XVIII e XIX, com base no primado da lei, teve seu ápice com o Estado Liberal, altura na qual a burguesia ansiava por conter o Poder Absolutista do monarca e os privilégios feudais⁶. Com a hegemonia do parlamento, representado basicamente pela nova classe burguesa, a lei foi uma forma de limitar os poderes estatais frente ao cidadão e de assegurar uma igualdade formal de tratamento perante a lei.⁷ No positivismo clássico havia a desvalorização da Constituição como norma jurídica, havendo uma supremacia da lei no sistema das fontes do direito. Ademais, se pregava o

⁵ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 155.

⁶ in “Teoría de la Constitución”, Carl Schmitt, versão espanhola de Francisco Ayala, Alianza Universidad Textos, Alianza Editorial, 1996, páginas 70-74.

⁷ in “História das Idéias Políticas”, Diogo Freitas do Amaral, Volume II, Lisboa 1998, pág. 91-104.

total afastamento entre o direito e a moral, assim o Juiz seria mero aplicador da lei, faria mera subsunção do fato à norma, sem qualquer juízo de valor. Não havia atividade criativa na interpretação, uma vez que os juízes seriam meros repetidores da literalidade da lei⁸, em que havia um predomínio do método gramatical de interpretação, da subsunção mecânica e a busca pela vontade do legislador, através da construção teórica da Escola da Exegese na França e da Jurisprudência de Conceitos na Alemanha. Nesse sentido, a Jurisprudência de Interesses representa uma primeira crítica ao positivismo clássico, no qual imperava a subsunção mecânica. Esta Escola Hermenêutica defendia a relevância do método histórico e teleológico de interpretação, nos quais para se interpretar o sentido da lei se deveria ter em conta os interesses históricos da sociedade e a finalidade da própria norma.⁹

Mas foi a partir da concepção da rigidez constitucional e com o controle de constitucionalidade das leis exercido pelos Tribunais Constitucionais que o papel do intérprete ganhou expressão e a lei deixou de ser o centro das fontes do direito.¹⁰ Tais fatos não importariam em uma superação do positivismo jurídico, mas sim uma evolução do positivismo clássico na qual o papel do intérprete era de simples subsunção mecânica do fato a norma. A idéia central do positivismo estaria mantida, uma vez que permaneceu o primado dos atos normativos estatais como principal fonte do direito, sendo certo que enquanto o positivismo clássico se baseava no primado da lei, o positivismo atualizado tem como base a Constituição. Disto resulta que a Constituição como centro do sistema jurídico não se con-

⁸ Segundo Montesquieu, os juízes “são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei”. In “O espírito das leis”, São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, v.1, pág. 170.

⁹ in “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”, Claus-Wilhem Canaris, 5ª Ed., Editora Fundação Calouste Gulbenkian, tradução A. Menezes Cordeiro, págs. IX – XVI; 28-38; 55- 66.

¹⁰ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Morais, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 155.

trapôs ao paradigma do primado das normas estatais, que configura o cerne da teoria positivista.

Em fins do século XIX, surge o positivismo normativo idealizado pela Escola de Viena. Segundo Hans Kelsen, em seu livro “Teoria pura do Direito”, o direito objetivo seria um sistema de normas integradas entre si, no qual não haveria incompletude e não haveria normas incompatíveis umas com as outras. A norma inferior retiraria seu fundamento de validade na norma hierarquicamente superior, tendo como ápice da estrutura normativa a norma hipotética fundamental pressuposta. Esta última não seria revelada e seria aceita como fundamento de validade e unidade da ordem jurídica¹¹. Ademais, a ciência jurídica deveria ser afastada da moral e não haveria previsão de princípios jurídicos. A principal crítica que se faz à Teoria de Kelsen seria a de que se funda em uma norma pressuposta e não em uma norma de direito decidido, bem como supõe uma concretização da norma de hierarquia superior por normas mais densas de nível inferior, que inexistem nas funções administrativas e judiciárias uma vez que não desempenham função normativa. Se não bastasse isso, o sistema de normas desconsidera o processo de decisão estatal consistente na produção, aplicação e fiscalização das normas, ou seja, quem produz, aplica e fiscaliza a validade das normas jurídicas.¹²

A doutrina do positivismo jurídico normativista de Kelsen subdividiu-se em várias vertentes. Dentre estas pode ser citado o positivismo exclusivista, na qual há a defesa de absoluta exclusão da influência da moral no direito. Nesse sentido, criticam a estrutura de Kelsen baseada em uma norma hipotéti-

¹¹ in “Teoria Pura do Direito”, Hans Kelsen, coleção studium, 1962, páginas 88-89. Segundo Kelsen, a *Grundnorm* “não é uma norma posta através de um acto jurídico, mas (...) uma norma pressuposta, pressuposta sempre que o acto em questão seja de entender como acto constituinte, como acto criador da Constituição, e os actos postos com fundamento nesta Constituição como actos jurídicos”.

¹² in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 155 e 195.

ca pressuposta, uma vez que esta seria uma norma não positivada e derivada da aceitação de um ato de crença, o que significa que tal concepção de Kelsen seria contrária a neutralidade axiológica que caracteriza o positivismo. Segundo os positivistas exclusivistas, entre os quais o seu maior expoente seria Joseph Raz¹³, a existência e o conteúdo da norma jurídica dependem de fatos sociais, mas não dos juízos de ordem moral. Assim, a moral teria um valor extrajurídico e não poderia constituir referência de validade ou constitucionalidade.¹⁴ No entanto, tal vertente positivista seria criticada ao desconsiderar que a Constituição pode incorporar valores morais como normas jurídicas e, por isso, estes poderiam constituir parâmetros de validade.¹⁵

Já o positivismo decisionista de Carl Schmitt critica a noção de norma hipotética pressuposta, estabelecendo que a decisão política constituinte seria a fonte de todo o ordenamento jurídico. Desta maneira, o fundamento do direito seria uma decisão política fundamental fundada no exercício da soberania¹⁶. Entretanto, ao dar grande relevância a soberania e a decisão política do poder constituinte, acabou por desconsiderar o papel dos Tribunais Constitucionais como intérpretes e atualizadores da Constituição.¹⁷

De outro ponto, o positivismo inclusivo resultou de uma aproximação do positivismo normativo com o institucionalismo. A partir daí, por construção principalmente de Hebert Hart,

¹³ in “Incorporation by Law”, Joseph Raz, *Legal Theory*, vol. 10, publicado pela Universidade de Cambridge, 2004, páginas 1-17. O autor crítica a concepção do positivismo inclusivo, defendido por Hart, Jules Coleman e S. Shapiro, de que a moral poderia ser incorporada pela lei e constituir referência de validade.

¹⁴ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Morais, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 157-159.

¹⁵ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Morais, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 195.

¹⁶ in “Teoría de la Constitución”, Carl Schmitt, versão espanhola de Francisco Ayala, Alianza Universidad Textos, Alianza Editorial, 1996, páginas 45-47; 66; 93-94.

¹⁷ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Morais, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 162-165; 196-197.

passou-se a admitir que a ordem jurídica pudesse ter como fundamento de validade não somente elementos de ordem fática, mas também princípios de justiça e valores de ordem moral. Assim, a existência e o conteúdo das normas jurídicas seriam dependentes dos fatos sociais, que eventualmente poderiam externar valores morais. Quando esses valores morais fossem incorporados pela Constituição e fossem declarados por esta como fundamento de validade das normas inferiores, a moral teria caráter jurídico vinculante¹⁸. Outrossim, diante de lacunas jurídicas, o poder judiciário poderia excepcionalmente decidir discricionariamente, com base em razões extra-jurídicas¹⁹. Esta concepção dá margem ao papel criativo do intérprete, principalmente diante de enunciados normativos que comportem várias interpretações, notadamente para se desvendar o significado dos princípios positivados na Constituição.²⁰

Em consequência, o positivismo atual incorporou o papel criativo do intérprete²¹, na qual haveria uma constante relação entre o texto normativo e o intérprete, do qual resultaria a norma. Essa evolução metodológica se deve, como dito acima, principalmente à interpretação e aplicação da Constituição como norma jurídica constituída de regras e princípios, na qual a função criativa do intérprete sobressai frente aos conceitos jurídicos indeterminados e aos princípios constantes do seu texto constitucional. Neste ponto, cabe ressaltar que os princípios encampariam valores e também seriam responsáveis por conferir unidade ao sistema jurídico. Quando positivados na Constituição, passariam a ter normatividade e, com isso, seriam interpretados e aplicados ao caso concreto como qualquer outra

¹⁸ in “O Conceito de Direito”, Hebert L. A. Hart, 6ª Ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Tradução de A. Ribeiro Mendes, pós-escrito, pág. 332.

¹⁹ in “O Conceito de Direito”, Hebert L. A. Hart, 6ª Ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Tradução de A. Ribeiro Mendes, pós-escrito, pág. 335-339.

²⁰ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 159-162.

²¹ in “O Conceito de Direito”, Hebert L. A. Hart, 6ª Ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Tradução de A. Ribeiro Mendes, pós-escrito, pág. 220- 221.

norma constitucional, observando-se somente a sua maior fluidez. Já quando não positivados na Constituição, não seriam dotados de normatividade e, por isso, não teriam o condão de constituir fundamento de validade, sua única função seria de conferir unidade ao sistema. Disto resulta que os valores teriam normatividade quando correspondentes a princípios previstos na Constituição²².

Nesse sentido, deve ser seguido um método de interpretação que confira cientificidade e segurança jurídica na interpretação e aplicação do direito²³. Nestes termos, deve ser adotado preferencialmente o modelo hermenêutico clássico proposto por Savigny, utilizando-se os métodos gramatical, histórico, teleológico e sistemático. Dessa forma, caberia ao intérprete buscar o verdadeiro significado do enunciado normativo para aplicá-lo, o que não dispensaria a criatividade do intérprete ao interpretar a norma abstrata e aplicá-la ao caso concreto, formulando a norma da decisão²⁴. Aqui a atividade criativa estaria balizada por fatores objetivos, consistentes nos métodos de interpretação e aplicação²⁵, no qual o texto normativo seria o ponto de partida e o limite da interpretação²⁶. Dessa forma, embora a interpretação e a aplicação do direito sejam também um ato de vontade do intérprete, os métodos de exegese confe-

²² in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 175.

²³ in “O Conceito de Direito”, Hebert L. A. Hart, 6ª Ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Tradução de A. Ribeiro Mendes, pós-escrito, pág. 220.

²⁴ in “Curso de Direito Constitucional”, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, 4ª Edição, Saraiva, 2009, página 122-123.

²⁵ in “Curso de Direito Constitucional”, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, 4ª Edição, Saraiva, 2009, página 145.

²⁶ Segundo Elival da Silva Ramos, no positivismo moderado ou renovado “o que prevalece é a vontade da lei, não no sentido de um pressuposto prévio, pronto e acabado, que o juiz tenha que meramente atender, mas no sentido de que o texto normativo objeto de exegese contém algo de objetivo, que não pode ser desconsiderado, embora constitua apenas um limite no trabalho de construção da norma da decisão, em que também conta (embora não com o mesmo peso) a vontade do intérprete.” In “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 137.

rem uma justificação racional e um controle objetivo nesse processo. Nessa medida, o conhecimento e o juízo de valor prévio do intérprete acabam por sofrer a fiscalização e adequação aos limites objetivos do texto²⁷.

Dessa forma, deve a Constituição ser interpretada preferencialmente com base no modelo hermenêutico jurídico clássico, ajustado às especificidades da interpretação constitucional²⁸. Logo, deve ser conjugado o modelo tradicional com os princípios de interpretação constitucional, como da unidade da constituição, concordância prática, força normativa da Constituição, da máxima efetividade, da interpretação conforme, da proporcionalidade, dentre outros²⁹. Como resultado, a atividade do intérprete deve ter como limite os possíveis sentidos do conteúdo semântico do enunciado normativo. Deve ser ressaltado, no entanto, que o limite textual do enunciado normativo não corresponde à interpretação gramatical. O método literal ou gramatical de interpretação é uma das formas de se desvendar o sentido do texto, juntamente com o sistemático, teleológico e histórico. Friedrich Muller defende que na interpretação constitucional, em caso de dúvida, deve-se dar preferência ao método gramatical e ao sistemático por serem mais objetivos³⁰, no entanto, nada impede que seja dada maior relevância ao método histórico ou teleológico quando, diante do caso concreto e des-

²⁷ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 170.

²⁸ in “O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012, página 185.

²⁹ in “Curso de Direito Constitucional”, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, 4ª Edição, Saraiva, 2009, página 119.

³⁰ Segundo Friedrich Muller “os resultados parciais das interpretações gramatical e sistemática precedem os dos outros elementos de concretização”. In “Métodos de Trabalho do Direito Constitucional”, pág. 96, 3ª Ed., Ed. Renovar. Friedrich Muller foi o criador do método normativo estruturante, no qual a interpretação e aplicação da Constituição seriam realizadas em duas etapas. A primeira, através dos métodos de interpretação clássicos. A segunda, por meio da análise dos fatos sociais. Disto resultaria a norma da decisão. Na primeira etapa não há afastamento do positivismo.

de que obedecidos os parâmetros do texto, se busque uma solução mais justa³¹.

Tais limites textuais e os métodos de exegese devem ser obedecidos tanto para a interpretação das normas- regras como das normas – princípios. Embora os princípios previstos na Constituição sejam dotados de menor densidade normativa e possibilitem algumas interpretações conformes a constituição³², deve ser obedecido o conteúdo semântico do texto normativo a que se referem³³. Nesse ponto, a técnica da ponderação seria útil somente para a resolução de casos difíceis, no qual as normas jurídicas não se mostrem aptas a solução da controvérsia diante de uma colisão de princípios. Mesmo no uso da ponderação, devem ser utilizados critérios objetivos para lhe conferir racionalidade e reduzir a discricionariedade³⁴. Nas demais situações, a técnica da subsunção, dotada de maior objetividade, conferiria maior certeza, objetividade e segurança na aplicação da norma constitucional³⁵.

2.2) PÓS- POSITIVISMO

Dentre as correntes doutrinárias que propõem uma ruptura com o positivismo jurídico, pode ser citada uma de caráter sociológico e outra de caráter axiológico³⁶. Todas elas apresen-

³¹ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 172-173.

³² in “O Conceito de Direito”, Hebert L. A. Hart, 6ª Ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Tradução de A. Ribeiro Mendes, pós- escrito, pág. 220 -221.

³³ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 177.

³⁴ in “O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direito sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012, página 188.

³⁵ in “O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direito sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012, página 187.

³⁶ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 47.

tam uma crítica ao formalismo exacerbado do positivismo, na qual o intérprete seria mero aplicador da lei. Criticam ainda o método de hermenêutica tradicional, sob o fundamento de que não serviria para a interpretação adequada das normas constitucionais.³⁷

Nos Estados Unidos há uma grande discussão doutrinária sobre a interpretação e aplicação da Constituição. As concepções poderiam ser divididas em interpretativismo (mera interpretação gramatical do texto da Constituição e descoberta da intenção do constituinte)³⁸ e não interpretativismo ou *construction* (o juiz não deve ater-se somente a interpretação gramatical da Constituição, mas também aos valores, princípios e fatos sociais). Quanto aos não interpretativista, haveria uma subdivisão entre aqueles que obedecem aos parâmetros semânticos dos dispositivos constitucionais, embora encampem os valores e fatos sociais (conceitualista) e outra em que os valores teriam papel corretivo e supletivo das regras constitucionais (simbolismo). Registre-se que doutrina não interpretativista conceitualista não constitui uma crítica ao positivismo atual, pois ambas encampam a idéia de valores, fatos sociais e limites textuais para a interpretação constitucional. A divergência proveria da vertente não interpretativista simbolista.³⁹

A primeira vertente não interpretativista simbolista, de índole sociológica, teria como base os elementos fáticos e uma visão pragmática do direito. O realismo ou pragmatismo coloca a jurisprudência como fonte primária do direito e os atos legislativos em segundo plano. Dessa forma, a lei deixa de ser a fonte principal do direito e a metodologia de interpretação das normas jurídicas deixa de ter importância, uma vez que o juiz

³⁷ in “A eficácia dos direitos sociais”, Ana Cristina Costa Meireles, editora juspodivm, 2008, pág. 62.

³⁸ in “O império do direito”, Ronald Dworkin, tradução Jefferson Luiz Camargo, Martins Fontes, São Paulo, 1999, pág. 431-441.

³⁹ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 75 e 134.

somente leva em conta os diversos aspectos do caso concreto para escolher a melhor decisão, dando-se ênfase aos fatos ao invés das normas⁴⁰. Dessa forma, o juiz decidiria de acordo com as necessidades sociais, sem contenção normativa⁴¹.

Aqui cabe realizar uma diferenciação entre o pragmatismo e a Escola do Direito Livre. Enquanto nesta haveria uma liberdade total do julgador com base em sua consciência, no pragmatismo a liberdade judicial seria limitada à funcionalidade social de suas decisões⁴². Segundo David M. Beatty, o pragmatismo seria a melhor forma de garantia dos direitos humanos, através da utilização da proporcionalidade no caso concreto. Segundo o mesmo autor, o interpretativismo poderia acarretar soluções injustas no caso concreto e se revelar ineficaz para garantia dos direitos humanos, uma vez que deixaria de analisar os elementos fáticos envolvidos para se ater somente à interpretação da lei.⁴³

Em âmbito europeu, como crítica ao positivismo clássico, surgiu no início do século passado o pensamento institucionalista de Santi Romano e Maurice Hauriou, na qual teria como fim integrar o direito com a realidade social, sendo o ordenamento jurídico produto dessa relação. As instituições sociais seriam fontes jurídicas, que moldariam o direito estatal. Essa doutrina questionava a identificação do direito com a lei, assim deveria ser obtido um equilíbrio entre a forma e o conteúdo, no qual este teria prevalência e seria consubstanciado na ordem social.⁴⁴

⁴⁰ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 75 e 134.

⁴¹ Segundo Dworkin, “(...) o pragmatismo rejeita a idéia de direito e de pretensões juridicamente protegidas (...)” (pág. 119). In “O Império do Direito”, Ronald Dworkin, tradução Jefferson Luiz Camargo, Martins Fontes, 1999, São Paulo, pág. 119; 195.

⁴² in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 134.

⁴³ in “The forms and limits of Constitutional Interpretation”, David M. Beatty, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 49, no. 1, winter 2001, pág. 79-120.

⁴⁴ in “Antiformalismo jurídico – uma abordagem institucionalista da integração

Já a vertente axiológica, denominado moralismo, tem como pressuposto a aproximação entre direito e moral, na qual haveria uma ordem objetiva de valores que serviria de referência ao direito positivo. A teoria da interpretação das normas jurídicas seria baseada em valores morais, tendo como diretriz a concretização de normas constitucionais⁴⁵. Seria a base da concepção não interpretativista simbolista americana e do método hermenêutico alemão denominado científico espiritual, tendo como representantes Habermas⁴⁶, Robert Alexy^{47 48} e Ronald Dworkin⁴⁹.

Haveria uma ordem objetiva de valores que condicionaria a interpretação e a aplicação das normas constitucionais. Partindo-se da sua teoria de direito como integridade e de uma função interpretativa criativa do juiz, Dworkin defende que essa ordem objetiva de valores seria decorrente de tradição democrática americana^{50 51}. Ao contrário do positivismo, na

regional”, Clarissa Franzoi Dri, Cadernos PROLAM/USP, ano 8- vol 1, 2008, págs. 121-147. Também em “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 142-143.

⁴⁵ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 49-50.

⁴⁶ in “Direito e Democracia – entre facticidade e validade”, Jürgen Habermas, v. II, Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, páginas 193- 247. Nesse sentido o autor aduz que “A legalidade só pode produzir legitimidade, na medida em que a ordem jurídica reagir à necessidade de fundamentação resultante da positivação do direito, a saber, na medida em que forem institucionalizados processos de decisão jurídica permeáveis a discursos morais.” (página 216).

⁴⁷ in “Teoria dos direitos fundamentais”, Robert Alexy, tradução Virgílio Afonso da Silva, Ed. Melheiros, 2008, página 144- 179; 543-544.

⁴⁸ in “Derechos sociales y ponderación”, Robert Alexy e outros, Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, pág. 45-84.

⁴⁹ Dworkin entende que: “Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e do devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.” (pág. 272). In “O império do direito”, Ronald Dworkin, tradução Jefferson Luiz Camargo, Martins Fontes, São Paulo, 1999.

⁵⁰ Segundo Dworkin, “A história é importante porque esse sistema de princípios deve justificar tanto o status quanto o conteúdo das decisões anteriores” (pág. 274). In “O império do direito”, Ronald Dworkin, tradução Jefferson Luiz Camargo,

concepção simbolista esses valores poderiam não estar positivados em normas constitucionais e, mesmo que não constitucionalizados, poderiam servir de fundamento para a análise de constitucionalidade dos atos praticados pelo poder público⁵². Esses valores estariam consignados nos princípios e corresponderiam aos ideais de justiça, aos quais se teria chegado ao se firmar o pacto constitucional.⁵³ Como decisão fundamental, estes princípios deveriam reger a atividade legislativa, judiciária e administrativa, havendo uma nítida leitura moral da constituição⁵⁴.

Ainda segundo a concepção moralista, não seria a mera legitimidade formal que conferiria legitimidade à constituição, também seria necessário que a idéia de direito fosse legítima (legitimidade material). Seria a consonância entre aquilo que a comunidade considera justo e a constituição que conferiria adesão social à idéia constituinte e continuidade à ordem jurídica⁵⁵. A participação do povo no processo constituinte constitui uma exigência da concepção democrática moderna, entretanto, somente a sua participação, com a criação de um órgão legitimado e o estabelecimento de um procedimento adequado, não seria suficiente para caracterizar a ordem constitucional como legítima⁵⁶. Segundo Habermas, seria um indício de legitimida-

Martins Fontes, São Paulo, 1999, pág. 273-275.

⁵¹ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 133.

⁵² in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 131.

⁵³ in “A Recepção da Declaração dos Direitos do Homem pela Constituição Portuguesa. Um fenômeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional”, Jorge Miranda, Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 199, págs. 1- 20, jan./mar, 1995.

⁵⁴ in “Una metateoría del positivismo jurídico”, Roberto M. Jiménez Cano, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 95.

⁵⁵ in “Lições de Introdução ao Estudo do Direito”, Paulo Otero, I volume, 2º Tomo, 1999, Lisboa, pág. 344- 346.

⁵⁶ in “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 11-33.

de⁵⁷ e, para Gomes Canotilho, a legitimidade processual não absorve a legitimidade material^{58 59}. Tal constatação acarretaria o questionamento sobre a identidade entre justo e legal, no sentido de que tudo que a lei ordena seria justo e tudo que proíbe seria injusto⁶⁰.

As teorias do contrato social já haviam dado início ao processo de justificação do poder, uma vez que os procedimentos por si só não serviriam para legitimar a norma. O conteúdo da norma, que seria resultado de uma decisão, também deveria ser legítimo e a Constituição, como norma fundamental de um Estado, seria o reconhecimento do direito natural já existente. Segundo os defensores do jusnaturalismo, a redução da legitimidade ao seu conceito meramente formal teria sido a justificativa de Hitler para concentrar em si os poderes estatais⁶¹. Em virtude disso, no pós- guerra, ressurgiu o direito natural, particularmente na Alemanha recém saída do nacional- socialismo. Segundo Radbruch⁶², contra as posições positivistas que defendera, haveria necessidade de um direito supra- estatal (origem em Deus ou baseado na razão humana) que permitisse avaliar a justiça ou injustiça das leis estatais. Nesse sentido, após a que-

⁵⁷ in “Direito e Democracia – entre facticidade e validade”, Jürgen Habermas, v. II, Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, páginas 25- 41; 181-187.

⁵⁸ in “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, J. J. Gomes Canotilho, Ed. Almedina, 7ª Ed., página 66.

⁵⁹ in “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”, Claus-Wilhelm Canaris, 5ª Ed., Editora Fundação Calouste Gulbenkian, tradução A. Menezes Cordeiro, págs.190-196.

⁶⁰ in “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 37-50.

⁶¹ in “Introdução à Filosofia do Direito”, Gustav Radbruch, tradução Jacy de Souza Mendonça, 3ª Ed. 1965, pág. 94-95.

⁶² in “Introdução à Filosofia do Direito”, Gustav Radbruch, tradução Jacy de Souza Mendonça, 3ª Ed. 1965, pág. 20- 37; 34- 35; 39-41; 94-95. Também citado em “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 67, nota de rodapé.

da do nacional- socialismo na Alemanha, a maioria das constituições dos Estados federados e a própria Lei Fundamental de Bona passaram a adotar em seus preâmbulos a referência a Deus como última fonte do direito⁶³. Esses valores superiores seriam preexistentes ao ato constituinte, assim o poder constituinte se limitaria a reconhecê-los e positivá-los na constituição material⁶⁴.

No entanto, esse pretense direito natural baseado em valores teológicos universais e inquestionáveis não poderia se impor em uma sociedade democrática laica e em um mundo com tamanha diversidade cultural e religiosa.⁶⁵ ⁶⁶Dessa forma, Peter Häberle propõe que a teoria da constituição deveria se

⁶³ in “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 37-67.

⁶⁴ in “Lições de Introdução ao Estudo do Direito”, Paulo Otero, I volume, 1º Tomo, 1998, Lisboa, pág. 169- 186. Também em “Lições de Introdução ao Estudo do Direito”, Paulo Otero, I volume, 2º Tomo, 1999, Lisboa, página 71.

⁶⁵ Nesse sentido, Hesse menciona que “a idéia de ordem objetiva de valores suscita mais interrogações do que aquelas a que responde”. In “Escritos de Derecho Constitucional”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1883, página 6. Também em “Direito e Democracia – entre facticidade e validade”, Jürgen Habermas, v. II, Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, página 241.

Na mesma direção, Antonio Enrique Perez Luño alega que “é difícil universalizar esta fundamentação relativamente àqueles que não crêem na transcendência ou, que, sem excluí-la, preferem uma justificação racional e imanente para uma realidade radicalmente humana como são os direitos humanos”. In “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, Tecnus, 6ª Ed., 1999, Madrid, página 140.

Também Alexandre Passerin d’Entreves Courmayeur: “Plantear la noción del Derecho Natural como estrechamente ligada a una creencia religiosa significa condenarla por anticipado a ser rechazada por todos aquellos que no aceptan esta creencia; significa imponer a los juristas y a los filósofos políticos una profesión de fe metafísica que pueden con razón encontrar difícil (...)”. In “Crítica del Derecho Natural”, obra coletiva, Taurus, Madrid, 1966, página 198.

In “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 75-80.

⁶⁶ in “Direito e Democracia – entre facticidade e validade”, Jürgen Habermas, v. II, Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, páginas 240 -242.

relacionar mais com os direitos humanos, fruto de um processo histórico, e com o desenvolvimento do princípio da soberania popular^{67 68 69}. Portanto, a partir da concepção de Hans George Gadamer, há uma alteração da percepção de direito natural, diferente do jusnaturalismo. Segundo Gadamer, a hermenêutica jurídica seria uma interpretação- aplicação do direito baseado em uma pré-compreensão, sendo esta última resultado de uma relação do intérprete com o processo histórico do qual faz parte⁷⁰. Desta feita, o direito natural seria produto de um processo histórico, social e cultural da humanidade. Não mais seria uma lei moral prefixada por Deus ou pela natureza humana, em uma ordem de valores que o homem tivesse que aceitar, como defendiam os jusnaturalistas. O direito natural passaria a ser criado pelo próprio homem, de acordo com sua interação com o mundo, pelo que o constituinte tão somente concretizaria princípios preexistentes e ordenadores da prática comunitária.^{71 72}

⁶⁷ in “De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano”, Peter Haberle, tradução Héctor Fix- Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, série Ensayos Jurídicos - núm 12.

⁶⁸ Para o autor, a concepção de direito natural conferida pelo jusnaturalismo seria plúrima e contraditória. Nesse sentido, “a teoria e a prática constitucionais de uma comunidade política devem, para justificar determinada posição, desenvolver, sem recurso ao direito natural, autonomamente, argumentos, fundamentos, princípios materiais e processuais, princípios constitucionais”. Citado em “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, página 80.

⁶⁹ Nesse sentido, Peter Haberle: “A democracia do cidadão está muito próxima da idéia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo o qual o povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca.” (página 38). In “Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”, Peter Haberle, Tradução Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002, páginas 36- 40.

⁷⁰ Nesse sentido o autor menciona que “A forma lingüística e o conteúdo da tradição não podem ser separados na experiência hermenêutica.” (página 640). In “Verdade e Método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica”, Hans- Georg Gadamer, Tradução Flávio Paulo Meurer e Ênio Paulo Giachini, Ed. Vozes, 3ª Ed., Petrópolis, 1999, páginas 123- 131; 636-662.

⁷¹ in “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”,

73 74 75 76

Segundo Otto Bachoff, a validade de uma Constituição compreenderia a legitimidade no aspecto de positividade (existência como plano e expressão de um poder efetivo) e obrigatoriedade (vinculação dos destinatários da norma). Assim, conclui que a violação do direito supra-estatal pelo poder constituinte acarretaria a falta de legitimidade e, como consequência, a invalidade de normas constitucionais originárias^{77 78}.

Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, *STVDIA IVRIDICA* 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 81-86.

⁷² in “Direito e Democracia – entre facticidade e validade”, Jürgen Habermas, v. II, Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, páginas 193-247.

⁷³ in “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, Traduzido por José Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951, página 40-48.

⁷⁴ in “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”, Claus-Wilhelm Canaris, 5ª Ed., Editora Fundação Calouste Gulbenkian, tradução A. Menezes Cordeiro, págs 190.

⁷⁵ Decorrente também da concepção de Hans-Georg Gadamer surge a jurisprudência de valorações, na qual as valorações do direito seriam uma interpretação ou atualização do texto do passado nas condições do presente. Não haveria uma realidade de sentido definitivamente dada, haveria uma constante mobilidade da história humana, baseadas nas instituições e na vida em comum. Em desfavor do positivismo clássico encamparia a dimensão axiológica do jurídico, ao passo que ao jusnaturalismo oporia a dimensão histórica, caracterizada como a história institucional, cultural e normativa de uma dada comunidade. Conforme Karl Larenz, a jurisprudência de valoração estaria baseada “nas instituições e nas formas de vida em comum”. Nesse sentido, haveria uma aproximação com o institucionalismo. In “Metodologia da Ciência do Direito”, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, página 153. Também em “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, *STVDIA IVRIDICA* 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 81-97.

⁷⁶ in “A Recepção da Declaração dos Direitos do Homem pela Constituição Portuguesa. Um fenómeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional”, Jorge Miranda, Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 199, págs. 1-20, jan./mar, 1995.

⁷⁷ in “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, Traduzido por José Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951, página 42; 62-64; 67-68.

⁷⁸ No mesmo sentido é a doutrina de Paulo Otero. In “Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais”, Paulo Otero, O Direito, 1990, III-IV, p. 613-614.

Já no início do Século XX, Max Weber, de vertente positivista, propõe uma definição reducionista de legitimidade, na qual esta estaria conectada com dominação, uma vez que todas as formas de dominação procuram fomentar uma crença em sua legitimidade. O autor propõe três formas de dominação: carismática, a tradicional e a racional, sendo que esta última seria a crença da legalidade nas ordenações estatuídas. Por se tratar de um ato de crença, a legitimidade não necessitaria da incorporação de um ideal de justiça.^{79 80}

De outro ponto, Kelsen não nega a correlação da justiça com o direito, mas somente a da justiça com a verdade, uma vez que poderia haver várias idéias de justiça igualmente justificáveis. O direito seria justo na medida em que se apropriasse de qualquer dessas medidas de justiça. Nesse sentido, a *Grundnorm* justificaria qualquer regime como medida de justiça, ao contrário, para o jusnaturalismo somente os valores por eles proclamados serviriam como medida de justiça.⁸¹

Já na vertente positivista decisionista de Carl Schmitt, a Constituição não precisa ser justificada em uma norma de justiça, basta sua existência política. Segundo Schmitt, essa legitimidade poderia ser dinástica (baseada no poder do monarca) ou democrática (com base no poder exercido pelo povo)⁸². Na

⁷⁹ in “Economia y Sociedad – esbozo de sociología compresiva”, Max Weber, tradução José Medina Echavarría e outros, Fondo de Cultura Economica, Mexico, 1996, 2ª Ed, 10ª reimpressão, páginas 170- 173.

⁸⁰ in “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 23. Segundo a autora, a legitimidade na concepção de Weber deixaria de ser uma questão de direito para se tornar uma questão de fato.

⁸¹ Ensina Kelsen que “a validade do direito positivo é independente da sua relação com uma norma de justiça: esta afirmação constitui a diferença essencial entre a teoria do direito natural e o positivismo jurídico”. In “Justicia y derecho natural”, Crítica del derecho natural, Taurus, Madrid, 1966, página 33; 103.

⁸² Segundo Carl Schmitt, a constituição “no necesita justificarse em una norma ética o jurídica: tiene su sentido en la existencia política”(pág. 104). In “Teoría de la Constitución”, Carl Schmitt, versão espanhola de Francisco Ayala, Alianza Universidad Textos, Alianza Editorial, 1996, páginas 45-47; 66; 93-94.

mesma direção, a perspectiva funcional- estruturalista de Luhmann nega a própria relação entre justiça e direito, pelo que não importaria o direito justo, mas somente o direito legal. Seguindo a linha decisionista de Carl Schmitt e a concepção de Weber, para Luhmann o direito é posto e é aquilo que seria escolhido por uma decisão, na qual a constituição não deveria ser compreendida como ideal de justiça, mas como uma norma que regeria as demais normas no sistema jurídico⁸³. Segundo a teoria de Luhmann seria desnecessária qualquer legitimação material da constituição, uma vez que bastaria a legitimidade procedimental consubstanciada em um processo eleitoral⁸⁴.

Nestes termos, a função da linguagem ética seria somente de exprimir sentimentos morais, que poderia ser variável de indivíduo para indivíduo⁸⁵. Portanto, não existiria uma só decisão moral, sendo assim o legislador constituinte poderia se apropriar de qualquer dessas concepções morais para elaboração e legitimação da constituição. O direito constitucional seria, então, a expressão de uma vontade dotada de força impositiva, na qual se transformaria essa vontade em fonte de normas obrigatórias.⁸⁶ Bastaria a elaboração de normas por uma auto-

⁸³ Nesse sentido, Niklas Luhmann aduz que a legitimidade seria baseada na crença na legalidade das ordenações estabelecidas, que se daria através de um sistema político. Assim, segundo o autor, “Agora o direito já não pode ser verdadeiro ou falso, mas apenas válido”. In “Legitimação pelo procedimento” (pág. 122), Ed. Universidade de Brasília, Tradução Maria da Conceição Côrte-Real, páginas 30-32; 139-143; 122-125.

⁸⁴ in “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 37-62.

⁸⁵ Nesse sentido, A. J. Ayer: “Exprimo simplesmente certos sentimentos. E o homem que abertamente me contradiga exprime também, e apenas, os seus sentimentos morais. Assim não faz sentido discutir qual de nós terá razão porque nenhum de nós emite uma proposição genuína. A função da linguagem ética é, portanto, emotiva, no sentido de estimular emoções e de conduzir á ação, mas é impossível encontrar um critério para determinar a validade dos juízos éticos”. In “Language, verdad y logica”, Ed. Martinez Roca, Barcelona, 1971, pagina 125.

⁸⁶ in “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA

ridade legitimada para que passem a integrar o direito, uma vez que somente juízos de fato poderiam ser empiricamente comprovados. Já os juízos valorativos não poderiam ser verificados empiricamente e, portanto, seriam pseudoproposições, pelo que não se poderia julgar a legitimidade com base em critérios racionais e objetivos, uma vez que ideologias políticas, religiosas, morais e jurídicas seriam questões de valor, não de direito. Esses valores gerariam uma crença no cidadão, as quais justificariam a dominação preexistente das classes dominantes⁸⁷.

Ademais, o moralismo poderia acarretar subjetivismo na interpretação constitucional⁸⁸, na qual o Tribunal Constitucional substituiria o sistema de valores constitucionais pelo sistema de valores dos julgadores, se transformando de guardião da constituição em “dono da constituição”⁸⁹, bem como poderia acarretar um governo dos juízes e, inclusive, um despotismo judicial⁹⁰.

Carlos Blanco de Moraes alerta para o fato de existir pontos de aproximação entre o constitucionalismo moralmente reflexivo e o positivismo inclusivo, uma vez que este último aceita a encampação de valores éticos ao direito na medida em que estes valores seriam necessários à sua essência e aos seus fins. Daí porque serem aceitos os princípios jurídicos como

IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, página 45.

⁸⁷ in “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 22-29; 39-40.

⁸⁸ in “O Conceito de Direito”, Hebert L. A. Hart, 6ª Ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Tradução de A. Ribeiro Mendes, pós-escrito, pág. 220.

⁸⁹ Segundo Ernst Forsthoff citado em “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 75-80.

⁹⁰ Conforme menciona George Morange citado em “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 75-80.

normas impregnadas de valores morais, que deteriam baixa densidade normativa e alta capacidade de se adaptar às evoluções sociais.⁹¹ Em que pese estes pontos de aproximação, o mesmo autor ressalta que haveria incompatibilidades ligadas à segurança jurídica, ao princípio democrático e a um método jurídico dotado de cientificidade. Segundo o autor, o apelo desordenado aos princípios constitucionais poderia ocasionar uma perda da normatividade constitucional, uma vez que haveria o risco de decisões interpretativas sujeitarem as normas aos fatos (e não o contrário), o que geraria grande insegurança jurídica. Ademais, decisões judiciais baseadas unicamente em valores teriam o efeito de ameaçar o império da lei e, conseqüentemente, a própria legitimidade democrática como corolário da vontade da maioria. Por fim, a hermenêutica criativa e evolutiva do moralismo reflexivo poderia acarretar uma ruptura com a identidade constitucional e com a própria vontade do poder constituinte, no qual seria substituída a vontade soberana e democrática do povo (manifestada através do poder constituinte) por um suposto poder de revisão exercido pela Corte Constitucional.⁹²

Portanto, não se deve abdicar da moral para o desenvolvimento do direito, pelo que haveria uma conexão entre os valores morais e o direito positivado. Entretanto, não se pode considerar que essa moral seja padrão de validade jurídica, salvo quando tal referência conste expressamente na Constituição. Dessa forma, princípios morais ou de justiça não devem servir como critério de validade jurídica⁹³, sob pena de violação do princípio democrático e da segurança jurídica.

⁹¹ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Morais, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 178-179.

⁹² in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Morais, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 177-182.

⁹³ in “O Conceito de Direito”, Hebert L. A. Hart, 6ª Ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Tradução de A. Ribeiro Mendes, pós-escrito, pág. 201.

2.3) NEOCONSTITUCIONALISMO

Notadamente no Brasil, tem ganhado relevo a doutrina neoconstitucionalista, baseada no moralismo histórico de Dworkin, no método racional-argumentativo de Alexy, no pragmatismo americano, no suprapositivismo, no direito alternativo, na teoria crítica do direito, dentre outros. Segundo seus defensores, seria uma nova concepção da Teoria do Estado, da Teoria do Direito e da Teoria da Constituição, de índole pós-positivista, na qual se pregaria uma aproximação entre o direito e a ética⁹⁴.

Segundo essa doutrina, a Constituição teria uma função dirigente, regulamentando os atos do Poder Público. Ademais, todos os ramos do direito poderiam ser constitucionalizados em virtude do efeito irradiante dos princípios constitucionais. Sustenta ainda a superioridade hierárquica substancial (precedência axiológica) dos princípios frente às regras. Dessa forma, os princípios seriam dotados de alta carga valorativa e condicionariam a interpretação das regras, bem como poderiam paralisar a aplicação da regra ao caso concreto.⁹⁵

Ademais, não seria aplicável o método de interpretação tradicional, consubstanciado nos métodos histórico, teleológico, gramatical e sistemático. Criticam o modelo tradicional, sob o fundamento de que não serviria para a interpretação adequada dos direitos fundamentais e seria própria do Estado Liberal. A nova hermenêutica deveria ter como base os princípios e valores, principalmente os consagrados nos direitos fundamentais e deveriam servir de fundamento ao intérprete⁹⁶. De-

⁹⁴ in “O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012, página 163-164.

⁹⁵ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 149- 154.

⁹⁶ in “A eficácia dos direitos sociais”, Ana Cristina Costa Meireles, editora Juspodivm, 2008, página 60- 66; 62, 65.

pendendo da orientação neoconstitucionalista a ser seguida, não haveria a adoção de método de interpretação e aplicação do direito ou o mesmo deveria ser baseado na técnica da ponderação exclusivamente⁹⁷.

Os princípios, como mandados de otimização, seriam aplicados por uma técnica de ponderação, nem sempre com critérios objetivos. Como os direitos fundamentais seriam normas – princípio, estes deveriam ser aplicados na maior medida possível. As normas de direitos fundamentais teriam eficácia imediata e auto-aplicabilidade, com base no artigo 5º, parágrafo 1º da CRFB, no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da democracia substancial⁹⁸. Em consequência, seria possível extrair direitos subjetivos sociais de normas de eficácia limitada programática. Ademais, com base na carga valorativa dos princípios e da função dirigente da Constituição, haveria possibilidade de questionamento de escolhas políticas do Poder Legislativo e do Poder Executivo, principalmente no que diz respeito às políticas públicas de implementação de direitos sociais.

No entanto, ao contrário do que sustentam os neoconstitucionalistas, nem todos os direitos fundamentais estão traduzidos em princípios. Alguns são previstos em regras jurídicas e, portanto, possuem parâmetros mais rígidos de interpretação; isto porque os princípios, devido a sua maior indeterminabilidade, podem acarretar várias interpretações conformes a Constituição. Ademais, a recondução de todas as regras a princípios, de cunho indeterminado, poderia acarretar insegurança jurídica, uma vez que o cidadão e os Poderes Legislativo e Executivo

⁹⁷ in “O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro-março, 2012, pág. 165-166.

⁹⁸ in “O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro-março, 2012, pág. 165-166.

não saberiam com a certeza necessária se suas condutas estariam de acordo com a Constituição⁹⁹.

Da mesma forma, os princípios não teriam supremacia hierárquica axiológica frente às regras. Os princípios teriam caráter prospectivo para o alcance de um fim, portanto, pela sua indeterminação, não seriam passíveis de atribuir consequências diretas e específicas a um fato jurídico. Já as regras possuiriam mais densidade normativa e especificariam um efeito imediato para determinado fato. Dessa forma, o descumprimento de uma regra pode ser reputado mais grave que a violação de um princípio, pois possui maior determinabilidade¹⁰⁰. Logo, não haveria a pretensa superioridade hierárquica valorativa dos princípios frente às regras, todos seriam normas constitucionais com idêntica hierarquia axiológica.¹⁰¹

Ademais, mesmo a interpretação dos princípios não pode ficar a livre escolha do intérprete, uma vez que carecem ser interpretados através de uma metodologia científica que confira segurança jurídica. Segundo Hart, os valores morais objetivos na Constituição não são cartas adaptáveis a todas as situações, de acordo com a vontade do intérprete.¹⁰² A Constituição, sendo uma espécie de norma jurídica, necessita de um método científico de interpretação. A ponderação somente deveria ser utilizada nos chamados *hard cases*, quando a ausência de normas diretamente aplicáveis torne necessária a solução do caso concreto em que haja a colisão de princípios. Dessa forma, o

⁹⁹ in “O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012, pág. 176.

¹⁰⁰ in “Teoria dos princípios – da definição e aplicação dos princípios jurídicos”, Humberto Ávila, Martins Fontes, 2008, página 75-92.

¹⁰¹ in “O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012, pág. 179-180.

¹⁰² in “O Conceito de Direito”, Hebert L. A. Hart, 6ª Ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Tradução de A. Ribeiro Mendes, pós- escrito, pág. 220.

abandono da tradicional metodologia interpretativa acarreta subjetivismo na aplicação das normas constitucionais, com a conseqüente violação do princípio da separação de poderes e do princípio democrático.¹⁰³

2.4) MÉTODOS INTERPRETATIVOS

Em decorrência da crítica ao formalismo exagerado do positivismo clássico, foram propostos novos métodos de interpretação da Constituição, sob o argumento que o método clássico não seria suficiente para tal. Na Alemanha, foi elaborado por Rudolf Smend o método denominado científico- espiritual, na qual teria relevância o aspecto valorativo. A Constituição seria um sistema de valores, ao invés de um sistema de normas defendido por Kelsen, e o papel do juiz seria de concretizar a norma constitucional, ao invés de interpretar. A técnica da ponderação e o princípio da proporcionalidade teriam fundamental importância na concretização dos princípios constitucionais. Na ponderação deveria sobressair a vontade ou ‘espírito’ da constituição, ou seja, os valores que informam a Constituição¹⁰⁴. Tal método se aproxima do moralismo jurídico¹⁰⁵.

Já o método tópico problemático, desenvolvido por Theodor Viehweg, consistiria em um processo aberto de argumentação, com vários intérpretes, no qual tem a finalidade de adequar a norma constitucional ao caso concreto. Neste método o problema (fato concreto) teria uma primazia frente à norma, sendo o ponto de partida do aplicador do direito¹⁰⁶. Com a hegemonia do problema perante o sistema jurídico, este método

¹⁰³ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Morais, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 182-194.

¹⁰⁴ in “A eficácia dos direitos sociais”, Ana Cristina Costa Meireles, editora juspodivm, 2008, pág. 71, 62, 65.

¹⁰⁵ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 98.

¹⁰⁶ in “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”, Claus- Wilhem Canaris, 5ª Ed., Editora Fundação Calouste Gulbenkian, tradução A. Menezes Cordeiro, págs. 245- 262.

se ajusta melhor ao pragmatismo¹⁰⁷. Segundo J.J. Gomes Canotilho, tal método poderia conduzir a uma tamanha subjetividade¹⁰⁸. Entretanto, tal método pode ter utilidade quando o intérprete estivesse diante de lacunas legais, de remissões legislativas ao senso comum e perante decisões com equidade.¹⁰⁹

No método hermenêutico concretizador, proposto por Konrad Hesse, haveria a concretização da norma tendo como ponto de partida um fato social. Diferentemente do método tópico problemático, aqui o texto constitucional teria primazia frente ao problema (fato social). Haveria uma pré-compreensão do sentido do texto normativo voltado para e a partir do caso concreto¹¹⁰, pelo que haveria uma constante relação de influência entre os fatos sociais e a Constituição. A norma não seria retirada da interpretação do texto, mas da sua relação com os fatos sociais, assim, a interpretação e aplicação do direito somente seriam possíveis diante de um caso concreto.

O método normativo estruturante, idealizado por Friedrich Müller, consiste na separação entre texto e norma. A norma não seria resultado somente do texto normativo, mas também de uma realidade social. Assim, o intérprete deveria utilizar-se dos elementos resultantes da interpretação do texto da norma (elementos de interpretação da doutrina clássica), conjugando-se com a realidade social (domínio normativo)¹¹¹. Haveria etapas para a aplicação da norma, na qual a primeira constituiria na interpretação do texto (programa da norma), seguida de outra etapa correspondente à análise dos dados reais

¹⁰⁷ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 97.

¹⁰⁸ in “Direito Constitucional e teoria da Constituição”, J.J. Gomes Canotilho, Ed. Almedina, 7ª Ed., pág. 1212.

¹⁰⁹ in “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”, Claus- Wilhelm Canaris, 5ª Ed., Editora Fundação Calouste Gulbenkian, tradução A. Menezes Cordeiro, págs. 269- 271.

¹¹⁰ in “Direito Constitucional e teoria da Constituição”, J.J. Gomes Canotilho, Ed. Almedina, 7ª Ed., pág. 1212.

¹¹¹ in “Direito Constitucional e teoria da Constituição”, J.J. Gomes Canotilho, Ed. Almedina, 7ª Ed., pág. 1213.

(âmbito da norma). Disto resultaria a norma de decisão, que regularia o caso concreto. Em caso de conflito entre o programa da norma e o âmbito da norma, deveria prevalecer a interpretação do texto por meio do método gramatical e sistemático¹¹². Dessa forma, no estabelecimento do programa da norma não há incompatibilidade com o positivismo¹¹³.

Por fim, o método comparativo traduz em uma comparação entre os diversos sistemas constitucionais com a finalidade de se buscar a melhor solução para o caso em concreto¹¹⁴.

Em que pese a utilidade dos métodos abordados, não se pode descartar a segurança e a objetividade advindas do método clássico, o qual deve ser utilizado preferencialmente para a interpretação e aplicação da norma constitucional. Registre-se que os métodos acima citados podem ser utilizados complementarmente para interpretação constitucional, desde que obedecido o limite do texto normativo.

3) ATIVISMO JUDICIAL

3.1) CARACTERIZAÇÃO E DEFINIÇÃO

Primeiramente, deve ser esclarecido que o ativismo judicial é mais visível no sistema do *civil law*, de origem romano-germânica, pois neste caso o juiz está diretamente atrelado à lei, proveniente do órgão legislativo. Nos sistemas do *common law*, como Inglaterra e EUA, a prática ativista é necessária para que haja uma adaptação do direito ao novo momento social vivenciado. Aqui a jurisprudência tem papel fundamental

¹¹² Segundo Friedrich Muller “os resultados parciais das interpretações gramatical e sistemática precedem os dos outros elementos de concretização”. In “Métodos de Trabalho do Direito Constitucional”, pág. 96, 3ª Ed., Ed. Renovar.

¹¹³ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 101.

¹¹⁴ in “Direito Constitucional e teoria da Constituição”, J.J. Gomes Canotilho, Ed. Almedina, 7ª Ed., pág. 1214.

como fonte de direito e constitui precedente para casos futuros, conferindo um papel criativo ao Judiciário na produção do direito¹¹⁵.

Ressalte-se que, principalmente nos EUA, o termo ativista se opõe ao passivismo judicial, pelo que não condiz com o termo que se deseja empregar neste estudo. O passivismo judicial estaria ligado a um método gramatical de interpretação baseado unicamente no texto da Constituição e na descoberta da intenção do constituinte, denominado interpretativismo (literalismo e originalismo), na qual não são considerados elementos valorativos e fáticos de uma dada sociedade, que poderiam ocasionar uma interpretação criativa¹¹⁶. O ativismo norte-americano estaria conectado com a concepção não interpretativista ou *construction*. Nesta haveria uma vertente que obedeceria aos parâmetros interpretativos dos dispositivos constitucionais (conceitualista) e outra em que os valores condicionariam a interpretação e aplicação das normas constitucionais (simbolismo).

Portanto, na postura ativista norte-americana haveria uma concepção em consonância com o positivismo jurídico atual (não interpretativismo conceitualista) e outra em discordância (não interpretativismo simbolista). Conforme dito acima, a interpretação criativa não se afasta do positivismo jurídico, desde que se atenha aos limites do texto constitucional. Haveria tal afastamento do positivismo quando se apelasse para valores morais, conferindo-lhes uma função corretiva e supletiva de normas previstas na constituição. Assim, o termo ativismo empregado no direito norte-americano tem conotação distinta da empregada no sistema da *civil law*¹¹⁷.

¹¹⁵ in “O império do direito”, Ronald Dworkin, tradução Jefferson Luiz Camargo, Martins Fontes, São Paulo, 1999, pág. 272-275; 431-441. Também em “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 110.

¹¹⁶ in “O império do direito”, Ronald Dworkin, tradução Jefferson Luiz Camargo, Martins Fontes, São Paulo, 1999, pág. 431-441.

¹¹⁷ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág.

Feita esta diferenciação, deve ser ressaltado que a Constituição é responsável pela organização do Estado e pela previsão de direitos dos cidadãos frente ao Poder Público. Dessa forma, como medida organizatória e de garantia dos direitos, há uma divisão do Poder Público em funções legislativa, executiva e judicial, cada uma exercida por órgãos independentes e autônomos entre si. No desempenho de sua função, cada órgão ou poder detém uma margem de liberdade denominada discricionariedade. O Poder Executivo teria uma liberdade de atuação quando prevista em lei ou na constituição. Assim, através de juízo de oportunidade e conveniência, teria escolha quanto ao modo, o momento e a forma de prática de alguns atos administrativos. A discricionariedade legislativa seria mais ampla, uma vez que a tarefa de elaboração de normas estaria tão somente subordinada à constituição. Nesse ponto, a atuação do legislador pode ser vedada, permitida ou exigida pela constituição. Quando permitidas ou exigidas, quanto ao conteúdo, o legislador teria liberdade para criar leis integradoras (se fundem à norma da constituição para reger determinada matéria), leis de desdobramento de princípios e regras (expandem a disciplina do assunto, mantendo certa autonomia em relação à norma constitucional) e leis de conformação (ponderação de normas- princípio constitucionais de eficácia plena)¹¹⁸. Quanto ao momento, a liberdade do legislador seria limitada quando a constituição exigisse a intermediação legislativa, podendo a mora legislativa acarretar a violação da constituição pela via da omissão.

Já a discricionariedade judicial não constitui uma liberdade de atuação (como no Poder Executivo) nem de criação de normas gerais (como no Poder Legislativo). A liberdade do juiz é exercida no plano da interpretação dos dispositivos legais.

133.

¹¹⁸ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 180.

Aqui ganha relevância a Teoria de Direito e a metodologia hermenêutica a ser adotada, na medida em que nas doutrinas moralista e realista não haveria parâmetros objetivos para se limitar a liberdade interpretativa do Poder Judiciário, ao passo que na teoria positivista os limites são conferidos pelo texto do dispositivo. A liberdade seria oferecida pela escolha dos métodos de interpretação colocados à disposição do juiz. De outro lado, os métodos de interpretação dariam racionalidade e objetividade, limitando a liberdade judicial¹¹⁹.

Percebe-se, assim, que a liberdade do Legislador na conformação do direito é muito mais ampla do que a do juiz. Ao Legislador cabe somente observar a constituição, enquanto o juiz deve observância a todo o sistema normativo, composto pela constituição e normas infraconstitucionais. A liberdade do juiz se restringe a interpretação do enunciado normativo, diante dos vários significados possíveis de serem extraídos¹²⁰. Somente diante de eventual lacuna no sistema normativo, poderia o juiz se utilizar de valores morais extrajurídicos para o julgamento, como os princípios gerais do direito¹²¹.

Aqui também se faz necessária uma diferenciação entre lacuna técnica e omissão absoluta. Na omissão absoluta haveria um descumprimento de um dever constitucional do legislador em regulamentar determinada matéria prevista em norma constitucional. De outro ponto, a lacuna técnica se daria por uma falha do sistema jurídico em não regulamentar todas as situações da vida em sociedade¹²². Seria possível ao Tribunal suprir

¹¹⁹ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 131.

¹²⁰ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 124-126.

¹²¹ in “O Conceito de Direito”, Hebert L. A. Hart, 6ª Ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Tradução de A. Ribeiro Mendes, pós-escrito, pág. 335-339.

¹²² in “O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro-março, 2012, página 215.

a lacuna no sistema jurídico, através da utilização dos métodos de integração do direito, para abarcar o fato não contemplado pela lei, caso em que haveria uma maior liberdade criativa do juiz para suprir a lacuna no direito, isto porque não haveria normas a serem aplicadas pelo método da subsunção. Neste caso, seria permitido ao juiz decidir com base em valores extra-jurídicos¹²³. No entanto, diante da omissão absoluta, ao Poder Judiciário não seria permitido a substituição do legislador em sua tarefa constitucional para regulamentar a matéria carecedora de lei, suprimindo dessa forma este tipo de omissão¹²⁴.

Portanto, a liberdade do Poder Judiciário poderia ser exercida diante de uma lacuna técnica, bem como, de forma mais restrita, na sua atividade interpretativa. Na liberdade de interpretar, o Poder Judiciário deve seguir parâmetros objetivos e se ater ao limite do texto, uma vez que tal liberdade não pode configurar indevida interferência nos demais poderes. No pretexto de interpretar, não pode o Poder Judiciário suprir omissões absolutas inconstitucionais para elaborar leis ou criar políticas públicas, sob pena de usurpação das funções típicas do Poder Legislativo e do Executivo e, conseqüente, violação ao princípio da separação de poderes e do princípio democrático.¹²⁵ A função do Poder Judiciário é de fiscalizar os atos dos demais poderes. Embora a interpretação e a aplicação da lei te-

¹²³ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Morais, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág.161. O autor aponta que existem divergências entre os próprios expoentes do positivismo inclusivo sobre a discricionariedade do juiz. Alguns entendem que há existência de discricionariedade na aplicação de *standarts* morais objetivos, enquanto outros entendem que se a moral é objetiva não haveria discricionariedade.

¹²⁴ in “O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direito sociais”, Carlos Blanco de Morais, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012, página 215.

¹²⁵ in “O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direito sociais”, Carlos Blanco de Morais, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012, página 215.

nham um aspecto criativo, a mesma deve ser realizada por meio de um método de exegese para que seja objetivo e imponha limites interpretativos.¹²⁶

Portanto, o ativismo seria caracterizado pela ausência de vinculação do Poder Judiciário ao texto da constituição ou da lei, com invasão das competências reservadas ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, resultando na violação do princípio da separação de poderes e do princípio democrático.¹²⁷

¹²⁸ Como consequência, as decisões políticas estariam sendo deslocadas da esfera de competência da maioria para o Poder Judiciário¹²⁹.

3.2) FATORES FOMENTADORES DO ATIVISMO

¹²⁶ Nesse sentido, segundo Gomes Canotilho, “mesmo quando os juízes se podem assumir tendencialmente como ‘legisladores negativos’ (a declararem a inconstitucionalidade de normas) ou criadores do direito (ao elaborarem ‘normas’ para a decisão do caso), os juízes estão vinculados à constituição e à lei, à distribuição de competências constitucionais, à separação de poderes e ao princípio democrático.” In “Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política”, Revista de Direito Administrativo, 245:91, maio/ago 2007, Fundação Getúlio Vargas.

¹²⁷ Segundo Elival da Silva Ramos, o ativismo judicial poderia ser conceituado como “a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”. Conforme menciona o mesmo autor, haveria uma “descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.” In “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 116-117.

¹²⁸ Por não haver limitação ao texto normativo, o pragmatismo, o moralismo e o neoconstitucionalismo acabam por desembocar em prática ativista. In “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 134.

¹²⁹ Segundo Inocêncio Mártires Coelho, essa prática ativista estaria “caminhando para uma onipotência judicial ou, se preferirmos, para um novo governo dos juízes, em que as grandes decisões políticas, como já enunciado, vão se deslocando do âmbito do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário”. Segundo o mesmo autor, seria característica desse ativismo “a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; e e) mais concretização do que interpretação”. In “Curso de Direito Constitucional”, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, 4ª Edição, Saraiva, 2009, página 148-149.

Neste ponto, deve ser ressaltado que o modelo de Estado Social é um fator de impulsão do ativismo judiciário¹³⁰. A transformação do Estado Liberal, de característica nitidamente de abstenção, em Estado Social Democrático, com nítido caráter intervencionista, resulta em uma maior intervenção do Poder Judiciário. Tal intervenção decorre da carência da população, principalmente no Brasil, por direitos sociais. Como o Poder Legislativo e o Poder Executivo não são capazes de atender a todos os anseios, as pretensões acabam por desembocar no Poder Judiciário.

O controle de constitucionalidade abstrato, exercido pelas Cortes Constitucionais, também representa um fator fomentador do ativismo¹³¹. As decisões dos Tribunais são dotadas de eficácia *erga omnes* e, atualmente, não se restringem a declarar a nulidade da lei. A existência de sentenças manipulativas comprova que os Tribunais Constitucionais não se limitam mais a retirada da norma do mundo jurídico, como legislador negativo proposto por Hans Kelsen. Da interpretação exercida pelo Tribunal Constitucional deflui grande atividade interpretativa criativa, que em alguns casos pode desaguar em ativismo, como são exemplo as sentenças aditivas substitutivas e as sentenças de revisão.

Outro fator fomentador do ativismo seria a função normativa atípica exercida pelo Supremo Tribunal Federal, no caso específico brasileiro. A súmula vinculante em alguns casos seria fruto de uma atividade normativa criativa do Supremo, ao invés de aplicador da norma, gerando efeitos *erga omnes* e vinculantes para os órgãos administrativos e judiciários. Seria um fator impulsionador do ativismo na medida em que haveria uma aproximação excessiva com a atividade legislati-

¹³⁰ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 268.

¹³¹ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 277.

va¹³². Pelas mesmas razões, a nova orientação do Supremo quanto à decisão proferida em mandado de injunção¹³³, na qual foi reconhecida a eficácia *erga omnes*, seria um elemento de impulsão do ativismo.

Por fim, poderia ser elencando a doutrina neoconstitucionalista, a qual principalmente baseada no moralismo jurídico e no realismo jurídico não seria somente um fator de impulsão do ativismo judicial, mas também seria sua base dogmática.¹³⁴

3.3) ATIVISMO EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO E DIFUSO

Embora o ativismo judicial possa ocorrer em sede infraconstitucional, é quanto á interpretação e aplicação de dispositivos constitucionais que ganha mais relevo. Isto porque as normas constitucionais são constituídas em grande parte por normas- princípio ou por conceitos jurídicos indeterminados, o que confere maior liberdade ao exegeta. Em âmbito constitucional, o ativismo poderia ocorrer tanto em sede de controle abstrato como em sede de controle difuso, sendo que as decisões dos Tribunais Constitucionais poderiam ser reputadas de ativistas especialmente quanto a algumas espécies de sentenças manipulativas.¹³⁵

As sentenças manipulativas se caracterizam, em síntese, pelo fato do Tribunal Constitucional impor determinada interpretação da norma frente a outras cabíveis ou impor determinado efeito a decisão de inconstitucionalidade. Aqui cabe dife-

¹³² in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 293; 300.

¹³³ mandado de injunção n. 670-9/ES, 708-0/DF e 712-8/PA.

¹³⁴ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 285.

¹³⁵ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 209.

reenciar as principais espécies de sentenças manipulativas, sem a intenção de esgotar o assunto. Primeiramente, estas poderiam ser de modulação dos efeitos temporais e circunstanciais da eficácia da decisão. De outro ponto, poderiam ser decisões interpretativas de acolhimento ou rejeição. Subdividas estas em interpretação conforme, na qual haveria a rejeição da tese de inconstitucionalidade desde que fosse conferida ao dispositivo legal a interpretação acolhida pela Corte Constitucional; bem como, poderia ser classificada em declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto ou sem pronúncia de nulidade, na qual haveria uma sanção de inconstitucionalidade sob determinadas interpretações do texto normativo fixadas pelo Tribunal Constitucional. Por fim, haveria sentenças de acolhimento com efeitos aditivos, no qual haveria uma primeira declaração de inconstitucionalidade da lei e, posteriormente, uma fase reconstrutiva. Seriam espécies destas: aditiva demolitória, aditiva em sentido estrito, aditiva de princípio e aditiva substitutiva¹³⁶.

Nas aditivas demolitórias se eliminaria o dispositivo de lei cuja a constitucionalidade se discute. Em complemento, se ampliaria a eficácia de outra disposição de lei que estava sendo restringida pela norma declarada inconstitucional. Nas sentenças aditivas em sentido estrito, haveria o reconhecimento da inconstitucionalidade de parte da norma e um caráter reconstrutivo da restrição ou omissão inconstitucional. Esta seria recorrente nas inconstitucionalidades por omissão parcial, na qual o legislador deixasse de contemplar determinadas pessoas ou situações. Assim, em nome do princípio da igualdade, poderia o Tribunal estender a aplicação da norma às situações e pessoas excluídas¹³⁷. Já nas sentenças aditivas de princípio ocorreria a pronúncia de inconstitucionalidade com a reparação da nulida-

¹³⁶ in “Justiça Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 2, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 418.

¹³⁷ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 217.

de através do suprimento da lacuna por um princípio constitucional. Adota-se o princípio constitucional para suprir a lacuna uma vez que seria possível mais de uma solução normativa conforme a constituição. Esse princípio vincularia tanto os tribunais inferiores como o legislador¹³⁸.

Nos casos acima não haveria ativismo judicial, desde que ao interpretar a norma o Tribunal não ultrapassasse o limite textual do enunciado normativo e, conseqüentemente, exercesse uma função de criação da norma. Sendo certo que, nas sentenças aditivas, o caráter reconstrutivo ou reparador da legislação ordinária decorreria da utilização dos métodos de interpretação e integração constitucional. Não haveria uma inovação legislativa praticada pelo Tribunal Constitucional.

O ativismo ocorreria na quarta espécie de sentença aditiva, denominada de substitutiva. Aqui o Tribunal Constitucional entenderia pela inconstitucionalidade parcial da norma, resultando uma lacuna que seria desde logo suprida pela Corte. Entretanto, o Tribunal substitui a parte da disposição normativa declarada inconstitucional por outra por ele criada sem base no texto constitucional. Por fim, merece também ser citada a sentença de revisão constitucional, que se caracteriza pelo fato de criar novas normas constitucionais, pela pretensa via interpretativa, sem obediência aos parâmetros do texto da Constituição. Tanto a sentença de revisão constitucional como a sentença aditiva substitutiva configurariam prática ativista judiciária.¹³⁹

Alguns exemplos de ativismo judicial podem ser citados. Em controle difuso, o Supremo Tribunal Federal teve postura ativista quando do julgamento da perda do mandato par-

¹³⁸ in “Justiça Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 2, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 418.

¹³⁹ Carlos Blanco de Moraes afirma que a sentença substitutiva constitui “juntamente com as impropriamente chamadas ‘sentenças de revisão constitucional’, uma das mais expressivas manifestações de activismo dos tribunais constitucionais.” In “Justiça Constitucional”, Tomo 2, Carlos Blanco de Moraes, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 447.

lamentar por desfiliação partidária¹⁴⁰. No voto do Ministro Carlos Brito foi invocada a dogmática do moralismo jurídico de Dworkin e uma suposta superação do positivismo jurídico para justificar a perda do mandato de parlamentar que deixasse seu partido político. Registre-se que tal caso de perda de mandato não se encontra contemplado na Constituição Federal Brasileira, uma vez que não consta do rol previsto no artigo 55¹⁴¹.

Ainda em sede de controle difuso, haveria uma jurisprudência ativista dos Tribunais Comuns Brasileiros e do próprio Supremo Tribunal Federal para a concretização de direitos sociais derivados de normas programáticas¹⁴². Como se trata de controle de constitucionalidade incidentalmente discutido em um caso concreto, as sentenças ativistas têm o efeito de efetivamente conferir prestações sociais.¹⁴³ Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal adotou postura ativista no julgamento do agravo regimental em Recurso Extraordinário n. 410.715-5/SP, no qual, mesmo reconhecendo implicitamente que se tratava de norma de eficácia limitada e natureza programática, a Corte entendeu pela existência de direito subjetivo e correlato dever do Município em garantir a educação infantil para crianças até 5 anos de idade, em creches e pré-escolas. Ressalte-se que, por se tratar de norma programática, eventual existência de direito subjetivo deveria restar condicionada à interposição do legisla-

¹⁴⁰ Mandado de Segurança n 26.604 e Resolução 22.526 do Tribunal Superior Eleitoral.

¹⁴¹ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 245.

¹⁴² in “Revista de Direito Sanitário”, “O Direito Social e o Direito Público Subjetivo à Saúde- O desafio de compreender um direito com duas faces”, Patrícia Ulson Pizarro Werner, Ed. LTR, vol 9, 2008, São Paulo, págs. 105-126.

¹⁴³ Segundo Carlos Blanco de Moraes, nessa circunstância “configura o Judiciário como um centro de poder normador e prestador de benefícios sociais dotado de caráter supletivo em relação aos Poderes Legislativo e Administrativo.” In “O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012, página 162.

dor ordinário e às operações materiais e administrativas sujeitas às condições econômicas e sociais¹⁴⁴.

Da mesma forma, no julgamento do ARE 639337 o Supremo Tribunal Federal entendeu que a omissão total ou parcial dos Poderes Executivo e Legislativo na implementação de políticas públicas sociais previstas em normas programáticas constitucionais permitiria ao Poder Judiciário intervir para concretização dos direitos sociais. Ademais, neste mesmo julgado, confunde-se mínimo existencial com o conteúdo mínimo do direito social para se conferir um direito subjetivo oriundo deste último, sem observância da decisão política e da existência de recursos. Também, como fundamento do acórdão, há a defesa da existência de um pretense direito ao não retrocesso social.¹⁴⁵

3.4) PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL 33/2011- O PAPEL DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em reação à jurisprudência ativista foi elaborada a proposta de emenda constitucional 33/2011, na qual aumenta a quantidade mínima de votos necessários para declaração de inconstitucionalidade de lei, bem como submete ao Congresso Nacional a decisão sobre inconstitucionalidade de Emendas à Constituição e os efeitos das Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal. Na justificativa da proposta existe questionamento expresse sobre o ativismo judicial e sobre a atribuição da última palavra ao Poder Judiciário para in-

¹⁴⁴ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 264.

¹⁴⁵ No ARE 639337 há informação de que a jurisprudência do STF teria se consolidado no sentido de que haveria a possibilidade de intervenção judicial para a concretização de direitos sociais em caso de omissão dos Poderes Legislativo e Executivo em implementar políticas públicas sociais. Para tanto, o relator do recurso cita os julgados consubstanciados no AI 475.571, RE 401.673, RE 411.518, RE 595.595, dentre outros.

terpretação da Constituição.

A Tese de Jeremy Waldron foi o motivo justificador da Proposta de Emenda Constitucional 33/2011, inclusive sua teoria consta expressamente das justificativas do projeto. O referido jurista critica a competência do Poder Judiciário para a última palavra sobre a interpretação da constituição, sustentando para tanto a necessidade da teoria dos direitos fundamentais ser complementada pela teoria da autoridade. Por essa teoria, aduz que o desacordo no âmbito dos direitos fundamentais seria a respeito do seu conteúdo e alcance, sendo que os Tribunais também decidiriam por maioria e suas decisões seriam tão imprevisíveis quanto as emanadas do Poder Legislativo, agravada pelo fato de carecerem de legitimidade democrática. Conclui que a competência para dizer o conteúdo do direito seria do parlamento, uma vez que teria sido observado o procedimento democrático de decisão. Segundo o autor, atribuir tal competência ao Poder Judiciário seria substituir um procedimento democrático de tomada de decisão por outro antidemocrático, na qual se atribuiria a uma elite judicial a decisão sobre o conteúdo dos direitos dos cidadãos.^{146 147}

Primeiramente, segundo o próprio Waldron, sua teoria somente teria aplicação sob certas condições, notadamente onde as sociedades democráticas detivessem um Poder Legislati-

¹⁴⁶ Segundo Waldron: “Disagreement about rights is not unreasonable, and people can disagree about rights while still taking rights seriously. In these circumstances, they need to adopt procedures for resolving their disagreements that respect the voices and opinions of the persons—in their millions—whose rights are at stake in these disagreements and treat them as equals in the process. At the same time, they must ensure that these procedures address, in a responsible and deliberative fashion, the tough and complex issues that rights-disagreements raise. Ordinary legislative procedures can do this, I have argued, and an additional layer of final review by courts adds little to the process except a rather insulting form of disenfranchisement and a legalistic obfuscation of the moral issues at stake in our disagreements about rights” (página 1406). In “The core of the case against Judicial Review”, Jeremy Waldron, *The Yale Law Journal*, 2006, páginas 1348- 1406.

¹⁴⁷ in “Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático”, Jorge Reis Novais, Coimbra Editora, 2012, páginas 149-155.

vo funcional e o desacordo fosse somente sobre o conteúdo do direito¹⁴⁸. Na realidade brasileira, em virtude dos recentes escândalos acontecidos no Congresso Nacional e da sua omissão na elaboração de normas, muito se discute sobre a credibilidade e a funcionalidade do sistema político eleitoral e do próprio Poder Legislativo. Assim, seria controversa a existência das condições colocadas pelo autor para que o Legislativo decidisse sobre o conteúdo do direito.

De outro lado, alguns reparos merecem ser feitos na teoria de Waldron uma vez que desconsidera que o desacordo não estaria sobre o conteúdo do direito, mas sim em estabelecer se o ato do Poder Público de afetação do direito fundamental seria legítimo ou não. Outrossim, a tese de Waldron permite que o Poder Público responsável pela restrição seja também chamado a dizer sobre a legitimidade de sua violação. Por fim, o desacordo não seria meramente político, mas também jurídico, na medida em que os direitos fundamentais estão consagrados na Constituição enquanto garantias jurídicas. Nesse ponto é necessário esclarecer que pode surgir um desacordo político sobre o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais, principalmente quanto a questões polêmicas na sociedade. Aqui o Parlamento democrático deve decidir sobre a melhor forma de se regulamentar a questão, tendo em vista parâmetros religiosos, filosóficos, culturais, etc. A intervenção do Poder Judiciário somente surge em momento posterior para verificar se a decisão do legislador democrático infringiu alguma norma da Constituição, pelo que a atividade jurisdicional se atém a uma questão jurídica. Portanto, o papel do juiz não é arbitrar o desa-

¹⁴⁸ Segundo o autor: “I have not sought to show that the practice of judicial review of legislation is inappropriate in all circumstances. Instead I have tried to show why rights based judicial review is inappropriate for reasonably democratic societies whose main problem is not that their legislative institutions are dysfunctional but that their members disagree about rights.” (página 1406). In “The core of the case against Judicial Review”, Jeremy Waldron, *The Yale Law Journal*, 2006, páginas 1348- 1406.

cordo sobre o conteúdo ou alcance de um direito fundamental, uma vez que tal tarefa cabe ao legislador democrático; a tarefa da Jurisdição Constitucional seria somente a de aferir se a decisão da maioria está em conformidade com os preceitos da Constituição.¹⁴⁹

Considerando a Constituição como norma jurídica, nada mais lógico que conferir a última palavra ao Poder Judiciário para decidir sobre a constitucionalidade dos atos do Poder Público, tendo em vista a sua imparcialidade e independência que constitui garantia institucional; a necessidade de fundamentação, coerência e integridade das decisões judiciais; a especialização das jurisdições constitucionais; a ausência de responsabilidade política; e o controle dos atos do Poder Legislativo. Não faria sentido em atribuir ao Legislador democrático, representante da maioria, a decisão a respeito da constitucionalidade de um ato que afeta um direito fundamental. Como os direitos fundamentais são exatamente para defesa contra eventuais desmandos da maioria, a atribuição dessa competência ao Legislador deixaria os direitos fundamentais desprotegidos.¹⁵⁰

Por mais controversa que seja a questão, a Constituição Brasileira atribui expressamente a competência ao Poder Judiciário para análise da constitucionalidade dos atos do Poder Público, portanto a proposta de Emenda Constitucional 33/2011 seria claramente atentatória à constituição e à garantia dos direitos fundamentais. Nesse sentido, não se deve abdicar da importante função do Poder Judiciário de garantidor dos direitos fundamentais, entretanto devem ser estabelecidos limites à atividade jurisdicional para que não haja uma interferên-

¹⁴⁹ in “Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático”, Jorge Reis Novais, Coimbra Editora, 2012, páginas 155-181.

¹⁵⁰ in “Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático”, Jorge Reis Novais, Coimbra Editora, 2012, páginas 155; 143-147. O autor cita o modelo de Westminster que atribui a última palavra para as assembleias parlamentares democráticas para dizer sobre a constitucionalidade dos atos que restringem direitos fundamentais.

cia indevida nas tarefas atribuídas constitucionalmente aos demais Poderes.

4) SEPARAÇÃO DE PODERES

Embora a divisão de Poderes tenha sido atribuída a Aristóteles, foi com Mostesquieu, em “O Espírito das Leis”, na conjuntura das Revoluções Liberais do século XVIII, que foi formulada a estrutura hoje conhecida da separação de poderes. Nesse sentido, a Constituição surge como forma de organizar o Estado e garantir direitos aos cidadãos frente ao Poder Público. Como medida de organização do poder estatal, este seria dividido em diversas funções (legislativa, executiva e judiciária) e atribuída a órgãos independentes e autônomos entre si. Isso não impediria que houvesse eventual exercício de uma função típica de um órgão por outro (sistema de freios e contrapesos), com a finalidade principalmente de contenção de um Poder sobre o outro¹⁵¹. Entretanto, não se poderia admitir o exercício de uma função típica de um dos Poderes por outro, de forma permanente e sem qualquer previsão constitucional.

Nesse ponto, a separação de poderes exerce fundamental importância, não só como medida organizatória do Estado, mas principalmente como forma de garantia dos direitos fundamentais, na qual cada órgão conteria os poderes do outro para que não fossem cometidas arbitrariedades em face dos direitos dos cidadãos. Ressalte-se que nos regimes ditatoriais haveria a concentração destas funções em um só poder, por conta disso o princípio da separação de poderes tem grande relevância constitucional, tendo inclusive *status* de cláusula pétrea na constituição brasileira. Vale lembrar que Montesquieu já informava que não haveria liberdade do cidadão onde

¹⁵¹ in “Teoría de la Constitución”, Carl Schmitt, versão espanhola de Francisco Ayala, Alianza Universidad Textos, Alianza Editorial, 1996, páginas 189-200.

houvesse concentração das funções públicas.¹⁵² Não foi por outro motivo que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo XVI, dispôs que não há Constituição caso não seja assegurada a garantia dos direitos e a Separação de Poderes.

Segundo a concepção neoconstitucionalista, através do conceito de “constituição dirigente”, as normas constitucionais teriam um efeito irradiante para todo o sistema jurídico. Desta feita, teria um efeito irradiante para as relações privadas, através de uma “filtragem constitucional” das normas de direito privado, por meio da qual haveria uma releitura das normas que regem as relações jurídicas entre particulares. Entretanto, aplicado este efeito irradiante de forma indiscriminada, haveria a violação da autonomia privada, na qual os particulares teriam a liberdade para pactuar o que desejassem e daí extrair os efeitos jurídicos respectivos.¹⁵³

Já no campo do direito público, as normas constitucionais teriam um efeito vinculante e diretivo para transformação da sociedade. Haveria uma determinação da constituição sobre a legitimidade das políticas públicas, com a conseqüente judicialização da política e a possibilidade de controle jurisdicional sobre as mesmas.¹⁵⁴ Segundo a doutrina neoconstitucionalista,

¹⁵² Segundo Montesquieu: “Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam lei tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado do poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.” In “O espírito das leis”, São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, v.1, pág. 181.

¹⁵³ in “O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012, página 192.

¹⁵⁴ in “O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012,

não haveria violação do princípio da separação de poderes uma vez que este deveria ser reinterpretado a luz do novo Estado Social, na qual sobressai a função do Poder Público de implementar os direitos sociais previstos na constituição¹⁵⁵. Caso haja omissão do Poder Legislativo e do Executivo nessa tarefa, o Judiciário poderia supletivamente exercer essa função de concretização da constituição em nome do princípio da inafastabilidade judicial, do princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais¹⁵⁶.

Entretanto, a desconsideração da vontade do legislador e do administrador público, com fundamento de realização da “vontade” da Constituição, viola o princípio da separação de poderes. Como também viola o princípio democrático, uma vez que cabe aos representantes eleitos pelo povo a escolha da decisão política que melhor atenda ao interesse da sociedade, principalmente para decidir sobre as opções de implantação de políticas públicas sociais¹⁵⁷.

De outro lado, somente os administradores e legisladores possuem responsabilidades quanto às consequências dessas escolhas, principalmente previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal e na Lei de Improbidade. Já as escolhas realizadas pelos juízes, além de não serem legitimadas pelo sufrágio universal, são isentas de responsabilidades por opções equivocadas. Além disso, o Poder Judiciário na função supletiva de implantação de políticas sociais não teria a fiscalização de qualquer outro Po-

página 190.

¹⁵⁵ Nesse sentido também é a doutrina de Alexy. In “Teoria dos direitos fundamentais”, Robert Alexy, tradução Virgílio Afonso da Silva, Ed. Melheiros, 2008, página 512-513. Também em “Derechos sociales y ponderación”, Robert Alexy e outros, Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, pág. 45-84.

¹⁵⁶ in “A eficácia dos direitos sociais”, Ana Cristina Costa Meireles, editora juspodivm, 2008, página 438-444.

¹⁵⁷ in “Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil”, Eduardo Appio, Juruá Editora, 2010, página 151.

der, convertendo-se em um “super poder”¹⁵⁸.

Outrossim, o Poder Legislativo e o Poder Executivo não só estão legitimados pela Constituição para decidir sobre essas políticas públicas de implementação de direitos sociais, como também possuem dados técnicos que permitem uma melhor otimização de recursos para atendimento de um número maior de beneficiários. Assim, não só o princípio da separação de poderes acaba por ser violado, mas o princípio da eficiência do serviço público e da igualdade entre os pretensos beneficiários¹⁵⁹.

A função constitucional do Judiciário é dirimir conflito de interesses, seja no caso concreto seja ao realizar juízo de constitucionalidade dos atos do Poder Público, sempre subordinado à lei e à Constituição. Sua função é de revisão e fiscalização dos atos praticados pelos demais Poderes¹⁶⁰, em um exercício de justiça corretiva, logo, a tarefa da Jurisdição Constitucional seria somente a de aferir se a decisão da maioria está em conformidade com os preceitos da Constituição.¹⁶¹

Portanto, não constitui função do Poder Judiciário o exercício de uma justiça distributiva, na qual se objetiva uma igualdade social através de opções políticas e da atribuição de recursos aos mais carentes. O juiz não dispõe de instrumentos para o desempenho dessa atividade, uma vez que deve se limitar aquilo que estiver provado no processo, em nome do princípio do livre convencimento motivado e da fundamentação das decisões judiciais, sendo certo que a atuação judicial fora dos limites do que restou provado no processo acaba por violar a própria imparcialidade judicial.

¹⁵⁸ in “Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil”, Eduardo Appio, Juruá Editora, 2010, página 151-156.

¹⁵⁹ in “Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil”, Eduardo Appio, Juruá Editora, 2010, páginas 151; 173 -187.

¹⁶⁰ in “Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil”, Eduardo Appio, Juruá Editora, 2010, página 151.

¹⁶¹ in “Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático”, Jorge Reis Novais, Coimbra Editora, 2012, páginas 155-181.

Logo, onde houver a concentração das funções de criar normas jurídicas e de fiscalizá-las, há violação do princípio da separação de poderes uma vez que não haveria a divisão do Poder Público em funções e a correspondente autocontenção para a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos¹⁶².

5) DEMOCRACIA: PRINCÍPIO MAJORITÁRIO

A doutrina neoconstitucionalista sustenta que o princípio democrático deve ser baseado não só no seu aspecto formal (garantia do procedimento para escolha dos representantes políticos), mas também na sua dimensão substancial. Dessa forma, o princípio democrático somente estaria plenamente garantido quando fossem implementados os direitos sociais e econômicos, uma vez que estes seriam pressupostos ao exercício da democracia.

No entanto, não se pode confundir Estado Democrático de Direito com Estado Social, uma vez que um não pressupõe o outro. Atualmente existem Estados Democráticos que optaram por não consagrar direitos sociais em suas constituições como, por exemplo, os EUA e a Alemanha. Da mesma forma, há Estados Sociais totalitários, como a China. Na verdade, a Estado Democrático é caracterizado pelo fato do poder político ser exercido pelo povo, de forma direta ou indireta, neste último caso através de representantes. Dessa forma, a concretização de direitos sociais não constitui condição de existência para o Estado Democrático de Direito¹⁶³.

¹⁶² Repetindo as palavras de Inocêncio Mártires Coelho, essa prática ativista estaria “caminhando para uma onipotência judicial ou, se preferirmos, para um novo governo dos juízes, em que as grandes decisões políticas, como já enunciado, vão se deslocando do âmbito do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário”. In “Curso de Direito Constitucional”, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, 4ª Edição, Saraiva, 2009, página 148-149.

¹⁶³ in “O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro-março, 2012,

De outro ponto, mesmo para aqueles que advogam a tese da democracia econômica, social e cultural, esta seria uma imposição constitucional ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo para que fossem adotadas medidas de implementação de uma justiça social. Dessa forma, a democracia econômica, social e cultural somente seria realizada mediante a observância obrigatória da democracia política e do princípio do Estado de Direito, uma vez que somente seria realizada por meio dos representantes eleitos.¹⁶⁴

Não se pode negar que existem determinadas questões nas quais o legislador democrático estaria impedido de decidir, uma vez que, em virtude da força normativa da Constituição, o poder constituinte já teria decidido. Entretanto, em questão de conformação e concretização de direitos fundamentais, principalmente de índole social, caberia à maioria realizar a escolha embasada em motivos políticos, em nome do princípio democrático e da separação de poderes. Ao Poder Judiciário somente restaria a função de fiscalizar juridicamente esta escolha política, mas nunca de substituir a decisão democrática por aquela que entenda conveniente.¹⁶⁵

6) DIREITOS SOCIAIS

Após a caracterização do ativismo judicial, este será abordado especificamente no campo dos direitos sociais. Para tanto, será realizada uma rápida abordagem da origem histórica

página 170.

¹⁶⁴ Segundo Gomes Canotilho, o princípio da democracia econômica e social não serviria para embasar direitos subjetivos perante os tribunais, uma vez que “o princípio da democracia econômico e social é tão somente um princípio jurídico fundamental objectivo e não uma norma de prestação subjectiva. A favor desta consideração milita ainda o facto de a democracia econômica e social ser uma tarefa do legislador e não dos tribunais.” (pág. 343). In “Direito Constitucional e teoria da Constituição”, 7ª Ed., Ed. Almedina, J.J. Gomes Canotilho, pág. 337- 343.

¹⁶⁵ in “Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático”, Jorge Reis Novais, Coimbra Editora, 2012, páginas 37-64.

dos direitos sociais, sua classificação segundo sua estrutura normativa, os deveres do Estado e sua eficácia, a vedação do retrocesso social e o mínimo existencial para se caracterizar o ativismo judicial quanto a implementação de direitos sociais e para se concluir sobre a violação dos princípios da separação de poderes e da democracia.

6.1) HISTÓRIA

Os direitos fundamentais são fruto de um processo histórico, no qual foram se estabelecendo limites ao poder estatal e se conferindo direitos aos cidadãos. Os primeiros direitos fundamentais, de índole civil e política, surgiram como consequência dos ideais liberais, cujo marco seria a Magna Carta de 1215, as Declarações de Direitos dos Estados Americanos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹⁶⁶. Inúmeros direitos fundamentais surgiram como fruto da reação da classe burguesa contra o Poder Absolutista monárquico, na qual reivindicava maior participação política e o estabelecimento de limites ao poder do soberano. Dessa forma, o princípio da legalidade surge como uma forma de limitação de poderes do rei e de reivindicação de maiores poderes para a recém classe dominante. Também como consequência da aspiração de limitação dos poderes monárquicos surge o princípio da igualdade, que tinha uma função meramente formal de igualdade de tratamento perante a lei¹⁶⁷.

No entanto, o Estado Liberal, no qual a intervenção estatal era mínima, não se mostrou capaz de lidar com as injustiças sociais provocadas pela exploração de homens e mulheres ocasionadas pela Revolução Industrial do século XIX¹⁶⁸. Dessa

¹⁶⁶ in “A eficácia dos direitos sociais”, Ana Cristina Costa Meireles, editora juspodivm, 2008, página 39.

¹⁶⁷ in “Teoría de la Constitución”, Carl Schmitt, versão espanhola de Francisco Ayala, Alianza Universidad Textos, Alianza Editorial, 1996, páginas 164-169.

¹⁶⁸ in “História das Idéias Políticas”, Diogo Freitas do Amaral, Volume II, Lisboa

forma, os direitos sociais surgem como fruto do movimento reivindicatório de operários na busca de melhores condições econômicas e sociais. Nesse sentido, foram sendo constitucionalizados os direitos sociais e econômicos em alguns países, tendo como marco histórico a Constituição do México de 1917 e a Constituição Alemã de 1919. Aqui o princípio da igualdade deixa de ter uma conotação formal para ter um conteúdo substancial ou material, na qual não tinha o único fim de tratamento igual perante a lei, mas também de igualdade econômica e social. O novo Estado Social passa a ter como característica a forte intervenção estatal.

No Brasil, todas as constituições previram direitos sociais. A primeira constituição de 1824 já previa o direito social à saúde e à educação (artigo 179, incisos XXXI e XXVII). Na constituição de 1891, o direito social à educação teve previsão no artigo 72, parágrafo 6º. No entanto, tais previsões tratavam de meros compromissos políticos. Nas constituições de 1934 (artigo 115 e seguintes), de 1937 (artigo 135 e seguintes), de 1946 (artigo 145 e seguintes) e de 1967 (artigo 157 e seguintes) os direitos sociais passaram a ser previstos no título da Ordem Econômica e Social e, em sua maioria, previstos em normas programáticas. Somente com a Constituição de 1988, os direitos sociais integraram o título dos direitos fundamentais (título II, capítulo II, artigo 6º e seguintes).

O constitucionalismo brasileiro refletiu a tendência mundial, uma vez que, até a metade do Século XX, tanto os direitos sociais como os direitos de liberdade eram proclamados em compromissos políticos, remetendo-se ao legislador ordinário a tarefa de concretizá-los. A partir do segundo pós-guerra, em virtude do entendimento acerca da normatividade da Constituição, os direitos fundamentais passam a constituir normas jurídicas e deixaram de depender exclusivamente da vontade do legislador. Em consequência disso, os direitos fun-

damentais seriam retirados da esfera de disponibilidade da maioria e o Poder Judiciário desenvolveria importante função de garantia contra ingerências inconstitucionais do Estado¹⁶⁹.

6.2) CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOCIAIS QUANTO A EFICÁCIA

Cabe aqui fazer a distinção entre o texto normativo (dispositivo) e o seu conteúdo, onde aquele seria o objeto da interpretação e a norma (conteúdo) seria o resultado. Logo, de um mesmo dispositivo podem ser extraídas várias normas, que poderiam ser princípios ou regras. Quanto às regras, sua hipótese de incidência e suas conseqüências já estariam previamente estipuladas no dispositivo, por isso, a aplicação do método de subsunção. Já no tocante aos princípios, por possuírem valores abertos e indeterminados, não seria possível estabelecer uma conduta e uma conseqüência prévia, assim somente através da ponderação no caso concreto pode-se aplicar a norma¹⁷⁰.

Em decorrência da teoria da força normativa da constituição, elaborada na segunda metade do século XX por Konrad Hesse, a constituição seria um conjunto de normas, na qual todas estas seriam dotadas de eficácia jurídica¹⁷¹. Quanto à classificação dessa eficácia, a doutrina americana através de Thomas Cooley, distinguiu as normas constitucionais em auto-aplicáveis (self- executing), que seriam aplicáveis de plano pois teriam eficácia plena, capazes de gerar todos os efeitos possíveis da norma; e em normas não auto- aplicáveis, que dependeriam de intermediação do legislador para irradiarem

¹⁶⁹ in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 70; 319.

¹⁷⁰ A ponderação deve ser realizada no caso concreto, sendo certo que, embora a ponderação em abstrato seja corrente na prática judiciária brasileira, a mesma não é aceita pelo Tribunal Constitucional Alemão.

¹⁷¹ Em virtude da teoria normativa da Constituição, acabou por restar ultrapassada a concepção de que as decisões constitucionais seriam meramente políticas, não teriam eficácia normativa. In “A eficácia dos direitos sociais”, Ana Cristina Costa Meireles, editora juspodivm, 2008, página 243-244.

todos os efeitos possíveis¹⁷².

Na classificação elaborada pela doutrina portuguesa quanto à eficácia das normas constitucionais, segundo Jorge Miranda estas poderiam ser preceptivas ou programáticas. As preceptivas executáveis por si mesmas teriam plena eficácia. As normas preceptivas não executáveis por si mesmas dependeriam apenas de fatores jurídicos e decisões políticas, através de intervenção do legislador. Já as normas programáticas, além de fatores jurídicos e decisões políticas, estariam condicionadas por fatores econômicos e sociais, exigindo providências administrativas e operações materiais¹⁷³.

Já em âmbito brasileiro, tornou-se célebre a classificação das normas constitucionais desenvolvida por José Afonso da Silva, fundada na eficácia e aplicabilidade. Seriam a) de eficácia plena e de aplicabilidade direta, imediata e integral; b) de eficácia contida e de aplicabilidade direta e imediata, mas passível de ser restringido seu efeito pelo legislador ordinário; c) de eficácia limitada e de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida. Estas últimas seriam subdivididas em declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e declaratórias de princípio programático¹⁷⁴. Portanto, todas as normas teriam eficácia, o que as diferenciaria seria o grau desta eficácia e de sua aplicabilidade.

Conforme mencionado acima, de um mesmo enunciado normativo podem ser extraídas várias normas¹⁷⁵. Estas normas podem ser de eficácia plena, de eficácia contida ou de eficácia limitada. Dessa forma, a interpretação de um dispositivo de direito social tanto pode resultar em norma de eficácia plena,

¹⁷² in “A eficácia dos direitos sociais”, Ana Cristina Costa Meireles, editora juspodivm, 2008, página 328.

¹⁷³ in “Manual de Direito Constitucional”, t. 2, Jorge Miranda, Coimbra Editora, pág. 248.

¹⁷⁴ in “Aplicabilidade das normas Constitucionais”, José Afonso da Silva, 6ª Ed., Editora Malheiros, 2002, páginas 82-86.

¹⁷⁵ in “Direitos Fundamentais: introdução geral”, José Melo Alexandrino, 2º Ed, Principia, página 26.

como de eficácia contida ou de eficácia limitada programática. Da mesma forma, segundo a classificação da doutrina portuguesa, poderia resultar em normas preceptivas exequíveis por si mesmas, em normas preceptivas não exequíveis por si mesmas ou em normas programáticas. Tudo dependerá da estrutura normativa e do dever imposto ao Estado no caso concreto, como será a seguir explanado.

6.3) NORMAS PROGRAMÁTICAS

No campo dos estudos dos direitos sociais, ganha relevância a análise das normas programáticas, isto porque, segundo Jorge Miranda¹⁷⁶, a grande maioria dos direitos sociais está previsto nesta espécie de norma, que dependeria de intermediação legislativa e de atos materiais para irradiar todos os efeitos possíveis. Entretanto, tais normas não seriam isentas de eficácia uma vez que emanariam efeitos para que seja reconhecida a inconstitucionalidade de ato do Poder Público que lhe seja contrária; para impor um dever ao legislador de elaboração da norma de intermediação; como norte para aplicação, integração e interpretação do direito; e para que os bens protegidos sejam considerados bens constitucionalmente protegidos. Tais efeitos seriam decorrentes da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais¹⁷⁷.

Seria na dimensão subjetiva que surgiriam maiores controvérsias sobre a eficácia das normas programáticas de direitos sociais. Neste ponto, vale ressaltar a posição de alguns autores no sentido de que a classificação dos direitos fundamentais

¹⁷⁶ Segundo Jorge Miranda, “a totalidade (ou a quase totalidade) dos direitos sociais é contemplada em normas programáticas, normas que tem que ser seguidas não só de lei como de modificações econômicas, sociais, administrativas e outras.” In *Manual de Direito Constitucional*, 2 ed. Coimbra, t. 4, pág. 105.

¹⁷⁷ in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 182. Nesse sentido também “Lições de Introdução ao Estudo do Direito”, Paulo Otero, I volume, 2º Tomo, 1999, Lisboa, página 164-167.

quanto a sua eficácia não teria fundamento, uma vez que todos teriam eficácia vinculativa do Poder Público. Dentro desta concepção, alguns autores defendem que esta eficácia poderia originar diferentes posições jurídicas (interesses, faculdades e direitos subjetivos), tudo a depender da natureza e densidade da norma constitucional¹⁷⁸. Já outros defendem que sempre haveria um direito subjetivo, entretanto este teria diferentes níveis, nos quais nem todos poderiam gerar uma pretensão a ser deduzida em juízo^{179 180}.

Por sua vez, a doutrina neoconstitucionalista entende ser possível extrair um direito subjetivo a exigir uma prestação social em juízo com base em uma norma constitucional de eficácia limitada programática. Isto porque teria aplicação a teoria dos direitos fundamentais como princípios de Alexy; as normas de direitos fundamentais teriam eficácia imediata e seriam auto-aplicáveis, tendo como fundamento o artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal Brasileira; o direito a vida; princípio da dignidade da pessoa humana; de que seriam condição essencial a implementação de democracia substancial; de que decorreria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais (consagração de valores mais importantes para o sistema jurídico); e do princípio do mínimo existencial¹⁸¹.

Ainda segundo os neoconstitucionalistas, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais constituiria a consagração de valores importantes para o sistema jurídico e tutelaria o bem jurídico nela previsto, irradiando efeitos para todo o direito objetivo, público ou privado. Na condição de valores teriam um caráter principiológico, pelo que poderia ser invocado para

¹⁷⁸ in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 183.

¹⁷⁹ in “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, J. J. Gomes Canotilho, Ed. Almedina, 7ª Ed., página 1257.

¹⁸⁰ Nesse sentido, Vieira Andrade entende que os direitos sociais seriam pretensões jurídicas. In “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, José Carlos Vieira Andrade, 5ª Ed., Ed. Almedina, 2012, página 360-363.

¹⁸¹ in “A eficácia dos direitos sociais”, Ana Cristina Costa Meireles, editora juspodivm, 2008, página 348-349.

embasar direitos subjetivos¹⁸². Dessa forma, das normas constitucionais de eficácia limitada programática haveria um direito subjetivo de exigir prestações materiais do Estado. Assim, direitos sociais, como direito a saúde e direito a educação, teriam auto-aplicabilidade e gozariam de eficácia plena na sua dimensão subjetiva¹⁸³.

No entanto, deve haver limites na interpretação e aplicação das normas programáticas de direitos sociais, uma vez que os limites textuais do enunciado normativo devem condicionar a função do intérprete. Os princípios da máxima efetividade e da força normativa, principalmente quanto aos direitos fundamentais (artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Brasileira), não têm o condão de transformar normas de eficácia limitada em normas de eficácia plena. A função desses princípios é de orientar o intérprete no sentido de conferir a máxima eficácia ao dispositivo constitucional sempre que possível, desde que respeitado o conteúdo semântico do seu enunciado e a sua estrutura normativa. Tanto é assim que, através do método sistemático de interpretação, chega-se a conclusão que a própria Constituição Federal prevê o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão exatamente para os casos em que a norma de eficácia limitada não goza de eficácia plena em virtude de omissão do legislador ordinário¹⁸⁴.

¹⁸² in “A eficácia dos direitos sociais”, Ana Cristina Costa Meireles, editora juspodivm, 2008, página 348-349.

¹⁸³ in “O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012, página 161.

¹⁸⁴ Neste ponto merece ser ressaltado que, segundo sustenta Elival da Silva Ramos, a inexistência de interposição de legislação ordinária para regulamentação de normas de eficácia limitada preceptivas não exequíveis por si mesmas daria ensejo à inconstitucionalidade por omissão, na qual seria cabível no sistema constitucional brasileiro a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. A primeira com a função de dar ciência ao legislador de sua mora em legislar e a segunda de implementar o próprio direito postulado. Sendo certo que, conforme o mesmo autor, o mandado de injunção não seria cabível quando de tratasse de normas

Além disso, essa espécie de norma prevê programas governamentais que ficam condicionados ao momento ideológico, social e econômico vivenciado em uma dada sociedade¹⁸⁵. Como a própria finalidade da norma programática é o estabelecimento de programas governamentais a serem implementados pelos representantes da maioria, configura flagrante violação constitucional sua concretização de forma imediata e desordenada pelo Poder Judiciário. Dessa forma, as normas programáticas não gerariam direitos subjetivos a exigir prestações do Estado, mas sim, seriam comandos dirigidos ao legislador e ao administrador para cumprir fins públicos, de acordo com as opções políticas e as disponibilidades financeiras¹⁸⁶. Assim, as normas programáticas dependeriam da intervenção do legislador e de fatores econômicos e sociais (atuação material e administrativa) para irradiarem toda eficácia.

Registre-se que o direito subjetivo é a faculdade de exigir de outrem uma prestação de dar, fazer ou não fazer. Dessa forma, a norma programática não impõe nenhuma obrigação ao Estado de dar, fazer ou não fazer em favor de determinado in-

programáticas que vinculassem direitos a prestações, uma vez que não dependeriam unicamente de intervenção do legislador, mas também de fatores econômicos e sociais (operações materiais). In “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 198.

¹⁸⁵ Conforme lição de Gomes Canotillo: “Consideram-se pressupostos dos direitos fundamentais a multiplicidade de fatores – capacidade econômica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento econômico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa – que condicionam, de forma positiva ou negativa, a existência e proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais.” In “Direito Constitucional e teoria da Constituição”, J.J. Gomes Canotillo, Ed. Almedina, 7ª Ed., pág. 473.

¹⁸⁶ Nesse sentido, Carlos Blanco de Moraes, ao mencionar que as normas programáticas seriam “comandos fixados ao legislador e à administração que lhes darão exequibilidade respectivamente, no respeito da respectiva liberdade de programação das prioridades políticas e dentro da reserva financeira e material possível.” In “O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012, página 200.

divíduo (conteúdo do direito). O que haveria seria um dever imposto ao legislador de implementar uma política social em favor de toda sociedade, mas não em favor de um indivíduo específico, muito menos haveria determinação da prestação devida. Não é por outro motivo que os direitos sociais têm como postulados a igualdade material e a solidariedade, com a finalidade de realização de uma sociedade mais justa e fraterna. Portanto, a idéia da existência de direitos subjetivos em face do Estado e da sociedade (contribuintes), judicializados de forma individual, arbitrária e sem a observância da perspectiva coletiva, seria incompatível com a sua essência de promoção da justiça social¹⁸⁷.

Dessa forma, no tocante as normas programáticas, a criação de direitos subjetivos de índole prestacional seria tarefa do legislador ordinário, em tempo razoável e condicionado à existência de recursos. Logo, o direito subjetivo a ser exigido judicialmente somente surgiria com a definição do objeto e o modo de exercício, através de lei e na medida dos recursos disponíveis¹⁸⁸.

6.4) CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: QUANTO AO BEM, A ESTRUTURA NORMATIVA E AOS DEVERES DO ESTADO

Existem diversas espécies de classificações dos direitos fundamentais, sendo que a divisão entre direitos de liberdade e direitos sociais tem como objeto o bem a ser tutelado pela norma e é adotada para sistematização de grande parte das constituições. Assim, caso o bem protegido seja de participação política ou civil tratar-se-ia de direitos de liberdade; já no to-

¹⁸⁷ in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 29.

¹⁸⁸ in “O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direito sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012, página 203-204.

cante aos direitos sociais, os bens protegidos são a educação, a saúde, a moradia, etc.

Entretanto, para uma correta análise da competência judicial na tutela do direito, primeiramente deve ser verificado se o direito fundamental está previsto em um formato de regra, ou seja, uma decisão definitiva, de comando absoluto e de conteúdo determinado ou determinável. Nesse caso a norma será aplicada por subsunção e o juiz dispõe de completa margem para a apreciação de atos ou omissões do Poder Público que violem o direito fundamental nela previsto.¹⁸⁹

Já quando se tratar de um princípio de direito fundamental haveria certa indeterminação normativa, caso em que há uma margem para decisão política. A decisão judicial tem que ser baseada no direito vigente, pelo que não pode substituir a decisão política do legislador democrático, salvo quando esta decisão política contrariar normas de direito.¹⁹⁰ Logo, em se tratando de normas princípios, a margem da intervenção judicial dependeria da espécie de dever estatal envolvido (respeito, proteção ou promoção); da dimensão negativa ou positiva do direito fundamental; e da observância dos denominados limites aos limites.¹⁹¹

De acordo com a estrutura, os direitos fundamentais poderiam ter uma dimensão negativa ou positiva¹⁹², sendo que a diferença entre as duas decorreria do comportamento esperado do Estado, na primeira se exigiria uma abstenção e na segunda uma atuação.

De outro ponto, levando-se em consideração a classificação dos deveres do Estado, desenvolvida no plano internacional pelo Comitê para os Direitos Econômicos, Sociais e Cul-

¹⁸⁹ in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 269-270.

¹⁹⁰ in “Direito Constitucional e teoria da Constituição”, 7ª Ed., Ed. Almedina, J.J. Gomes Canotilho, páginas 1308- 1309.

¹⁹¹ in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 269.

¹⁹² in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 124.

turais, haveria em dever de respeitar, dever de proteger e dever de promover. O dever de respeitar exige uma postura estatal de não interferir na esfera jurídica do indivíduo. Já o dever de proteger impõe ao Estado a defesa dos direitos fundamentais em face de agressões ou ameaças de outros indivíduos, entidades públicas ou privadas ou até mesmo contra eventos naturais. Por fim, o dever de promoção acarreta a obrigação estatal de promover o acesso ao bem protegido pela norma de direito fundamental. Esta classificação seria mais completa que a realizada pela doutrina alemã que divide entre função de defesa e função de prestação, incluindo nesta última as prestações normativas de proteção e prestações fáticas de promoção^{193 194}.

Registre-se que dos enunciados normativos podem advir várias normas,¹⁹⁵ tanto os direitos de liberdade como os direitos sociais possuem dimensão negativa ou positiva, como podem exigir um dever de respeitar, proteger ou promover, uma vez que os dispositivos que prevêm os direitos fundamentais podem ser decompostos em uma série de posições jurídicas subjetivas no plano concreto.¹⁹⁶ O resultado da interpretação destes dispositivos pode dar origem a normas de eficácia plena, de eficácia contida ou de eficácia limitada e, do ponto de vista subjetivo, podem ser extraídos direitos subjetivos, interesses jurídicos ou expectativas jurídicas.¹⁹⁷ De outro ponto, pode-

¹⁹³ in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 42; 273.

¹⁹⁴ Nesse sentido, José Carlos Vieira de Andrade classifica os direitos fundamentais em direitos de defesa, direitos a prestações e direitos de participação. In “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, José Carlos Vieira Andrade, 5ª Ed., Ed. Almedina, 2012, página 171.

¹⁹⁵ Segundo José Melo Alexandrino, “os direitos fundamentais seriam ‘direitos como um todo’ (Robert Alexy), ou seja, um conjunto de normas e de posições jurídicas referidas à mesma disposição constitucional (ao mesmo direito)”. In “Direitos Fundamentais: introdução geral”, José Melo Alexandrino, 2º Ed, Principia, página 26.

¹⁹⁶ in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 45.

¹⁹⁷ No caso da moradia (artigo 6º da Carta Constitucional brasileira), por exemplo, este direito social pode ser invocado como uma norma de dimensão negativa quanto ao dever de respeitar (impedir algum ato do Estado de violação ao acesso ao bem

se afirmar que, em abstrato, os direitos fundamentais possuem uma dimensão principal positiva ou negativa, sendo certo que os direitos sociais geralmente teriam como dimensão principal a positiva e imporiam um dever de promoção ao Estado.

Tal classificação quanto à estrutura dos direitos fundamentais e os deveres do Estado são importantes para verificação da competência do Poder Judiciário na tutela dos direitos sociais. Geralmente os direitos a uma abstenção estatal (dimensão negativa) possuem uma maior densidade normativa e estão previstos em normas de eficácia plena, ao passo que os direitos a uma atuação estatal (dimensão positiva) têm menor densidade normativa e estão previstos em normas de eficácia limitada¹⁹⁸. Isto porque a violação do direito a uma abstenção estatal pode ser determinada objetivamente e o juiz dispõe de critérios jurídicos objetivos para sua análise e reparação, pelo que a competência judicial seria plena. Já a violação do direito a uma conduta do Estado exigiria a análise da razoabilidade da atuação do Estado em determinado momento econômico e social, a determinação do conteúdo e do modo de exercício do direito¹⁹⁹, sendo certo que a concretização do direito não estaria inserida na esfera de competência do Poder Judiciário.²⁰⁰

Ademais, o controle judicial estaria condicionado pelo dever estatal reivindicado. Em se tratando de um dever de respeito, o direito fundamental estaria submetido a uma reserva geral imanente de ponderação, na qual caberia à maioria deci-

moradia, como a desapropriação sem pagamento de indenização); positiva no dever de proteger (elaboração de leis que garantam o direito a moradia contra terceiros – Exemplo: impenhorabilidade de bem de família, segundo Lei 8.009/90) ou positiva no tocante ao dever de promover (exigir uma unidade habitacional do Estado).

¹⁹⁸ in “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, José Carlos Vieira Andrade, 5ª Ed., Ed. Almedina, 2012, página 183-184.

¹⁹⁹ in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 125; 127-135.

²⁰⁰ in “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, José Carlos Vieira Andrade, 5ª Ed., Ed. Almedina, 2012, página 176-177; 183-184; 359-360; 370-371.

dir sobre a prevalência em abstrato de eventual bem ou interesse digno de proteção sobre o direito fundamental restringido, de acordo com razões políticas e não poderia o Judiciário analisar esses motivos políticos. Quando se tratasse de um dever de proteção, além da reserva geral imanente de ponderação, haveria uma reserva do politicamente adequado ou politicamente oportuno, no qual o juiz não poderia analisar a decisão política do legislador democrático sobre o meio e a modalidade de conferir a devida proteção ao direito fundamental. Por fim, em se tratando do dever de promover o acesso ao bem jusfundamental, incidiriam as duas reservas anteriores e uma reserva do possível ou do financeiramente possível, na qual o Poder Judiciário deveria respeitar a decisão da maioria quanto a alocação dos recursos existentes.²⁰¹

Dessa forma, os direitos sociais poderiam ser desde logo exigíveis em juízo como direitos subjetivos quando se tratasse da sua dimensão negativa e com imposição de um dever estatal de respeito, caso em que a norma teria eficácia plena e aplicação direta. Aqui haveria uma intromissão estatal indevida na esfera jurídica do indivíduo, protegida pela norma de direito fundamental social, como seria o exemplo em que o cidadão pudesse aceder ao bem social com recursos próprios e o Estado impedisse esta fruição. De outro lado, em se tratando de direitos sociais na sua dimensão positiva e com dever estatal de proteção ou promoção, haveria necessidade de intermediação legislativa. No caso do dever de promover ainda teria relevo a reserva do possível, que condicionaria a própria existência do direito subjetivo social. Qualquer intervenção judicial neste caso deve obedecer à opção política e à existência de recursos disponíveis, sob pena de ser violadora do princípio da separação de poderes e do princípio democrático²⁰².

²⁰¹ in “Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático”, Jorge Reis Novais, Coimbra Editora, 2012, páginas 94-95.

²⁰² in “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, José Carlos Vieira Andrade, 5ª Ed., Ed. Almedina, 2012, página 176; 178-183.

Por fim, os denominados limites aos limites representariam restrições às opções políticas da maioria, os quais o Estado deve obediência sob pena de inconstitucionalidade. Estariam consubstanciados nos princípios da igualdade, da proibição do excesso, da segurança jurídica e proteção da confiança (artigo 18, n 2 e 3 da Constituição Portuguesa). Tais princípios estariam ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana e seria uma exigência do Estado de Direito Democrático.²⁰³ Embora não haja disposição normativa expressa na Constituição Brasileira quanto aos requisitos exigidos para restrição dos direitos fundamentais (denominados limites aos limites), como existe na Portuguesa (artigo 18), tais condições podem ser extraídas do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), do princípio do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, caput), do princípio da segurança jurídica (artigo 5º, caput), princípio da igualdade (artigo 5º, caput), do princípio da legalidade (artigo 5º, inciso I e artigo 37, caput), dentre outros.

7) MÍNIMO EXISTENCIAL

Os denominados limites aos limites seriam representados por princípios que vinculariam a atuação estatal, notadamente o princípio da igualdade, princípio da proteção da confiança e o princípio da proibição do excesso (artigo 18, n 2 e 3 da Constituição Portuguesa). No caso deste último princípio, quando a violação do direito se dá pela omissão, não haveria atuação excessiva estatal. Assim, desenvolveu-se o princípio da proibição do déficit ou proibição da prestação insuficiente, na qual a total inadimplência do Estado impossibilita o exercício do direito.²⁰⁴

Decorrente dos princípios da proibição do excesso, da

²⁰³ in “Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático”, Jorge Reis Novais, Coimbra Editora, 2012, páginas 122-138.

²⁰⁴ in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, páginas 304-307.

proibição do déficit, da dignidade da pessoa humana, do direito a vida, do direito ao desenvolvimento da personalidade e da idéia do denominado limites aos limites, surge o mínimo existencial como direito autônomo. Atualmente há questionamento na doutrina sobre a possibilidade de existência de direitos subjetivos a um mínimo existencial. Segundo a perspectiva que nega o direito subjetivo, o mínimo existencial deveria restar submetido à reserva do possível²⁰⁵, como também a uma margem de escolha política do legislador quanto aos meios de realização deste mínimo²⁰⁶. No entendimento de Eduardo Appio, dependeria de um projeto de governo tendo em vista que a “capacidade dos governos não seria ilimitada” e que os juízes não teriam condições de definir o conteúdo específico desses direitos, sob pena de violação do princípio da separação de poderes²⁰⁷.

No entanto, quanto ao mínimo existencial é possível a atribuição de um direito subjetivo em face do Estado para se exigir o necessário vital para existência, invocado este direito subjetivo do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito a vida, do direito ao desenvolvimento da personalidade e princípio da proibição do déficit. Tais princípios teriam eficácia plena quanto à garantia do mínimo existencial e haveria um direito subjetivo a um mínimo vital (conteúdo do direito), que poderia ser, desde logo, exigido judicialmente^{208 209}.

O direito ao mínimo existencial teria sua dimensão po-

²⁰⁵ in “A eficácia dos direitos sociais”, Ana Cristina Costa Meireles, editora Juspodivm, 2008, página 428.

²⁰⁶ in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 197.

²⁰⁷ in “Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil”, Eduardo Appio, Juruá Editora, 2010, página 189.

²⁰⁸ in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 237; 200; 309.

²⁰⁹ in “Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums unter europäischem und innerstaatlichen Druck”, José Martínez Soria, Editado pela Berlin e-Working Papers on European Law - Chair of Public Law and European Law, Nr. 43, 2006, pág. 1-24.

sitiva e negativa, como também imporia deveres de respeito, proteção e promoção ao Estado. No caso do dever de respeito pode ser citada a impossibilidade do Estado de interferir na esfera jurídica individual de forma a retirar as condições necessárias a própria existência. Quanto ao dever de proteção, pode ser citada medida legislativa como as pensões alimentícias do direito de família. Por fim, quanto ao dever de promoção podem ser exemplos as prestações financeiras às pessoas com deficiência física inaptas ao trabalho. A dimensão negativa representaria a impossibilidade do Estado de adotar medidas que retire o mínimo necessário à existência do indivíduo, já no âmbito positivo seriam as prestações jurídicas e fáticas estatais

Quando se tratar da garantia do mínimo existencial na sua dimensão negativa no dever de respeito do Estado, a norma teria eficácia plena e aplicabilidade imediata. O particular poderia ter alcançado os meios necessários ao exercício do direito ao mínimo existencial com recursos próprios e o Estado não poderia interferir na esfera jurídica do direito protegido²¹⁰. Já no tocante a dimensão positiva, o conteúdo do direito é possível de determinação (existência fisiológica), pelo que a opção política é diminuta. Além disso, não incidiria a reserva do possível uma vez que no caso do direito social prestacional o próprio bem a ser tutelado seria custoso ao Estado, assim a existência de recursos condicionaria a própria eficácia da norma e a existência do direito subjetivo. Ao passo que no direito ao mínimo existencial não seria o bem garantido constitucionalmente

²¹⁰ in “Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums unter europäischem und innerstaatlichen Druck”, José Martínez Soria, Editado pela Berlin e-Working Papers on European Law - Chair of Public Law and European Law, Nr. 43, 2006, pág. 1-24.

²¹¹ Vieira Andrade defende uma não intromissão do Estado no mínimo existencial adquirido pelo cidadão, bem como um direito ao mínimo dos direitos sociais, como forma de preservar um direito a sobrevivência. In “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, José Carlos Vieira Andrade, 5ª Ed., Ed. Almedina, 2012, página 371-375.

(existência fisiológica) que acarretaria gastos, mas sim a garantia do exercício do direito. Neste caso, estar-se-ia diante da efetividade da norma constitucional, na qual o Estado poderia ser compelido judicialmente a conferir condições ao exercício do direito. Dessa forma, esse direito ao mínimo poderia ser extraído das normas constitucionais mencionadas e o juiz teria competência para analisar sua violação (artigo 5º, parágrafo 1º da CRFB e artigo 18º, 1 da CRP)²¹².

Para Elival da Silva Ramos, no sistema jurídico brasileiro o mínimo existencial já estaria expressamente delineado na Constituição. Segundo o autor, as condições materiais mínimas estariam asseguradas em normas constitucionais como a que prevê o salário mínimo (artigo 7º, inciso IV); a que prevê que os benefícios pagos pela previdência social e pela assistência social não podem ser inferiores ao salário mínimo (artigo 201, parágrafo 2º e artigo 203, inciso V); e, por fim, na garantia de acesso universal e igualitário ao Sistema Único de Saúde (artigo 196)²¹³. Entretanto, conforme mencionado, não se deve confundir o direito ao mínimo existencial (existência fisiológica) com o mínimo social. Trata-se de garantir o exercício do direito, uma vez que o bem tutelado já está delimitado. A existência fisiológica é o bem jusfundamental e é uma condição inata ao ser humano. Não é o Estado que confere esta existência, mas sim propicia os meios adequados ao exercício do direito de existir fisiologicamente. Estes meios necessários ao exercício do direito não poderiam estar previstos na Constituição, pelo que deve ser fixado na análise do caso concreto, de acordo com a necessidade do indivíduo.

Decorrente do princípio da proibição do déficit, do prin-

²¹² in “Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums unter europäischem und innerstaatlichen Druck”, José Martínez Soria, Editado pela Berlin e-Working Papers on European Law - Chair of Public Law and European Law, Nr. 43, 2006, pág. 1-24.

²¹³ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 272.

cípio da justiça social e do princípio da razoabilidade haveria o denominado mínimo social, que teria como objetivo resguardar o conteúdo mínimo do direito social e seria uma maior garantia que o mínimo existencial. Neste ponto, segundo José Martínez Soria, enquanto o mínimo existencial decorreria do princípio da dignidade da pessoa humana e teria como objetivo a sobrevivência fisiológica do indivíduo; o mínimo social decorreria do princípio da justiça social e teria como fim a subsistência sócio-cultural, de cunho dinâmico e relativo.²¹⁴

Dessa forma, haveria uma teoria relativa do mínimo social, na qual deveria o mesmo ser fixado levando-se em conta o caso em concreto, notadamente a carência individual e a disponibilidade de recursos. Seria baseado no princípio da razoabilidade e na proibição do déficit, como aquilo que seria razoável exigir do Estado e o mínimo abaixo do qual se padeceria de inconstitucionalidade por omissão²¹⁵. Como também haveria a teoria absoluta, na qual o mínimo social deveria ser fixado de forma definitiva, sem sopesar o contexto social e econômico.

Também poderia o mínimo social ser fixado de forma subjetiva, quando se levasse em conta a situação particular do indivíduo; como objetiva, quando previsto de forma abstrata e geral. Deste último resulta o conceito de *minimum core*, como sendo o mínimo (núcleo mínimo) a que o Estado estaria obrigado a prestar em virtude das normas de direito social, tendo origem nas normas de direito internacional que impunham obrigações aos Estados de realização de direitos sociais no seu núcleo mínimo²¹⁶.

A doutrina neoconstitucionalista assimila o conceito de

²¹⁴ in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 195-196. Também em “Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums unter europäischem und innerstaatlichen Druck”, José Martínez Soria, Editado pela Berlin e-Working Papers on European Law - Chair of Public Law and European Law, Nr. 43, 2006, pág. 1- 24.

²¹⁵ in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 201.

²¹⁶ in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 203.

mínimo existencial ao conceito de mínimo social, como direito a um *minimum core*, para justificar uma intromissão do Poder Judiciário nas políticas públicas realizadas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Segundo a dita doutrina, o mínimo existencial não seria somente uma garantia de sobrevivência, mas o conjunto de bens e utilidades necessárias para que se possa desfrutar da própria liberdade²¹⁷. Entretanto, não se pode confundir mínimo existencial com mínimo do direito social. Diferentemente do mínimo existencial, não haveria direito subjetivo ao mínimo social²¹⁸, uma vez que em se tratando de direito social previsto em norma programática, deve ser observada a intermediação legislativa e a atuação material administrativa, tendo-se em conta a opção política e os recursos disponíveis.

8) RESERVA DO POSSÍVEL

A reserva do possível surgiu na jurisprudência alemã a partir do julgamento de um caso concreto em que estudantes exigiam que o Estado lhes garantisse uma vaga em curso de ensino superior²¹⁹, sendo que o Tribunal Constitucional entendeu que somente poderia ser exigido judicialmente aquilo que o indivíduo pudesse razoavelmente exigir da sociedade²²⁰. No entanto, a reserva do possível teve seu conceito desvirtuado pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, no qual passou a ser sinônimo de existência de recursos financeiros disponíveis

²¹⁷ in “O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012, página 209.

²¹⁸ in “Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums unter europäischem und innerstaatlichen Druck”, José Martínez Soria, Editado pela Berlin e-Working Papers on European Law - Chair of Public Law and European Law, Nr. 43, 2006, pág. 1-24.

²¹⁹ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 194.

²²⁰ in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 90.

nos cofres fazendários. Tal conceito assimila-se ao aspecto fático da reserva do possível, desprezando sua dimensão jurídica²²¹. Autores neoconstitucionalistas desprezam este aspecto jurídico, sob o entendimento de que não haveria escolhas políticas no tocante a prestações voltadas à tutela de direitos fundamentais²²².

Nesse passo, se torna necessário diferenciar a reserva do possível fática e jurídica. A primeira diz respeito à própria limitação de recursos existentes no erário e a última seria o juízo de oportunidade e conveniência exercido pelos órgãos políticos eleitos para decidir sobre a alocação dos recursos disponíveis²²³. Dessa forma, a escolha política de distribuição dos recursos existentes caberia ao legislador, como representante da maioria, em nome do princípio da separação de poderes e do princípio democrático²²⁴. Como são os cidadãos quem pagam os tributos, nada mais legítimo que sejam eles (através de seus representantes) a decidirem onde os recursos serão alocados, pelo que, nessa questão não poderia o Poder Judiciário se intrometer²²⁵. Portanto, ao contrário da jurisprudência e doutrina brasileiras, não se trata somente de uma questão de existência

²²¹ in “O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012, página 226, nota de rodapé.

²²² Nesse sentido: “não há escolhas, no entanto, quando se trata de determinados tipos de prestações voltadas à tutela de direitos fundamentais. É uma esfera em que não há discricionariedade”. In “A eficácia dos direitos sociais”, Ana Cristina Costa Meireles, editora juspodivm, 2008, página 448.

²²³ in “A eficácia dos direitos sociais”, Ana Cristina Costa Meireles, editora juspodivm, 2008, página 445.

²²⁴ in “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, José Carlos Vieira Andrade, 5ª Ed., Ed. Almedina, 2012, página 179-183.

²²⁵ Segundo Reis Novais, citando Alexy, pelos direitos fundamentais serem “tão importantes que não podem ser deixados à decisão da maioria parlamentar, os direitos fundamentais são, por natureza, furtados à disponibilidade do legislador e entregues aos tribunais, mas ‘no âmbito dos direitos sociais, os tribunais só podem decidir se o legislador decidiu’”. In “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 91-92.

de recursos, mas sim de competência para investimentos dos recursos existentes, questão que remonta ao princípio da separação de poderes e ao princípio democrático.

Portanto, a reserva do possível condicionaria a existência do próprio direito social prestacional, ou seja, somente seria devida a prestação fática caso o Estado tivesse recursos financeiros disponíveis. Somente haveria exceção quando o direito a prestação social estivesse consagrado em termos precisos e definitivos em formato de regra constitucional²²⁶, caso em que o Poder Judiciário teria competência para intervir para a garantia do direito social, uma vez que se trata de questão eminentemente jurídica.

De outro ponto, embora os direitos de liberdade também sejam custosos ao Estado, segundo tese defendida por Holmes e Sustain²²⁷, estes não estão afetos a reserva do possível. Na verdade, os bens protegidos pela norma garantidora das liberdades não teriam custo para o Estado (ex.: liberdade de expressão), somente haveria custo a garantia do exercício do direito. Assim, a existência de recursos diria respeito à efetividade da norma constitucional, ao plano da realização prática do direito. Já quanto aos direitos sociais prestacionais, o próprio bem jusfundamental teria custo, pelo que a existência de recurso condiciona a eficácia da norma e, conseqüentemente, o próprio direito. Disto resulta que não há violação do direito social prestacional quando o Estado não dispõe de recursos para garantir o acesso ao bem social. No tocante aos direitos de liberdade, por se tratar de efetividade da norma e de sua realização prática, haveria violação do direito e o Estado poderia ser obri-

²²⁶ in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 100.

²²⁷ Nesse sentido, Holmes e Sunstein defendem que não haveria a dicotomia entre direitos positivos e direito negativos, sendo que todos seriam positivos e acarretariam custos para o Estado: “(...) All rights are costly because all rights presuppose taxpayer funding of effective supervisory machinery for monitoring and enforcement.”(pág. 44) (...) “All rights are positive rights.”(pág. 48). In “The Cost of Rights – Why liberty depends on taxes”, Stephen Holmes and Cass R. Sunstein, Ed. W.W. Norton & Company, New York and London, 1999, págs. 35- 48.

gado judicialmente a recompor o direito lesado.²²⁸

Portanto, quando encarado sob sua principal dimensão (estrutura positiva e dever de promoção), os direitos sociais estariam sujeitos a reserva do possível, caso em que estaria condicionada a eficácia da norma e a própria existência do direito subjetivo à disponibilidade de recursos e à decisão da maioria sobre sua alocação²²⁹.

9) VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Quando os direitos sociais provenientes de normas programáticas tenham sido concretizados através de lei, torna-se necessário verificar se haveria algum direito subjetivo ao não retrocesso dos avanços sociais implementados.

A proibição do retrocesso surgiu na Alemanha, tendo em vista que a Constituição Alemã não consagrou direitos sociais. Assim, os mesmos eram previstos através da intermediação do legislador ordinário por meio de direitos derivados a prestação, sendo que, uma vez que estes não teriam a mesma hierarquia das normas constitucionais e poderiam ser suprimidos pelo legislador, surgiu a vedação do retrocesso social como forma de defender os avanços sociais de eventuais intromissões legislativas. Esse princípio teria como fundamento o princípio do Estado Social, previsto na Constituição Alemã, e seria proveniente de uma dimensão negativa dos direitos sociais. No sistema jurídico alemão a proibição do retrocesso se justifica como forma de garantia dos direitos sociais, já que previstos somente em legislação infraconstitucional. No entanto, na medida em que os direitos sociais já estariam garantidos na Constituição como direito fundamental, a vedação do retrocesso seria de duvidosa aplicação ao sistema brasileiro e português.

²²⁸ in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 93-103.

²²⁹ in “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, José Carlos Vieira Andrade, 5ª Ed., Ed. Almedina, 2012, página 179-183; 357-358.

Para os autores que defendem a vedação do retrocesso, há divergência quanto a uma vedação do retrocesso absoluta e uma relativa. No primeiro caso, quando implementados pelo legislador ordinário, os direitos sociais não podem ser suprimidos sem que se estabeleça um substitutivo ou compensação. Assim, mesmo que previstos em normas de eficácia limitada programática, haveria um direito subjetivo de não ser suprimido o benefício social já garantido por norma infraconstitucional, sob pena de inconstitucionalidade²³⁰. De outro lado, uma segunda vertente relativa advoga a tese de que o retrocesso social deveria atender a certas condições, pelo que não poderia atingir o conteúdo essencial do direito, não poderia ser desarrazoável, não poderia violar a igualdade, o princípio da confiança e da dignidade da pessoa humana²³¹. Segundo Jorge Reis Novais, ao invés da vedação do retrocesso, a vertente relativa trataria de uma restrição a um direito fundamental²³² e como tal deveria obedecer aos condicionamentos mencionados no artigo 18 da Constituição Portuguesa.

A doutrina neoconstitucionalista brasileira defende o princípio da vedação do retrocesso absoluto, o qual seria uma “manifestação jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais sociais” de exigir judicialmente que um direito social não seja afetado e estaria previsto no artigo 7º da Constituição da República Brasileira, bem como seria decorrente dos princípios da

²³⁰ in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 240-241.

²³¹ Segundo Luís Roberto Barroso, “viável o exercício de um direito que dependia de intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior.” In “O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira”, 7ª edição, renovar, 2003, página 157-158.

²³² in “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, José Carlos Vieira Andrade, 5ª Ed., Ed. Almedina, 2012, página 381.

²³³ in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 245-249. Ressalte-se aqui que o autor português defende minoritariamente a aplicação de idêntico regime aos direitos fundamentais.

dignidade da pessoa humana, da boa fé, da confiança e da segurança jurídica²³⁴. Alguns autores ainda dizem que tal princípio teria previsão no artigo 2º, item 1 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²³⁵.

Entretanto, não há qualquer menção expressa ao referido princípio, seja na constituição brasileira ou portuguesa, seja no pacto internacional citado. Quanto a este último, inclusive, o artigo 2º, item 1, deve ser interpretado para se admitir o regresso social desde que justificado e com obediência aos recursos disponíveis²³⁶. Ademais, não há interpretação do dispositivo constitucional que permita concluir que se teria um direito subjetivo a não revogação de lei que crie benefício social. Afirmar que princípios de conteúdo aberto e indeterminado preveriam o princípio da vedação do retrocesso seria de um subjetivismo tamanho.

Ademais, os direitos sociais estão condicionados a reserva do financeiramente possível. Dessa forma, a vedação de eventual retrocesso suporia um crescimento econômico sempre crescente. Se não bastasse isso, a vedação do retrocesso violaria o princípio da separação de poderes, na medida em que mitigaria a escolha do Poder Legislativo e Executivo em torno da eleição de prioridades e decisões políticas de alocação dos recursos disponíveis. Outrossim, caso admitida a vedação do retrocesso, os direitos sociais a prestações derivadas gozariam de maior proteção do que os direitos de liberdade constitucionalmente previstos, na medida em que estes últimos poderiam

²³⁴ in “A eficácia dos direitos sociais”, Ana Cristina Costa Meireles, editora Juspodivm, 2008, página 47 (citação); 42-50.

²³⁵ in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 242.

²³⁶ in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 242. O autor cita o Comentário Geral n 3, do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que dispõe sobre a natureza das obrigações assumidas pelos Estados partes, no sentido de que “quaisquer medidas deliberadamente regressivas nesse sentido exigiria a consideração mais cuidadosa e precisa ser plenamente justificada por referência à totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto da plena utilização do máximo de recursos disponíveis.”

ser restringidos pelo legislador ordinário sempre que houvesse que ser garantido outro direito ou bem digno de maior proteção, ao passo que os direitos sociais prestacionais jamais poderiam ser restringidos^{237 238}.

Por fim, deve ser levantada uma questão sociológica, que não pode ser deixada de lado pelo direito. Não há cabimento para a aplicação da teoria do retrocesso social diante da atual crise mundial, principalmente em países europeus que não possuem condições financeiras de manter o avanço social implantado nos anos anteriores. Nesse sentido, a vedação do retrocesso social representaria um risco a sustentabilidade do Estado Social, ao invés de constituir uma garantia dos direitos sociais.

10) DIREITO COMPARADO

Para uma melhor análise do ativismo judicial em âmbito brasileiro torna-se fundamental a análise do direito comparado, principalmente para se verificar as formas com que as constituições de outros países previram os direitos sociais. Neste ponto, algumas Constituições optaram por não prever direitos sociais, como a da Alemanha e dos Estados Unidos da América. Outros países, como Brasil, Índia, Portugal e África do Sul, previram direitos sociais em suas constituições.

A Constituição portuguesa sistematizou os direitos fundamentais em direitos, liberdades e garantias (título II da parte I) e direitos econômicos, sociais e culturais (título III da parte I), bem como previu a existência de direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (artigo 17º). Os direitos, liberdades e garantias, bem como os direitos de natureza análoga, gozariam de um regime de proteção privilegiado (artigo 18º e artigo 19º). Outrossim, haveria um regime

²³⁷ in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 242-243.

²³⁸ in “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, José Carlos Vieira Andrade, 5ª Ed., Ed. Almedina, 2012, página 377-381.

geral de proteção aplicável a todos os direitos fundamentais (artigo 12º e artigo 13º). Dessa forma, os direitos sociais não gozariam do mesmo regime de proteção dos direitos, liberdade e garantias²³⁹.

Registre-se que a doutrina debate em Portugal qual seria o regime aplicável aos direitos fundamentais. Uma primeira doutrina minoritária entende que não haveria diferença de estrutura entre direitos sociais e direitos de liberdade, por isso, deveriam estar submetidos a idêntico regime jurídico. Outra concepção tradicional, baseada no texto constitucional, entende que as características próprias dos direitos sociais, comparados com os direitos de liberdade, impediriam a aplicação do mesmo regime jurídico aos direitos fundamentais²⁴⁰. Existem ainda posições intermediárias, nas quais haveria um regime constitucional específico para os direitos sociais²⁴¹.

Para a doutrina tradicional portuguesa, os direitos sociais seriam direitos fundamentais reconhecidos na Constituição, entretanto não teriam geralmente conteúdo determinado e forma de exercício previsto na norma constitucional, pelo que não constituiriam direitos subjetivos. Conseqüentemente, estariam submetidos ao regime geral dos direitos fundamentais, mas não ao regime específico dos direitos, liberdades e garantias, salvo quando assumissem natureza análoga a estes últimos^{242 243}. Na Constituição portuguesa, o regime diferenciado dos direitos, liberdades e garantias implicaria em limites materiais de revisão (artigo 288, 'd'), atribuição de competência legislativa exclusiva à Assembléia da República e uma proteção diferenciada

²³⁹ in "Direitos Sociais", Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 338.

²⁴⁰ in "Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", José Carlos Vieira Andrade, 5ª Ed., Ed. Almedina, 2012, página 183.

²⁴¹ in "Direitos Sociais", Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 31-32.

²⁴² in "Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", José Carlos Vieira Andrade, 5ª Ed., Ed. Almedina, 2012, página 183.

²⁴³ in "Direitos Fundamentais: Introdução Geral", José Melo Alexandrino, Principia Editora, 2ª Ed., página 157.

prevista nos artigos 18º, 19º, 20º, n 5, 21º, 22º e 272º, n 3²⁴⁴. Entre estes, o artigo 18º, n 1, primeira parte, da Constituição portuguesa, dispõe que os direitos, liberdades e garantias seriam diretamente aplicáveis, ou seja, seriam normas diretamente invocadas pelo indivíduo. Os direitos sociais, por não estarem abrangidos pelo regime específico dos direitos, liberdades e garantias, não gozariam de aplicabilidade imediata^{245 246}.

Também na Constituição da Índia de 1950 há previsão de regimes diferenciados para os direitos fundamentais. Na parte III estão capitulados os direitos de liberdade, enquanto na parte IV está a maioria dos direitos sociais. O artigo 36 dispõe sobre o regime diferenciado; o artigo 37 sobre a impossibilidade de justiciabilidade dos direitos sociais; o artigo 41 menciona a reserva do possível; e o artigo 50 é expresso em vedar a intromissão do Poder Judiciário em políticas públicas.

Na Constituição Sul- Africana de 1996, no capítulo II, os artigos 26º (moradia), 27º (saúde, comida, água e segurança social) e 29º (educação), prevêm alguns direitos sociais e estabelecem a necessidade de progressiva realização pelo Estado, notadamente através de lei e outras medidas administrativas, de forma razoável e com a utilização dos recursos disponíveis. Aqui estaria ínsita a idéia da necessidade de políticas públicas para progressiva realização dos direitos sociais, a imprescindibilidade de intermediação legislativa e a previsão da reserva do possível.

A Constituição Brasileira não realiza a mesma diferenciação quanto ao regime dos direitos fundamentais, bem como não previu expressamente a reserva do possível nem a necessidade de realização progressiva dos direitos sociais pelo Estado, através de medidas legislativas e administrativas. No entanto, a

²⁴⁴ in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 358.

²⁴⁵ in “Direitos Fundamentais: Introdução Geral”, José Melo Alexandrino, Principia Editora, 2ª Ed., página 93.

²⁴⁶ in “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, José Carlos Vieira Andrade, 5ª Ed., Ed. Almedina, 2012, página 184.

norma do artigo 5º, parágrafo 1º, não faria com que de todas as normas de direitos fundamentais pudesse resultar um direito subjetivo, uma vez que seria uma norma- princípio e estabelecería uma maior eficácia possível que se pudesse extrair da norma de direito fundamental²⁴⁷. Além disso, embora não haja previsão expressa da reserva do possível na Constituição brasileira, é da essência dos direitos sociais prestacionais estarem condicionados a fatores econômicos e a opções políticas.

Desta feita, não se pode conferir a interpretação pretendida pela doutrina neoconstitucionalista ao artigo 5º, parágrafo 1º, para se atribuir eficácia plena e aplicabilidade imediata aos direitos sociais prestacionais previstos em normas programáticas. Não se pode desprezar a densidade da norma, sua estrutura e o dever imposto ao Estado para se conferir eficácia plena e aplicabilidade imediata a todos os direitos sociais.

11) PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais teve seu texto aprovado no Brasil por meio do Decreto Legislativo n 226, em 12 de dezembro de 1991 e a sua promulgação por meio do Decreto n 591, em 06 de julho de 1992. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos teriam hierarquia normativa supralegal quando não observado o procedimento previsto no artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição²⁴⁸, ao passo que, adotado o mencionado procedimento, teriam *status* de emenda constitucional. Dessa forma, o mencionado pacto integra o ordenamento jurídico brasileiro como norma supralegal, uma vez que não foi observada a formalida-

²⁴⁷ in “Curso de Direito Constitucional”, 4ª Ed. Ed. Saraiva, Paulo Gustavo Gonet Branco, Inocêncio Mártires Coelho e Gilmar Ferreira Mendes, pág. 285. Também in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 192.

²⁴⁸ in HC n 96772/SP, julgado em 09/06/1999, relator Ministro Celso de Mello.

de prevista no artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição.

O artigo 2º do supracitado pacto contempla o princípio da reserva do possível, na medida em que dispõe “no máximo dos seus recursos disponíveis”²⁴⁹. Ademais, ao prever que os direitos sociais seriam implementados de forma progressiva, expõe a idéia de que os direitos sociais devem ser concretizados através de políticas públicas, por meio de interposição de lei²⁵⁰. Disto resulta que, além da necessidade da intermediação do legislador ordinário, os direitos sociais necessitam de atos administrativos materiais para sua concretização, tendo em conta os aspectos econômicos e sociais.

Quanto ao retrocesso social, o dispositivo do artigo 2º, 1²⁵¹, deve ser interpretado no sentido da possibilidade de regresso social, desde que a restrição ao direito seja justificada e seja obedecida a existência de recursos disponíveis.^{252 253} Assim, os direitos sociais promocionais na sua dimensão negativa

²⁴⁹ in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 101.

²⁵⁰ Nesse sentido, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, órgão da ONU, ao interpretar o artigo 2º do Pacto concluiu que “a adoção de legislação será, em muitos casos, indispensável para que os direitos econômicos, sociais e culturais se tornem uma realidade, mas as leis, por si só, não constituem uma resposta suficiente a nível nacional. É necessário que os governos adotem medidas a nível administrativo, judicial, político, econômico, social e educativo, e muitas outras providências, para garantir o gozo desses direitos por todas as pessoas”. In “Direitos Humanos”, Ficha Informativa 16, Rev. I, Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, página 11.

²⁵¹ “Artigo 2º §1. Cada Estado Membro no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.”

²⁵² O Comentário Geral n 3, que dispõe sobre a natureza das obrigações assumidas pelos Estados partes, interpreta que “quaisquer medidas deliberadamente regressivas nesse sentido exigiria a consideração mais cuidadosa e precisa ser plenamente justificada por referência à totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto da plena utilização do máximo de recursos disponíveis”. In “Comentário n 3”, Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 14/12/90.

²⁵³ in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 242.

poderiam ser restringidos desde que houvesse motivação legítima, pelo que não teria aplicação a vedação do retrocesso social, inclusive pelo fato dos direitos estarem condicionados a existência de recursos.

Portanto, o referido Pacto constitui um importante limite infraconstitucional ao ativismo judicial. Eventual descumprimento das normas previstas no Pacto pelos órgãos fracionários dos Tribunais implicaria em declaração de inconstitucionalidade implícita, sem observância do princípio da cláusula de reserva de plenário (artigo 97 da Constituição), sendo que, a teor da Súmula Vinculante 10 do Supremo Tribunal Federal²⁵⁴, seria cabível a via processual da Reclamação para anulação da decisão proferida.

12) CARACTERIZAÇÃO DO ATIVISMO NO CAMPO DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais estariam sujeitos a algumas reservas, as quais o Poder Judiciário não teria competência para intervir por não se tratar de questões jurídicas.²⁵⁵

Como espécie de direito fundamental, os direitos sociais não são absolutos e a limitabilidade decorre da sua própria natureza, tendo em vista, inclusive, que a grande maioria é consagrada de forma abrangente em normas- princípio. Daí porque incide sobre eles uma reserva geral imanente de ponderação, caso em que poderia o legislador antecipar eventual conflito entre direitos fundamentais ou outros valores ou bens e, desde logo, decidir através de ponderação pela prevalência de um

²⁵⁴ “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

²⁵⁵ in “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, José Carlos Vieira Andrade, 5ª Ed., Ed. Almedina, 2012, página 370-371.

direito, valor ou bem sobre o direito social restringido^{256 257}. Portanto, quando se tratar de norma constitucional de eficácia contida ou de normas- princípio de eficácia plena o legislador deteria uma liberdade de conformação para restringir o direito social com vistas a garantir outro valor ou bem, através da técnica da ponderação²⁵⁸.

Pela reserva do politicamente adequado haveria uma margem de escolha política dos representantes da maioria eleita, uma vez que existiriam vários meios possíveis de proteção ou promoção do direito social. Já a reserva do possível seria um reforço à reserva do politicamente adequado, uma vez que além de dizer respeito à existência de recursos disponíveis também envolve a questão da competência para decidir onde esses recursos serão gastos.²⁵⁹ Dessa maneira, o legislador ordinário poderia expandir e desdobrar os efeitos das normas- princípio e teria certa discricionariedade para prever o conteúdo e o modo de exercício dos direitos sociais previstos em normas de eficácia limitada, embora neste caso tenha o dever de agir para emissão de atos legislativos sob pena de inconstitucionalidade por omissão²⁶⁰.

Dessa forma, pelo princípio da autolimitação judicial, o Poder Judiciário não pode apreciar decisões políticas de conformação, expansão, desdobramento e concretização das normas de direitos sociais, uma vez que há uma margem de esco-

²⁵⁶ in “Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático”, Jorge Reis Novais, Coimbra Editora, 2012, páginas 80-81. No mesmo sentido, Canotilho admitindo restrições não expressamente autorizadas, in “Direito Constitucional e teoria da Constituição”, 7ª Ed., Ed. Almedina, J.J. Gomes Canotilho, página 1277.

²⁵⁷ in “Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático”, Jorge Reis Novais, Coimbra Editora, 2012, páginas 37-64.

²⁵⁸ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 186.

²⁵⁹ in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 277; 280.

²⁶⁰ in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 186.

lha dos representantes da maioria. Somente quando a questão política possa ser analisada de acordo com parâmetros jurídicos constitucionais, pode o Poder Judiciário verificar a constitucionalidade da política, pelo que a análise judicial somente pode incidir sobre vícios de constitucionalidade, mas nunca sobre vícios de mérito (oportunidade e conveniência política).^{261 262}

Inobstante, notadamente quanto aos direitos sociais prestacionais (dimensão positiva e dever de promoção) tem sido recorrente no Judiciário Brasileiro decisões que conferem direitos subjetivos decorrentes de normas de eficácia limitada, suprimindo a omissão constitucional do Poder Legislativo. Neste ponto, segundo Carlos Blanco de Moraes, haveria que ser distinguido três tipos de omissões quanto à implementação dos direitos sociais²⁶³.

A primeira seria uma omissão total do legislador em cumprir seu dever constitucional, na qual o Tribunal substituiria o legislador na sua tarefa e criaria a norma aplicável. Não seria dado ao Tribunal legislar sobre políticas públicas, conferindo direitos subjetivos com base em normas programáticas, sob pena de violação do princípio da separação de poderes²⁶⁴.

A segunda envolveria uma omissão administrativa, uma vez que haveria lei e regulamentação, aptos a conferir eficácia às normas programáticas e a gerar direito subjetivo. Aqui não haveria intromissão do Poder Judiciário em atividades do Le-

²⁶¹ in “Direito Constitucional e teoria da Constituição”, 7ª Ed., Ed. Almedina, J.J. Gomes Canotilho, pág. 1308 -1309.

²⁶² in “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, José Carlos Vieira Andrade, 5ª Ed., Ed. Almedina, 2012, página 370-371.

²⁶³ in “O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012, página 217. Embora o autor utilize a classificação para o estudo da omissão específica na área da saúde, a mesma serve para os demais direitos sociais.

²⁶⁴ in “O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012, página 218.

gislativo ou do Executivo, mas sim se trataria de cumprimento de uma política pública já estabelecida em lei²⁶⁵.

Na terceira espécie haveria uma omissão aparente, na medida em que haveria lei regulamentando o direito previsto em norma constitucional programática. No entanto, o Tribunal deixaria de aplicá-la e julgaria o caso concreto com base em outra norma por ele produzida. Haveria a concretização de um direito pelo Tribunal, através da extração de um direito subjetivo de uma norma de eficácia limitada programática, o que já seria questionável. Se não bastasse isso, o juiz analisaria a legitimidade da política pública para entendê-la suficiente ou não para implementação do direito social, afastando sua aplicação. Aqui haveria uma desconsideração judicial das razões que fundamentaram a política pública, com invasão da esfera de competência do Poder Legislativo para optar pela melhor forma de concretização de direitos sociais.²⁶⁶

A situação é ainda mais grave quando se sabe que a Justiça ainda não é acessível para as camadas mais pobres da população. Dessa forma, frente à limitação de recursos, a concretização de direitos sociais pelo Poder Judiciário pode representar a falta de investimentos para implementação de direitos sociais para as classes mais carentes da população, o que só aumentaria a exclusão social. Se não bastasse isso, há uma nítida perda da imparcialidade judicial, na medida em que o juiz passa a ser interessado no processo, na qualidade de defensor de uma política pública por ele criada e imposta no caso concreto.²⁶⁷

²⁶⁵ in “O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direito sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012, página 219.

²⁶⁶ in “O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direito sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012, página 219.

²⁶⁷ in “O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e

Dessa forma, a prática ativista no campo dos direitos sociais ocorre quando o Judiciário, conferindo interpretação além dos limites do texto do dispositivo constitucional, substitui o Poder Legislativo na sua função de elaboração de norma geral de conformação, de expansão, de desdobramento e concretização de normas constitucionais. No entanto, a prática mais comum seria a concretização de direitos sociais diretamente de normas constitucionais de eficácia limitada programática e a substituição da decisão política da maioria democrática por aquela que o juiz entende melhor. Como consequência, além da violação ao princípio da separação de poderes e do princípio democrático, acarretaria a mitigação do princípio da igualdade entre eventuais beneficiários.

13) CONCLUSÃO

É importante frisar que não se deve abdicar da importante função do Poder Judiciário de garantidor dos direitos fundamentais, entretanto devem ser estabelecidos limites à atividade jurisdicional para que não haja uma interferência indevida nas tarefas atribuídas constitucionalmente aos demais Poderes.

Nesse sentido, deve ser adotado um método que confira cientificidade e segurança jurídica na interpretação e aplicação da Constituição, no qual a atividade criativa estaria balizada por fatores objetivos e o texto normativo seria o ponto de partida e o limite da interpretação. As doutrinas pós-positivistas, tanto de caráter sociológico como de caráter axiológico, podem acabar por conferir interpretação ao enunciado normativo que escape ao seu conteúdo semântico. O mesmo ocorreria quanto a doutrina neoconstitucionalista, ao propor uma nova hermenêutica com base em princípios e valores, na qual não haveria a

a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro-março, 2012, página 219.

adoção de método de interpretação e aplicação do direito ou o mesmo deveria ser baseado na técnica da ponderação exclusivamente.

Como espécie de norma jurídica, a Constituição necessita de um método científico de interpretação que confira segurança jurídica, uma vez que os valores morais objetivados na Constituição não são cartas adaptáveis a todas as situações de acordo com a vontade do intérprete, bem como a técnica da ponderação somente deve ser utilizada nos chamados *hard cases*, quando a ausência de normas diretamente aplicáveis torne necessária a solução do caso concreto em que haja a colisão de princípios. O abandono da tradicional metodologia interpretativa acarreta subjetivismo na aplicação das normas constitucionais e enseja o ativismo judicial, que seria caracterizado pela ausência de vinculação do Poder Judiciário ao texto da constituição, com invasão das competências reservadas ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, resultando na violação do princípio da separação de poderes e do princípio democrático.

Além do aspecto jurídico de violação aos citados princípios constitucionais, do ponto de vista sociológico a concretização de direitos sociais através de decisões judiciais ativistas pode acarretar o efeito perverso de excluir os mais necessitados. Notadamente no Brasil, onde somente as pessoas com algum poder aquisitivo possuem condições de litigar no Poder Judiciário, a grande massa carente está excluída das decisões judiciais de concretização de direitos sociais. Como a utilização de recursos financeiros para a execução das decisões judiciais implica remanejamento e diminuição de aplicação em outras áreas, fica patente que há uma exclusão dos mais necessitados.

Como forma de se impor limites ao ativismo judicial, principalmente no campo dos direitos fundamentais sociais, devem ser observados alguns parâmetros. Primeiramente, deve ser verificado se o direito fundamental está previsto em um

formato de regra, ou seja, uma decisão definitiva, de comando absoluto e de conteúdo determinado ou determinável, caso em que a norma será aplicada por subsunção. De outro lado, quando se tratar de um princípio de direito fundamental haveria certa indeterminação normativa, caso em que há uma margem para decisão política. Neste caso, a decisão judicial deve ser baseada no direito vigente, pelo que não pode substituir a decisão política do legislador democrático, salvo quando esta decisão política contrariar normas de direito. Logo, em se tratando de normas princípios, a margem da intervenção judicial dependeria da espécie de dever estatal envolvido (respeito, proteção ou promoção); da dimensão negativa ou positiva do direito fundamental; e da observância dos denominados limites aos limites.

A depender do dever estatal envolvido, os direitos sociais poderiam estar condicionados a uma reserva de ponderação, a uma reserva do politicamente adequado e a uma reserva do possível. A primeira conferiria margem para ponderação política a ser realizada pelo legislador, na qual se objetivasse restringir o direito social para se garantir um bem ou valor digno de maior proteção. A segunda daria competência à maioria para decidir politicamente sobre a melhor forma de concretização do direito social. Por fim, a reserva do possível seria um reforço a margem política de decisão, na qual o legislador democrático teria a atribuição de eleger as prioridades públicas de acordo com os recursos disponíveis. De outro ponto, tratando-se de um direito social na sua dimensão negativa, o juiz teria parâmetros jurídicos objetivos para avaliar a violação ao direito, ao passo que no caso do direito social na sua dimensão positiva o julgador não teria condições de avaliar o momento da violação, estipular o conteúdo e o modo de exercício do direito.

Tratando-se de questão política, o Parlamento democrático deve decidir sobre a melhor forma de conformação, de expansão, de desdobramento e concretização das normas de

direito social, tendo em vista parâmetros religiosos, filosóficos, culturais, econômicos, etc. A intervenção do Poder Judiciário somente surge em momento posterior para verificar se a decisão da maioria infringiu alguma norma da Constituição, pelo que a atividade jurisdicional se atém a uma questão jurídica e de fiscalização dos atos dos demais Poderes. Nesse sentido, a falta de método científico de interpretação do direito pode ocasionar a intromissão indevida do Poder Judiciário em questões políticas, em que a decisão cabe a maioria democrática.

Logo, ao contrário do mínimo existencial, não haveria direito subjetivo ao mínimo social uma vez que em se tratando de direito social previsto em norma programática deve ser observada a intermediação legislativa e a atuação material administrativa, tendo-se em conta a opção política e os recursos disponíveis. Da mesma forma, em nome da reserva do possível, do princípio democrático e da separação de poderes, não teria cabimento a vedação de retrocesso social no ordenamento brasileiro e português.

Neste aspecto, importante papel teria o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ao prever que os direitos sociais seriam implementados de forma progressiva, com observância da reserva do possível, com a necessidade de políticas públicas por meio de interposição de lei e com a possibilidade de retrocesso social. Inclusive, o descumprimento das normas do pacto internacional poderia ensejar a propositura de Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal para a anulação da decisão judicial.

Ainda como forma de conter o ativismo judicial, poderia haver a promulgação de Emenda Constitucional para se adotar o mesmo regime jurídico de aplicação das normas de direitos fundamentais previsto nas constituições de Portugal, Índia e África do Sul. No caso da Constituição Indiana, há expressa vedação à intromissão do Poder Judiciário em políticas públicas e à impossibilidade de justiciabilidade de direitos so-

ciais dependentes da intervenção da maioria (artigos 37 e 50). Outra solução seria a aprovação do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais com o rito especial previsto no artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal, para que o mesmo fosse recepcionado na ordem jurídica interna como Emenda Constitucional. Dessa forma, estaria se impondo limites à atividade judicial quanto à concretização de direitos sociais, uma vez que tornaria expressa a necessidade de intermediação legislativa e a observância de recursos disponíveis. Embora todos esses limites sejam da própria estrutura das normas constitucionais que prevejam direitos sociais, a adoção de Emenda Constitucional teria o condão de limitar a interpretação conferida pela doutrina neoconstitucionalista.

Se não bastasse isso, as citadas medidas jurídicas devem ser acompanhadas de uma maior atuação do Poder Legislativo e do Executivo, tanto para que sejam regulamentados os direitos sociais previstos na Constituição como para que sejam concretizados através de políticas públicas eficientes, em nítido exercício de justiça distributiva. Em caso de omissão poderiam ser adotados mecanismos apropriados para sanar a mora legislativa na regulamentação dos direitos sociais, como o trancamento da pauta do Congresso, pelo que a matéria tramitaria em regime de urgência e sobrestaria as demais; bem como, em se tratando de normas programáticas, poderia ser previsto um direito a indenização pela omissão inconstitucional, como já ocorre em Portugal²⁶⁸.



²⁶⁸ in “O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direito sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012, página 212.

BIBLIOGRAFIA

- “A Constituição burguesa: qu’est-ce que Le Tier État”, Emmanuel Joseph Sieyès, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.
- “A eficácia dos direitos sociais”, Ana Cristina Costa Meireles, editora juspodivm, 2008.
- “Antiformalismo jurídico – uma abordagem institucionalista da integração regional”, Clarissa Franzoi Dri, Cadernos PROLAM/USP, ano 8- vol 1, 2008.
- “Aplicabilidade das normas Constitucionais”, José Afonso da Silva, 6ª Ed., Editora Malheiros, 2002.
- “A Recepção da Declaração dos Direitos do Homem pela Constituição Portuguesa. Um fenômeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional”, Jorge Miranda, Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 199, jan./mar, 1995.
- “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, Ed. Saraiva.
- “Comentário n 3”, Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 14/12/90.
- “Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil”, Eduardo Appio, Juruá Editora, 2010.
- “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed.
- “Curso de Direito Constitucional”, 4ª Ed., Ed. Saraiva, Paulo Gustavo Gonet Branco, Inocêncio Mártires Coelho e Gilmar Ferreira Mendes.
- “Critica del Derecho Natural”, “Justicia y derecho natural”, Hans Kelsen, obra coletiva, Tradução Elias Diaz, Taurus, Madrid, 1966.
- “Critica del Derecho Natural”, “El Derecho Natural”, A. Passerin d’Entreves Courmayeur, obra coletiva, Tradução Elias Diaz, Taurus, Madrid, 1966.
- “Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums unter eu-

- ropäischem und innerstaatlichen Druck”, José Martínez Soria, Editado pela Berlin e-Working Papers on European Law - Chair of Public Law and European Law, Nr. 43, 2006.
- “Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais”, Paulo Otero, O Direito, 1990, III-IV.
- “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, Antonio Enrique Perez Luño, Tecnus, 6ª Ed., 1999, Madrid.
- “Derechos sociales y ponderación”, Robert Alexy e outros, Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.
- “De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano”, Peter Haberle, tradução Héctor Fix- Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, série Ensayos Jurídicos - núm 12.
- “Direito e Democracia – entre facticidade e validade”, Jürgen Habermas, v. II, Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.
- “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, J. J. Gomes Canotilho, Ed. Almedina, 7ª Ed.
- “Direitos Fundamentais: Introdução Geral”, José Melo Alexandrino, Principia Editora, 2ª Ed.
- “Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático”, Jorge Reis Novais, Coimbra Editora, 2012.
- “Direitos Humanos”, Ficha Informativa 16, Rev. I, Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.
- “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010.
- “Economia y Sociedad – esbozo de sociología comprensiva”, Max Weber, tradução José Medina Echavarría e outros, Fondo de Cultura Economica, Mexico, 1996, 2ª Ed, 10ª reimpressão.

- “Escritos de Derecho Constitucional”, Konrad Hesse, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- “Ficha Informativa sobre Direitos Humanos” n 16 – Rev. I, Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.
- “Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”, Peter Habberle, Tradução Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002.
- “História das Idéias Políticas”, Diogo Freitas do Amaral, Volume II, Lisboa 1998.
- “Incorporation by Law”, Joseph Raz, Legal Theory, vol. 10, publicado pela Universidade de Cambridge, 2004.
- “Introdução à Filosofia do Direito”, Gustav Radbruch, tradução Jacy de Souza Mendonça, 3ª Ed. 1965.
- “Justiça Constitucional”, Carlos Blanco de Morais, Tomo 2, Editora Coimbra, 2ª Ed.
- “Language, verdad y logica”, A. J. Ayer, Ed. Martinez Roca, Barcelona, 1971.
- “Legitimação pelo procedimento”, Niklas Luhmann, Ed. Universidade de Brasília, Tradução Maria da Conceição Côrte- Real.
- “Lições de Introdução ao Estudo do Direito”, Paulo Otero, I volume, 2º Tomo, 1999, Lisboa.
- “Lições de Introdução ao Estudo do Direito”, Paulo Otero, I volume, 1º Tomo, 1998, Lisboa.
- “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II.
- “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 2 ed. Coimbra, tomo IV.
- “Metodologia da Ciência do Direito”, Karl Larenz, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.
- “Métodos de Trabalho do Direito Constitucional”, Friedrich Muller, 3ª Ed., Ed. Renovar.

- “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, Traduzido por José Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951.
- “O Conceito de Direito”, Hebert L. A. Hart, 6ª Ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Tradução de A. Ribeiro Mendes.
- “O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012.
- “O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira”, Luís Roberto Barroso, 7ª, edição, renovar, 2003.
- “O espírito das leis”, Montesquieu, São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, v.1.
- “O império do direito”, Ronald Dworkin, tradução Jefferson Luiz Camargo, Martins Fontes, São Paulo, 2007.
- “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, José Carlos Vieira Andrade, 5ª Ed., Ed. Almedina, 2012.
- “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994.
- “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”, Claus- Wilhem Canaris, 5ª Ed., Editora Fundação Calouste Gulbenkian, tradução A. Menezes Cordeiro.
- “Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento”, Human Development Report – Oxford University Press.
- “Revista de Direito Sanitário”, “O Direito Social e o Direito Público Subjetivo à Saúde- O desafio de compreender um direito com duas faces”, Patrícia Ulson Pizarro

- Werner, Ed. LTR, vol 9, 2008, São Paulo;
- “Teoría de la Constitución”, Carl Schmitt, versão espanhola de Francisco Ayala, Alianza Universidad Textos, Alianza Editorial, 1996.
- “Teoria dos direitos fundamentais”, Robert Alexy, tradução Virgílio Afonso da Silva, Ed. Melheiros, 2008.
- “Teoria dos princípios – da definição e aplicação dos princípios jurídicos”, Humberto Ávila, Martins Fontes, 2008;
- “Teoria Pura do Direito”, Hans Kelsen, colecção studium, 1962.
- “The core of the case against Judicial Review”, Jeremy Waldron, The Yale Law Journal, 2006.
- “The Cost of Rights – Why liberty depends on taxes”, Stephen Holmes and Cass R. Sunstein, Ed. W.W. Norton & Company, New York and London, 1999.
- “The forms and limits of Constitutional Interpretation”, David M. Beatty, The American Journal of Comparative Law, vol. 49, no. 1, winter 2001.
- “Um olhar jurídico- constitucional sobre a judicialização da política”, J.J. Gomes Canotilho, Revista de Direito Administrativo, 245:91, maio/ago 2007, Fundação Getúlio Vargas.
- “Una metateoría del positivismo jurídico”, Roberto M. Jiménez Cano, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.
- “Verdade e Método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica”, Hans- Georg Gadamer, Tradução Flávio Paulo Meurer e Ênio Paulo Giachini, Ed. Vozes, 3ª Ed., Petrópolis, 1999.