

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO - UNICAP

TARCÍSIO BARROS BORGES

Celeridade processual e concretização dos direitos
fundamentais sociais nos Juizados Especiais Federais

RECIFE
2009

TARCÍSIO BARROS BORGES

Celeridade processual e concretização dos direitos
fundamentais sociais nos Juizados Especiais Federais

Dissertação submetida à apreciação
da banca examinadora do Curso de
Mestrado em Direito da Universidade
Católica de Pernambuco - UNICAP,
como requisito parcial para obtenção
do grau de mestre.

ORIENTADOR: PROF. DR. GUSTAVO FERREIRA SANTOS

RECIFE
2009

B732c

Borges, Tarcísio Barros.

Celeridade processual e concretização dos direitos fundamentais sociais nos juizados especiais federais / Tarcísio Barros Borges ; orientador Gustavo Ferreira Santos, 2009.

205 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, 2009.

1. Acesso à justiça. 2. Juizados especiais federais. 3. Direitos fundamentais. 4. Direito constitucional. I Título.

CDU 347.994 (81)

TARCÍSIO BARROS BORGES

Celeridade processual e concretização dos direitos fundamentais sociais
nos Juizados Especiais Federais

Dissertação submetida à apreciação da banca examinadora do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre.

Dissertação defendida e aprovada em 07 de abril de 2009, pela banca examinadora constituída pelos professores:

DOUTOR GUSTAVO FERREIRA SANTOS (ORIENTADOR)
UNICAP

DOUTOR SÉRGIO TORRES TEIXEIRA
UNICAP

DOUTOR MARCELO LABANCA CORRÊA DE ARAÚJO
UNICAP (MEMBRO EXTERNO AO PROGRAMA DA PÓS-GRADUAÇÃO DA
UNICAP)

Aos meus pais e à Raquel, Sofia, Beatriz e Gustavo, com amor, e aqueles que, direta ou indiretamente, colaboraram com a realização deste trabalho, especialmente os servidores da 14ª Vara Federal de Pernambuco, que diuturnamente trabalham em prol de uma Justiça mais efetiva.

RESUMO

Este trabalho enfoca duas questões jurídicas que se relacionam fortemente: a questão da eficácia dos direitos fundamentais, notadamente no que tange aos direitos fundamentais sociais, e o problema da celeridade da prestação jurisdicional na concretização desses direitos. Procurou-se, inicialmente, mostrar de que forma os direitos fundamentais surgiram nas ordens jurídicas ocidentais e como se desenvolveram para enfim se tornarem uma das características jurídicas essenciais das democracias constitucionais contemporâneas

Ressaltou-se no texto que a Constituição Federal brasileira de 1988 adotou de forma plena o ideário do Estado Social, amplamente aceito, também, na Europa Ocidental do pós-Guerra de 1945, pois, a partir da segunda metade do século passado, doutrinas neoconstitucionalistas passaram a tratar da Constituição como uma ordem de valores direcionada à satisfação da dignidade humana e isto repercutiu no reconhecimento da existência de direitos prestacionais de cunho social exigíveis do Estado como fator de promoção da igualdade real entre todos os membros da comunidade.

Por outro lado, o estudo abordou a questão da intervenção do Poder Judiciário na concretização de direitos sociais, afirmando que não existe óbice constitucional absoluto quanto à essa atuação, exceto no que tange à inexistência de recursos financeiros.

Por fim, procurou-se analisar se os juizados especiais federais estão aptos a atender ao princípio da celeridade processual ou da razoável duração do processo. A análise do suporte normativo dos juizados especiais federais, juntamente com o estudo dos dados estatísticos oficiais, mostraram que as mudanças legais introduzidas pela Lei n. 10.259/2001 permitiram uma maior celeridade processual nas causas envolvendo os direitos sociais.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional. Direitos fundamentais sociais. Celeridade processual. Juizados Especiais Federais.

ABSTRACT

This work analyses two juridical questions that are strongly related: the issue of social rights efficacy and the matter of procedure celerity when related with them.

In the beginning, the study examined how the fundamental rights was born in the juridical western societies e how they developed to became one of the most substantial attributes of contemporary constitutional democracies.

It was affirmed in the text that 1988 Brazilian Federal Constitution fully adopted the profile of Social State, as happened in Western Europe after the Second World War finished in 1945. In that time and after, new constitutional doctrines passed to consider the Constitution as a order of values directed to satisfy human dignity, what have taken the State to act more efficiently in favor of equality among mankind, by the recognition of state social duties.

Lastly, the study analyzed if the Brazilian federal small claims courts are suitable to observe the right to procedure celerity, which is laid in Brazilian Constitution. The conclusion was that, after the study of the laws that regulate the federal small claims and from the view of statistics, the legal changes adopted by Federal Law 10.259/2001 admitted major celerity in law suits concerning to social rights.

KEYWORDS

Constitutional law. Social fundamental rights. Procedure celerity. Brazilian Federal small claims courts.

SUMÁRIO

Introdução.....	09
1. Os Direitos Fundamentais Sociais.....	16
1.1. Direitos fundamentais sociais e o princípio da solidariedade.....	16
1.2. Dos direitos humanos aos direitos fundamentais.....	25
1.2.1 Breve histórico e estabelecimento na ordem internacional.....	25
1.3. O neoconstitucionalismo e os direitos fundamentais.....	48
1.4. Características básicas dos direitos fundamentais.....	53
1.4.1. As dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.....	53
1.4.2. Direitos fundamentais de defesa, direitos a prestações e direitos de participação.....	71
1.4.3. A Constituição brasileira e a função equalizadora dos direitos sociais.....	85
1.4.4. A força jurídica peculiar dos direitos fundamentais sociais e a cláusula da reserva do possível.....	94
2. Microsistema processual dos Juizados Especiais Federais Cíveis.....	115
2.1. Considerações iniciais.....	115
2.2. Histórico e considerações gerais.....	117
2.3. Competência dos Juizados Especiais Federais.....	122
2.3.1. Conceito constitucional de causa de menor complexidade...124	
2.3.2. Competência absoluta dos juizados especiais federais.....	127
2.4. Inovações procedimentais da Lei n. 10.259/2001.....	128
2.4.1. Partes nos juizados especiais federais.....	129
2.4.2. Restrição à interposição de recursos e possibilidade concessão de cautelar e de tutela antecipatória, ambas de ofício.....	130
2.4.3. Inexistência de privilégios processuais em favor da Fazenda Pública.....	132

2.4.4. Inovações probatórias.....	133
2.4.5. Citações e intimações.....	137
2.4.6. Reforço da possibilidade de conciliação por parte das entidades públicas.....	138
2.4.7. Execução nos juizados especiais federais.....	141
2.4.8. Sistema recursal dos juizados especiais federais.....	144
3. O princípio da duração razoável do processo e os Juizados Especiais Federais Cíveis.....	150
3.1. O princípio constitucional da razoável duração do processo....	150
3.1.1. A celeridade processual e o direito internacional.....	151
3.1.2. A celeridade processual e o direito interno.....	156
3.2. Os direitos fundamentais sociais e os juizados especiais federais.....	169
3.3. Duração dos processos nos Juizados Especiais Federais de Recife/PE: análise dos dados estatísticos oficiais.....	174
Conclusões.....	189

Introdução

O presente trabalho enfoca primordialmente a questão dos direitos fundamentais sociais, especialmente no que se refere às possibilidades de sua concretização efetiva na comunidade jurídica. O interesse da pesquisa se justifica tendo em vista a consideração de que tais direitos fundamentais, fundados no princípio maior da solidariedade social, são essenciais para o livre desenvolvimento da personalidade humana e são naturalmente destinados às pessoas menos favorecidas de uma determinada comunidade de pessoas ordenada juridicamente.

Paralelamente à questão dos direitos sociais fundamentais, analisa-se o aspecto processual de sua concretização, tendo em vista a atenção que se deve dar ao problema da efetividade – ou, mais precisamente, da celeridade processual – no nosso sistema jurídico.

Com efeito, é fato conhecido não apenas no Brasil, mas também em outros países, inclusive em alguns países integrantes do rol daqueles mais economicamente desenvolvidos, que o Poder Judiciário tem tido dificuldades na concretização efetiva e célere dos direitos em geral e também dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Em face de tal morosidade processual, verificada notadamente no nosso país, acontece um amplo debate mundial sobre o tema do acesso à Justiça¹ e que atualmente não se resume à seara doutrinária, mas antes já apresenta implicações práticas diretas na vida da comunidade estatal e de seus indivíduos, tendo em vista, por exemplo, a atuação efetiva de algumas cortes internacionais de Justiça, as quais vêm tentando impor aos Estados uma melhor prestação jurisdicional, por meio de condenações pecuniárias que ostentam, além do caráter reparador, também um viés didático.

¹ Sobre o tema mais amplo do acesso à Justiça, conferir a obra magistral de: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1988.

Essa problemática da celeridade processual frente à concretização dos direitos fundamentais também se insere no debate jurídico mais amplo ligado à necessidade de concessão de uma maior efetividade ao próprio texto constitucional, especialmente no campo da eficácia dos direitos fundamentais e da valorização da dignidade humana.²

Com efeito, há uma forte vinculação entre os temas acesso à Justiça e concretização da máxima efetividade da Constituição, tendo em vista que é por meio daquele direito fundamental, do tipo garantia fundamental de caráter instrumental, que outros direitos fundamentais podem “sair” do papel e tornarem-se realidade concreta.³ Não se pode, portanto, desvincular o estudo do direito ao acesso à Justiça⁴ do problema da própria efetividade jurídica das constituições.

Os direitos fundamentais, por sua vez, consistem numa ordem de sentido axiológica e constituinte da “dimensão básica da Constituição material, com a qual é até muitas vezes confundida ou conscientemente identificada”, e destinada a proteger o homem na sociedade política, permitindo seu livre desenvolvimento.⁵

Trata-se, ainda, como afirma parcela da doutrina, de questão intimamente conectada ao princípio maior da dignidade do ser humano⁶ e ao princípio da igualdade, considerado este no sentido não meramente formal, mas antes no sentido material. A existência de um conceito de dignidade humana é o maior reconhecimento da racionalidade humana, caractere que diferencia o ser humano dos demais seres vivos, e

² Costuma-se chamar de “neoconstitucionalismo” o fenômeno de revalorização da Constituição a partir da segunda metade do século passado. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, ano 15, n. 58, p. 129-173, jan./mar. 2007, p. 134.

³ Para Oliveira Baracho, a jurisdição constitucional pode ampliar os direitos e liberdades fundamentais. Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Jurisdição Constitucional da Liberdade*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 11.

⁴ Incluído nesse conceito o direito à duração razoável do processo ou à celeridade processual, que é um aspecto do direito ao amplo acesso à Justiça.

⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 106.

⁶ Os direitos fundamentais são um sistema dotado de unidade de sentido e centrado na dignidade humana. Cf. LUÑO, Antonio-Henrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madri: Editorial Tecnos, 2007, p. 134.

permite uma construção dirigida e progressiva⁷ da humanidade alinhada a determinados padrões éticos e morais evoluídos historicamente.

Por isso, pôde-se verificar o surgimento, na história da filosofia juspolítica, de uma dimensão social dos direitos fundamentais, em contraposição ou, melhor dizendo, em complementação à uma dimensão liberal clássica dos direitos fundamentais, sob o pressuposto básico da existência de um nível mínimo de condições materiais necessárias para o desenvolvimento pleno da personalidade humana, permitindo-se, então, a partir dessa igualdade de condições de partida, o uso da autonomia individual para a consecução da própria felicidade humana.

No texto, verificar-se-á que a doutrina constitucional contemporânea, e também os textos normativos do direito internacional relacionados aos direitos humanos, tem anotado o caráter indivisível ou inter-relacional das diversas dimensões dos direitos fundamentais, pois seria impossível a realização dos direitos civis – liberais clássicos – e políticos sem a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais⁸, já que estes preparam o ser humano para uma condição de vida materialmente digna que o permite utilizar sua liberdade de forma proveitosa.

Ou seja, não cabe falar em liberdade individual, ou mesmo em igualdade jurídica formal, sem compreender que o pleno gozo desses direitos básicos depende do implemento de um mínimo de requisitos materiais básicos imprescindíveis à própria sobrevivência do homem e seu desenvolvimento como pessoa.⁹

⁷ Não teria o homem apenas a capacidade de raciocínio como fator de diferenciação dos animais, mas também um sentido de “perfectibilidade” que a sua liberdade lhe permitiria, podendo, assim, evoluir historicamente e se “aperfeiçoar ao longo da vida”, segundo nos mostra J.J. Rousseau. *Apud*: FERRY, Luc. *Aprender a viver: filosofia para os novos tempos*. Objetiva: Rio de Janeiro, 2007, p. 130 e segs.

⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: AMARAL JR., Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia Maria (org.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999, p. 29.

⁹ Para Peces-Barba Martínez, a “liberdade promocional” tem três dimensões: suprimento das necessidades básicas e vitais do ser humano, de sua manutenção e de sua melhoria, as quais complementam a liberdade clássica de não interferência. Cf. MARTÍNEZ. Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 140-143.

Os direitos sociais econômicos e culturais, por seu turno, também estão presentes no debate sobre os direitos humanos no cenário internacional, pelo menos desde a edição da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948¹⁰, nascida na seqüência do término da Segunda Grande Guerra mundial.¹¹ Eles também representam um sentido de complementaridade e interdependência em face dos direitos civis e políticos clássicos, tal como ocorre no plano dos direitos fundamentais positivados. E tal complementaridade foi aceita como princípio fundamental do sistema universal de defesa dos direitos humanos pela Conferência Mundial de Direitos Humanos realizada em Viena, Áustria, no ano de 1993.¹²

Tal processo de internacionalização avançou com o estabelecimento do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado em 1966 pela ONU, e ainda com a Conferência Mundial de Direitos Humanos realizada em Viena, no ano de 1993, na qual reafirmou-se a "inter-relação entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos em todo o mundo".¹³

No plano do Direito Constitucional brasileiro, vale registrar que a "agenda social" está inserida logo no começo da Carta Constitucional de 1988¹⁴, o que já mostra a importância dos direitos sociais a partir da redemocratização do país. Por outro lado, é valioso registrar que nossa sociedade institucionalizada constitucionalmente tem expressamente como fundamento primeiro a dignidade humana¹⁵ e coloca como objetivos, também denominados de fundamentais, diversas tarefas

¹⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: AMARAL JR., Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia Maria (org.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999, p. 17.

¹¹ Segundo Francisco Rezek, os direitos sociais, econômicos e culturais também iniciam sua internacionalização a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem. REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 221-222.

¹² COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 68.

¹³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: AMARAL JR., Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia Maria (org.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999, p. 30.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Integração Social e Perspectivas da Democracia. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 461-477, p. 465.

¹⁵ Constituição Federal, art. 1º, III.

conectadas à igualdade material dos indivíduos, como, *ex. gr.*, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais; e promoção do bem de todos, entre outros previstos no corpo da Constituição.¹⁶

Nesse diapasão, no sentido da importância dos direitos sociais na Constituição, é sintomático constatar que o capítulo da Carta Política destinado a disciplinar os direitos sociais esteja inserido no Título denominado "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", juntamente com os demais capítulos destinados aos direitos individuais fundamentais, aos direitos de nacionalidade e aos direitos políticos.

Pode-se falar, assim, na existência de "uma sonora declaração em favor da superação das desigualdades sociais e regionais"¹⁷, a qual impregna todo o texto constitucional e dá um caráter de Estado Social ao nosso ente estatal.

Por outro lado, a redemocratização brasileira também repercutiu na atuação do Poder Judiciário, agora chamado a concretizar, além dos clássicos direitos ditos liberais, ou de defesa, também os direitos fundamentais sociais, mais relacionados à atuação positiva do Estado em prol de determinados grupos ou classes sociais, especialmente em favor dos hipossuficientes.

O aumento da atuação do Poder Judiciário na defesa de direitos prestacionais - e também no que concerne à determinadas políticas públicas - tem, por seu turno, implicado em diversos questionamentos, especialmente no que diz respeito aos parâmetros de atuação do legislador ordinário no nosso sistema representativo.

Por isso a importância do estudo do tema da celeridade processual, tão debatido atualmente no Brasil e no mundo democrático, e sua relação direta com os direitos sociais, que muitas vezes estão

¹⁶ Constituição Federal, art. 3º, I, III e IV.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Integração Social e Perspectivas da Democracia. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 461-477, p. 465.

relacionados diretamente ao direito ao mínimo existencial¹⁸, pressuposto mesmo da dignidade humana.

Nesse contexto, tem chamado a atenção dos estudiosos da celeridade processual o microsistema processual dos juizados especiais cíveis federais, tendo em vista a grande quantidade de processos ajuizados a partir do ano de 2002, data da implantação efetiva da Lei n. 10.259/2001.

Há que se verificar se os resultados foram satisfatórios, sob o ponto de vista da celeridade processual, tendo em vista as mudanças de paradigma trazidas pela nova lei para o âmbito da Jurisdição Federal. A presente pesquisa procura analisar se ocorre a concretização de direitos fundamentais sociais num prazo razoável, no âmbito dos juizados especiais federais, por meio da análise das estatísticas oficiais disponíveis.

O certo é que a Lei n. 10.259/2001 – que basicamente aplica o rito procedimental da Lei n. 9.099/95 adaptado para as causas envolvendo pessoas jurídicas públicas – trouxe grandes avanços em favor dos jurisdicionados menos desprovidos de recursos materiais, mas ainda são necessários ajustes para uma maior celeridade processual.

No plano dogmático, constata-se uma nítida relação entre o princípio constitucional da celeridade processual, agora inscrito definitivamente na Constituição Federal de 1988, por meio do novo inciso LXXVII do art. 5º da Lei Maior, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, e os juizados especiais em geral, pois estes têm como principal objetivo exatamente a obtenção de uma justiça mais célere, conforme se nota do art. 2º da Lei n. 9.099/95, dispositivo que traça os princípios que regem os juizados especiais.

Por outro lado, a concretização da “razoável duração do processo”, como quer a Constituição Federal, ganha mais importância jurídica e social em relação a processos que envolvem direitos fundamentais básicos da pessoa humana, como é o caso dos direitos

¹⁸ Sobre o conceito de mínimo existencial e a Constituição brasileira, Cf. LIMA, George Marmelstein. *Proteção Judicial dos Direitos Fundamentais: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha*. Disponível em <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/alemanha.pdf>>. Acesso em: 06/08/2007, p. 112 e segs.

fundamentais sociais, os quais estão intimamente conectados ao princípio da dignidade da pessoa humana.

De fato, por exemplo, em causas nas quais se discutem benefícios previdenciários ou questões salariais dos servidores públicos o que se observa muitas vezes é a essencialidade dos bens jurídicos litigiosos, pois tais prestações pecuniárias são indispensáveis para proporcionar a própria sobrevivência digna das pessoas.

Nesse contexto, os juizados especiais federais têm como finalidade a "agilização dos processos judiciais de menor expressão econômica, facilitando o acesso à Justiça e o ressarcimento das partes menos favorecidas nas disputas" contra os entes públicos federais¹⁹.

Essa função de agilização apresenta, portanto, um "resultado social louvável, ao permitir que causas de pequeno valor que afetem camadas significativas da população, como as previdenciárias e as administrativas, sejam decididas e executadas dentro de um prazo socialmente adequado".²⁰

Para uma melhor análise das mudanças jurídicas introduzidas pela Lei n. 10.259/2001 na Jurisdição Federal e a relação destas com a celeridade processual, foi possível analisar dados estatísticos oficiais, tanto do Conselho de Justiça Federal - CJF, como do Tribunal Regional Federal da 5ª Região e de seu sistema digital de processamento de causas²¹ destinado aos juizados especiais federais cíveis, para tentar quantificar o tempo de duração dos processos, pelo menos no âmbito das três varas federais de Recife-PE que detêm competência privativa para os processos cíveis de menor valor econômico.

Os resultados estão sendo apresentados em tópico próprio e mostram que as inovações efetivamente trouxeram benefícios para a celeridade da jurisdição federal, notadamente no que diz respeito à concretização dos direitos sociais.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Integração Social e Perspectivas da Democracia. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Constituição e Crise Política*. Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p. 472.

²⁰ *Ibidem*, p. 472-473.

²¹ O nome do programa de computador se chama CRETA e inclusive já foi premiado em nível nacional em face de sua excelência.

Dessa forma, ressalte-se a importância de tratar do tema da celeridade processual e a sua relação com os direitos fundamentais sociais, sendo o estudo do âmbito normativo do microsistema processual dos juizados especiais federais um ponto de vista valioso para o estudioso do Direito Constitucional e também do Direito Processual.

O esquema do presente estudo envolve inicialmente o estudo dos direitos fundamentais sociais, apresentando-se seus fundamentos históricos e doutrinários, para em seguida discutir a formulação jurídica do microsistema processual dos juizados especiais federais cíveis. Posteriormente, será analisada a relação do direito constitucional à razoável duração do processo e os juizados especiais federais, ressaltando-se de que forma eles interagem.

Finalmente, a fim de tentar ilustrar as possibilidades de agilização dos processos a partir da edição da Lei n. 10.259/2001, apresentar-se-ão alguns dados estatísticos para a formação de opinião sobre a eficácia das inovações legislativas introduzidas pela referida lei no âmbito da Jurisdição Federal.

1. Os Direitos Fundamentais Sociais

1.1. Direitos fundamentais sociais e o princípio da solidariedade

Antes de avançar no estudo específico dos direitos fundamentais sociais, convém analisar de que modo evoluíram os institutos jurídicos de proteção dos súditos do Estado – hoje denominados de cidadãos, e mais corretamente, de seres humanos – até a época atual, a fim de demonstrar a paulatina consolidação da idéia da existência de posições jurídicas consideradas fundamentais para os indivíduos, ou seja, de elevada importância nas relações intersubjetivas da comunidade política.

Atualmente, em razão da prevalência em boa parte do mundo ocidental desenvolvido do chamado Estado Social de Direito, especialmente na Europa Ocidental²², reconheceu-se claramente a insuficiência dos direitos liberais clássicos²³ para uma melhor conformação da sociedade exigida pelo princípio da solidariedade²⁴, em oposição às perspectivas capitalistas mais radicais.

Nesse sentido, as doutrinas neoliberais econômicas e políticas de cunho globalizantes, em vigor nos últimos anos do Século XX e no começo do presente século não parecem ser a melhor solução para os problemas da comunidade política tanto em nível nacional como no patamar mundial, na medida em que revelam um tipo de homem insensível à condição do outro, ou seja, sem os condicionantes morais das obrigações sociais decorrentes da dignidade humana.

De fato, assim se expressa Jürgen Habermas, revelando a tensão entre as perspectivas liberal clássica e social da filosófica política, e que também implicou na evolução dos direitos fundamentais no sentido socializante e prestacional:

A teoria neoliberal conta com sujeitos do direito privado [Privatrechtssubjekte] que “fazem e permitem o que querem”, segundo as próprias preferências e orientação de valores, dentro das fronteiras legais de ação. Eles não necessitam se interessar mutuamente uns pelos outros e, portanto, não estão equipados com um sentido moral para obrigações sociais. O respeito reclamado juridicamente pelas

²² Para Habermas, o estabelecimento do Estado Social na Europa na segunda metade do Século XX foi uma das conseqüências benéficas da 2ª Guerra Mundial, época na qual a “forma econômica altamente produtiva do capitalismo foi sujeitada pela primeira vez de modo social”, o que garantiu, na sua visão, direitos sociais básicos. HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 63-64.

²³ A distinção entre direitos liberais clássicos, no sentido de liberdades negativas, ou direitos de não interferência, frente ao Estado, e os direitos prestacionais exigíveis contra o Estado será objeto de tratamento específico mais adiante.

²⁴ O princípio da solidariedade (“consciência da solidariedade cosmopolita obrigatória”) não só entre cidadãos dos Estados nacionais e também na comunidade internacional é uma exigência para o estabelecimento de ordens democráticas nacionais e internacionais de cunho social sem as danosas interferências do neoliberalismo econômico. Cf. HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 136, 141.

liberdades privadas [...] é algo diferente do respeito uniforme diante da dignidade humana de qualquer pessoa.²⁵

Como se nota, não existe uma liberdade absoluta do indivíduo, ainda que a liberdade geral de ação seja uma pretensão do Direito. Mas tal pretensão não é incondicional exatamente porque enquadrada pelo princípio da solidariedade exigido pelo Estado Social de Direito.

A perspectiva doutrinária da visão menos liberal acerca da filosofia política inclui a necessidade do Estado, mais precisamente do Estado Social, atuar de forma mais efetiva para propiciar a todos os indivíduos o suprimento de suas necessidades básicas, reconhecendo, destarte, uma “função promocional do direito”, de caráter liberal menos acentuado.²⁶

O que se deve promover é uma igualdade mais real e menos formal dos seres humanos, rechaçando-se um “autismo economicista” que apenas visualiza os problemas de escassez a partir de considerações meramente econômicas e que tem uma perspectiva despreocupada da “dimensão integral” da pessoa humana e dos valores da fraternidade e da solidariedade.²⁷ As doutrinas neoliberais, ao se despregarem do ideário do Estado Social, por sua vez, pecam pelo excessivo apego a uma idéia de uma liberdade radical como princípio básico da comunidade, por entenderem que “o valor de uso das liberdades dos cidadãos se esgota na fruição da autonomia privada.” E, com isso, descarta a necessária interação entre a autonomia privada e a autonomia política dos indivíduos, prejudicando a “idéia republicana de

²⁵ HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 119.

²⁶ MARTÍNEZ. Gregorio Peces-Barba. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico: Escritos de Filosofía Jurídica y Política*. Madri: Dykinson, 1999, p. 69.

²⁷ MARTÍNEZ. Gregorio Peces-Barba. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico: Escritos de Filosofía Jurídica y Política*. Madri: Dykinson, 1999, p. 81-82.

autolegislação” na qual tais autonomias “se pressupõem reciprocamente”.²⁸

Ou seja, desconsidera-se a *dimensão normativa e social* da vida em comunidade, no sentido de que os homens não vivem isoladamente, mas antes formulam um contrato social para deixarem o “estado da natureza”, necessariamente se auto-concedendo regras para a convivência recíproca, sempre com a preocupação voltada ao interesse de todos os membros da comunidade, o que denota a premência de uma visão solidária da vida em comum.

Por isso, a liberdade e a dignidade humanas não se concretizam, em relação ao homem concreto, de forma isolada, mas antes se realizam “necessariamente na vida social”²⁹, donde posturas egoístas da idéia de liberdade devem ser rechaçadas.

Nesse sentido, os direitos sociais são baseados nos valores da igualdade material e da solidariedade e têm uma “função equilibradora das desigualdades sociais”, adquirindo:

[...] deste modo, uma significação abertamente polêmica com respeito à cômoda ideologia individualista do *laissez faire*, e com a sua incapacidade de evitar ou corrigir as tensões sociais frutos das desigualdades econômicas.³⁰

O Estado Social e, portanto, a concepção normativa dos direitos sociais, tem a função de permitir que grupos menos privilegiados possam “efetivamente utilizar os direitos formais divididos igualmente”, dando privilégio a uma necessidade de alcançar uma igualdade fática dentro e para além da decantada igualdade jurídica formal. Nesse sentido, expressamente diz Habermas:

É na dialética da igualdade jurídica e desigualdade fática que se fundamenta a tarefa do Estado Social de atuar no sentido

²⁸ HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 119-120.

²⁹ MARTÍNEZ. Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 136.

³⁰ LUÑO, Antonio-Henrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madri: Editorial Tecnos, 2007, p. 183-184.

de garantir as condições de vida – em termos sociais, tecnológicos e ecológicos – que tornam possível um uso igualitário dos direitos civis divididos de modo igual.³¹

E essa igualdade material também é condição para o livre desenvolvimento pessoal e cultural do homem na sociedade, que é um pressuposto necessário para um melhor usufruto das liberdades políticas³² que permitem ao indivíduo participar, ativamente e efetivamente, das decisões políticas da comunidade estatal que integra. Com isso demonstra-se a inequívoca e instrumental conexão entre os direitos sociais e a democracia, ainda mais se esta for compreendida procedimentalmente e sob a ótica da teoria do discurso, na qual o procedimento democrático demanda não apenas a participação em eleições, mas também o processo comunicativo em que os participantes possam defender posições de forma fundamentada e com argumentos racionais.³³

Por outro lado, os direitos fundamentais em geral, e também mais especificamente os sociais, ostentam forte conteúdo moral e indicam uma nova concepção jusfilosófica de reaproximação do direito com a moral, noção perdida com o desenvolvimento do positivismo jurídico meramente normativista.³⁴ De fato, para autores como Gregorio Peces-Barba Martinez, o significado atual dos direitos fundamentais atuais refere-se a uma “prestação moral justificada e sua recepção no Direito positivo” e o método correto de compreensão do seu conteúdo deve:

[...] superar a dialética jusnaturalismo-positivismo, e nos significados pondo em relevo a necessária

³¹ HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 83-84.

³² Para Peces-Barba, existem três dimensões da liberdade: a de não interferência, de cunho clássico; a promocional, de caráter social, e a de participação política. Cf. MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 140-146.

³³ HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 140.

³⁴ Cf. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 38, para quem os princípios morais são úteis no Direito especialmente no momento da fundamentação das decisões, tendo em vista a necessidade discursiva de alcance da “pretensão de correção” exigida do Direito: “A correção jurídica abarca, assim, elementos de correção moral. É a correção substancial de princípios morais que a torna considerável juridicamente, e nada mais.”.

complementaridade e a coerência interna das contribuições liberal, democrática e socialista, é dizer, dos direitos como não interferência, como participação e como prestação.³⁵

Assim, os direitos fundamentais, na perspectiva contemporânea e respectiva realidade histórica, não se limitam aos direitos de não interferência clássicos, também ditos individuais, mas ostentam os componentes político e social, exatamente porque a democracia e o Estado Social têm prevalecido no mundo desenvolvido, especialmente no Ocidente, além do componente moral exigido pela necessidade de correção do Direito (Alexy).

É certo que inclusive no país berço do liberalismo econômico e líder do capitalismo contemporâneo, os Estados Unidos da América, onde a ausência do Estado muitas vezes é um desejo da comunidade, atualmente há forte debate sobre a intervenção econômica na economia³⁶ e sobre o papel do Estado quanto aos serviços de saúde.

E não se pode olvidar que a compreensão dos direitos fundamentais em geral também está vinculada a interação entre uma moralidade racional e seus condicionamentos históricos, que deve ser analisada em face de critérios reais e culturais de determinada época e lugar.

Com efeito, para Peces-Barba Martinez:

A aplicação de critérios racionais para construir o modelo de fundamentação dos direitos, é dizer, para entender a moralidade dos direitos fundamentais, ou a isto em sua dimensão de pretensões morais justificadas, se faz sobre uma base histórica, ou situada na história.³⁷

Nesse contexto, os direitos humanos, ou fundamentais, não seriam a expressão pura de um racionalismo abstrato, atemporal,

³⁵ MARTÍNEZ. Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 29.

³⁶ Basta lembrar a presente crise financeira e econômica que se alastrou pelo mundo a partir dos créditos hipotecários “podres” em poder de bancos americanos. O noticiário revelou que diversas instituições financeiras e, mais recentemente, também grandes indústrias estão sendo ajudadas pelo governo americano, para evitar a falência de parte do sistema capitalista. Assim, o debate sobre o Estado Social ganha ainda mais importância num contexto de crise econômica mundial, na qual os governos são chamados a intervir.

³⁷ MARTÍNEZ. Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 33.

mas antes surgiriam como decorrência de “exigências históricas e de uns interesses sentido pela burguesia, que é quem impulsiona o processo com o objetivo de limitar o Poder político”. E, assim, os direitos liberais, por exemplo, “aparecem como exigências da realidade histórica do mundo moderno” e, desta forma, foram tornados “jurídicos”, o que indicaria que esses direitos não decorrem unicamente da razão natural, mas sim de uma “resposta, como dissenso frente a uma situação de fato, que provoca uma reação intelectual que geram os valores que os fundamentam”.³⁸

Note-se que a racionalidade não deixa de interferir, pois a “reação intelectual” que se forma a partir de determinadas situações de fato consideradas inadequadas tem um caráter racional, ainda que influenciada pelas circunstâncias históricas de cada época.

A compreensão histórica dos direitos fundamentais, como dito, também não exclui o componente racional desses direitos, na medida em que o componente positivo dos direitos do homem – pode-se dizer componente constitucional, após a recepção pelo ordenamento constitucional – pressupõe:

[...] uma dimensão extraconstitucional e transpositiva destes [dos direitos fundamentais], que tem como centro de referência a dignidade da pessoa humana: nesse sentido e nessa medida pressupõe a dimensão que denominamos filosófica ou jusnaturalista.³⁹

De forma que, em última instância, quando em análise direitos muito peculiares da condição humana, especialmente no que toca à dignidade humana, não há como escapar de um certo naturalismo racional, que decorre da própria condição do homem como ser pensante e racional, o qual, por meio da “comunicação através da linguagem e da construção de conceitos gerais, elementos decisivos para a produção intelectual e para a criação da cultura, desde o ponto de vista do ser

³⁸ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 130-131.

³⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 48.

humano em sua dimensão mais radical, conduzem a moralidade que dá sentido último a vida".⁴⁰

E até no campo da teoria da argumentação jurídica, nota-se a existência de referências à força da ideologia do Estado Social no campo de estudo. Com efeito, a superação do Estado de Direito clássico, de cunho formalista, deveu-se ao advento do Estado Social, o qual se fundamenta na "igualdade material" das pessoas em prol da proteção da "parte mais fraca nas relações sociais", de modo que a separação entre o Direito e a Moral seria "impossível" em um sistema como tal, onde "a justiça, a argumentação e a equidade são os conceitos chaves [...] e por isso necessários como critérios para as decisões judiciais".⁴¹ A interpretação jurídica também estaria "permeada por elementos éticos".⁴²

Assim, a função da argumentação jurídica seria a de evitar a arbitrariedade na prolação de decisões e também, em última análise, a busca pela correção substancial do resultado final da interpretação jurídica. De fato, para Aulis Aarnio:

[...] as decisões jurídicas não apenas devem conformar-se com o Direito (formal), senão que tem que satisfazer certos critérios axiológicos (morais). Utilizando a frase de Max Weber, na sociedade moderna, o direito se materializa.⁴³

E o objetivo maior da interpretação jurídica implica em que as decisões sejam aceitáveis para a comunidade, de forma que a argumentação deve ser racional e com resultados que satisfaçam as exigências de Justiça, o que exige, para os tribunais encarregados de tal mister, a utilização de argumentos corretos e axiologicamente valiosos.

⁴⁰ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 136.

⁴¹ AARNIO, Aulis. *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social: Ensayos sobre Filosofía Del Derecho*. México D.F.: Distribuciones Fontamara, 1995, p. 52.

⁴² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 33.

⁴³ AARNIO, Aulis, *Op. cit, loc. cit.*

Esse cuidado, em última análise, gera a legitimidade do ordenamento jurídico da comunidade, ao permitir o controle democrático dos tribunais por meio da exposição argumentativa das decisões.⁴⁴

A propósito, vale registrar que nossa Constituição Federal está aparelhada para atender aos preceitos da argumentação jurídica racional, na medida em que há norma constitucional expressa determinando que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas e tomadas de forma pública⁴⁵.

Por outro lado, merece destaque o surgimento da perspectiva da existência, ao lado dos direitos fundamentais, dos deveres fundamentais, os quais são decorrentes de uma “superação ou correção das teses emancipatórias do liberalismo individualista”, principalmente em favor de “um empenho solidário de todos na transformação das estruturas sociais”. A concepção revela a idéia ética de que o homem não existe só na comunidade e que sua liberdade não é absoluta, de modo que “os indivíduos são responsáveis no campo político, econômico, social e cultural pela segurança, pela justiça e pelo progresso da comunidade”.⁴⁶

Por isso, mesmo os direitos prestacionais em princípio diretamente exigíveis do Estado para a consecução do mínimo existencial relativo à dignidade humana configuram-se um direito limitado, no sentido de que apenas os que realmente precisam de prestações governamentais podem exigi-los, de forma que a exclusão, em relação a essas prestações, das pessoas dotadas de amplos meios econômicos, não significa um enfraquecimento do princípio da universalidade da “liberdade promocional”.⁴⁷

Esse aspecto, por outro lado, indica a existência de não somente direitos numa sociedade política democrática fundada em bases sociais, mas também na presença de deveres que oneram todos os cidadãos para a consecução de uma comunidade fundada na solidariedade

⁴⁴ *Ibidem*, p. 52-53.

⁴⁵ Constituição Federal, art. 93, inc. IX.

⁴⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 160-161.

⁴⁷ MARTÍNEZ. Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 144.

intersubjetiva, pois reconhece-se, pelo menos implicitamente, que alguns devem contribuir mais até do que se beneficiam.

Assim, a liberdade do homem não deve corresponder a um padrão radical de “emancipação anárquica”, mas antes de “autonomia moral e auto-responsabilidade na actuação social”, mantendo-se os indivíduos conectados ao cumprimento dos “valores comunitários que preenchem o espaço normativo” e que têm que respeitar.⁴⁸

Nesse ponto, até mesmo os chamados “direitos de solidariedade”, nova tipologia em voga que diz respeito a bens difusos da coletividade como o meio ambiente e o património cultural, implicam numa posição comportamental ativa dos indivíduos “num quadro de reciprocidade e de solidariedade”.⁴⁹

E entre os deveres fundamentais, não se pode deixar de mencionar o dever de pagar impostos, o qual é intimamente conectados aos direitos fundamentais sociais, pois estes demandam um gasto estatal de elevadas proporções para a concretização diuturna. Em uma sociedade como a nossa, na qual a desigualdade social grassa, não se pode aceitar os altos níveis de sonegação fiscal que se observa, como mostram os escaninhos das varas privativas de execução fiscal, com centenas de milhares de processos em andamento.

1.2. Dos direitos humanos aos direitos fundamentais

1.2.1 Breve histórico e estabelecimento na ordem internacional

Antes mesmo da positivação dos direitos humanos em diversas constituições nacionais forjadas na História contemporânea (Séculos XIX e XX), a humanidade já se preocupava com a adoção de regras jurídicas, ou pelo menos de declarações de princípios em textos

⁴⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 166.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 168.

escritos, visando à proteção do homem contra o arbítrio do próprio homem e/ou dos soberanos.

Nesse diapasão, os direitos humanos surgem e consolidam-se definitivamente a partir do desenvolvimento dos ideais iluministas dos séculos XVII e XVIII, exatamente no quadrante histórico da prevalência da razão humana como norte para a condução da humanidade, o que despertou conflitos entre o direito posto e o direito natural, este orientado pela razão⁵⁰, enquanto aquele meramente imposto por autoridades não-democráticas, sem preocupação de justificação em bases racionais e legítimas, bem como geralmente influenciado por revelações divinas e teológicas.

Para Peces-Barba Martínez, são quatro os fundamentos filosóficos que marcaram o trânsito da época medieval para modernidade e que deram ensejo ao surgimento dos direitos humanos e, posteriormente, direitos fundamentais: a secularização da sociedade pós-medieval, o naturalismo permitido pelo progresso das ciências naturais, o racionalismo que abrange a valorização da razão e o protagonismo do homem na História e, por fim, o individualismo do homem burguês, que permitiu, com o apoio na disseminação da imprensa, um melhor aperfeiçoamento do homem por seu isolamento para estudo a partir do acesso a obras antes restritas.⁵¹

Em que pese essa visão no sentido da secularização da sociedade, não se pode descartar, entretanto, a força dos ideais de igualdade do pensamento cristão que implicaram “numa valorização tipicamente cristã da pessoa humana, do indivíduo como tal”, sem a qual “jamais a filosofia dos direitos do homem, à qual damos tanta importância ainda hoje, teria vindo à luz”.⁵²

⁵⁰ LUÑO, Antonio-Henrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madri: Editorial Tecnos, 2007, p. 30.

⁵¹ MARTÍNEZ. Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 81-84.

⁵² FERRY, Luc. *Aprender a viver: filosofia para os novos tempos*. Objetiva: Rio de Janeiro, 2007, p. 78.

A consolidação dos direitos do homem no Século XVIII, pois, é marcada pelo individualismo e pelo racionalismo dos direitos naturais, que marcam a crença na autonomia plena do homem e na razão como forma de definir os direitos naturais e inalienáveis dos seres humanos, estes preexistentes ao contrato social, expressão da vontade geral. Com efeito, no dizer de Perez Luño: “só a lei pode limitar o desfrute dos direitos naturais de cada cidadão e, para assegurá-los a todos, se concebe como expressão da vontade geral, segundo o ensinamento de Rousseau”.⁵³

Esta consolidação dos direitos humanos foi marcada pela positivação dos direitos, antes meramente naturais e revelados pelas doutrinas racionais iluministas, em textos normativos, dando origem à conexão entre a constituição e os direitos fundamentais, marcante nas revoluções do final do Século XVIII.⁵⁴

E esta positivação tem importância até hoje, pois, para Peces-Barba Martínez, os direitos conhecidos historicamente e os atuais sempre foram aplicados a partir de uma norma positiva⁵⁵, mas mantendo-se a pretensão moral que justifica a incorporação ao direito positivo.⁵⁶

Entretanto, as primeiras referências à existência de direitos do homem contra o Estado ou soberano⁵⁷ já surgem antes mesmo do período iluminista, como, por exemplo, pode-se verificar na famosa Magna Carta de 1215, editada na Inglaterra na Baixa Idade Média.

Apesar disso, no entender de Fábio Konder Comparato, o *embrião dos direitos humanos*, em que pese sua importância histórica, ainda não ostentava caráter geral e irrestrito, mas antes atendia aos interesses dos nobres e do clero da época:

⁵³ LUÑO, Antonio-Henrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madri: Editorial Tecnos, 2007, p. 36.

⁵⁴ MARTÍNEZ. Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 107.

⁵⁵ MARTÍNEZ. Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 108.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 109.

⁵⁷ Para Nelson Saldanha, não se pode dizer que a Idade Média foi apenas a época “das trevas”, nem marcada apenas por visões teológicas do poder, mas também foi uma época de limitação dos poderes do soberano, ainda que sem o grau de eficácia da modernidade. Para o autor, a comparação entre as a Idade Média e a modernidade acaba causando distorções nessa compreensão. Cf. SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 17.

Foi justamente contra os abusos dessa concentração de poder que surgiram as primeiras manifestações de rebeldia: na península ibérica com a Declaração das Cortes de Leão de 1188 e, sobretudo, na Inglaterra com a Magna Carta de 1215.

No embrião dos direitos humanos, portanto, despontou antes de tudo o valor da liberdade. Não, porém, a liberdade geral em benefício de todos, sem distinções de condição social, o que só viria a ser declarado ao final do século XVIII, mas sim liberdades específicas, em favor, principalmente, dos estamentos superiores da sociedade – o clero e a nobreza –, com algumas concessões em benefício do ‘Terceiro Estado’, o povo.⁵⁸

Também para Antonio Enrique Perez Luño, a Magna Carta era um documento editado pelo soberano e dirigido aos nobres e bispos, no qual direitos eram reconhecidos a estes estamentos – sem ostentar, entretanto, caráter geral –, mas o documento posteriormente tornou-se a fonte de inspiração para a adoção de regras democráticas e benéficas de caráter geral para toda a comunidade, como mostram a Lei de *Habeas Corpus* e a *Bill of Rights* da Inglaterra do século XVII⁵⁹.

Assim também entende Peces-Barba Martínez, para quem as leis inglesas do *Habeas Corpus*, a *Petition of Rights* e o *Bill of Rights*, todas do Século XVII, simbolizam a luta contra o Poder Real, principalmente em favor das classes privilegiadas e que “lentamente se desprende de suas dimensões estamentais para se situar na representação individual”, esta de caráter mais geral.⁶⁰

Deu-se, portanto, um processo de “generalização” dos direitos fundamentais, impulsionado pelo rechaço à constatação de que alguns direitos, como, por exemplo, o direito ao voto, eram de titularidade limitada a determinadas classes ou grupos mais favorecidos, que posteriormente permite o aparecimento de novas categorias de direitos, como os direitos econômicos, sociais e culturais.

⁵⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46.

⁵⁹ LUÑO, Antonio-Henrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madri: Editorial Tecnos, 2007, p. 34/35.

⁶⁰ MARTÍNEZ. Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 96.

No seio deste vasto movimento, e desde uma mentalidade de igualdade efetiva no exercício dos direitos, se deve também situar a aparição dos direitos econômicos, sociais e culturais, como indispensáveis para o gozo generalizado dos direitos civis e políticos.⁶¹

Os ideais de liberdade ingleses também serviram de modelo para as revoluções americana – especialmente para esta – e, em seguida, para a Revolução Francesa, as quais geraram documentos declaratórios de direitos do homem e foram o gérmen do constitucionalismo moderno.⁶²

Com efeito, a chamada Revolução Americana tomou os fundamentos da idéia de “monarquia limitada” dos ingleses “esforçando-se para assegurar a liberdade individual” e transformando “esta doutrina em princípio constitucional do governo limitado”.⁶³ E, assim fazendo, “pela primeira vez, a idéia tradicional de limitar o poder havia derivado na concessão de direitos positivados aos indivíduos”, inclusive com possibilidade de recurso às cortes de Justiça contra atos governamentais.⁶⁴

Em face dessa amplitude de reconhecimento de direitos e da afirmação da soberania popular como fundamento de legitimação do Poder, a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776⁶⁵, no âmbito da Revolução Americana e precedente à própria Constituição Federal americana de 1787, consolida pela primeira vez na História os princípios fundamentais que informam o constitucionalismo moderno, notadamente

⁶¹ MARTÍNEZ. Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 111.

⁶² Para uma análise detalhada das grandes fases de implantação dos direitos humanos, inclusive até os documentos internacionais adotados após a 2ª Grande Guerra, cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.37-58. Para um estudo da história do constitucionalismo moderno e sua relação com as declarações de direito do século XVIII, cf. DIPPEL, Horst. *Constitucionalismo moderno. Introducción a una Historia que necesita ser escrita*. Disponível em: <<http://hc.rediris.es/06/articulos/html/numero06.html>>. Acesso em: 27/03/2007.

⁶³ DIPPEL, Horst. *Op. Cit.*

⁶⁴ DIPPEL, Horst. *Op. Cit.*

⁶⁵ Em ingles: Virginia Declaration of Rights, Segundo: DIPPEL, Horst. *Op. Cit.*.

o reconhecimento de direitos humanos e a independência judicial, que são os mais concatenados com o presente estudo.⁶⁶

Note-se que a Declaração Americana não só recebeu influxos do ideário de governo limitado da Inglaterra e da liberdade individual dos súditos, de caráter mais pragmático, mas também do racionalismo jusnaturalista mais abstrato em voga também na Europa continental, de modo que, para Peces-Barba Martínez, a filosofia dos direitos fundamentais da Constituição Americana “incorpora uma terminologia que é, ao mesmo tempo, produto de posições utilitaristas e de filosofia racional e abstrata do jusnaturalismo”.⁶⁷

Tal convergência também foi notada por Vieira de Andrade, para quem as Constituições dos Estados americanos e depois a Constituição Federal de 1787 “recorrem já a formulas universais, juntando o racionalismo próprio da época ao tradicional pragmatismo anglo-saxónico (os costumes transformam-se em princípios)”.⁶⁸

A própria Revolução Americana também influenciou a luta da burguesia contra a monarquia absoluta na França, que culminou na Revolução Francesa de 1789, que concedeu caráter praticamente universal ao constitucionalismo⁶⁹, ainda que a Declaração de Direitos francesa de 1789 não tenha previsto expressamente todos os princípios básicos reconhecidos no texto da Constituição da Virgínia de 1776.⁷⁰

O interessante é apontar que o constitucionalismo americano comprovou estar entrelaçado com o movimento constitucional de escala global, especialmente com a Revolução Francesa, que resultou

⁶⁶ Cf. DIPPEL, Horst. *Constitucionalismo moderno. Introducción a una Historia que necesita ser escrita*. Disponível em: < <http://hc.rediris.es/06/articulos/html/numero06.html>>. Acesso em: 27/03/2007. O autor descreve os 10 princípios básicos do constitucionalismo: direitos humanos, soberania popular, ancoragem da constituição em princípios universais, governo limitado, a consideração da constituição como lei suprema, a separação de poderes, o governo representativo, a limitação do poder governamental, a responsabilidade política e a independência judicial.

⁶⁷ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 97-98.

⁶⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 21.

⁶⁹ Sobre o caráter mais universal da Revolução Francesa, cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 52-53.

⁷⁰ DIPPEL, Horst. *Constitucionalismo moderno. Introducción a una Historia que necesita ser escrita*. Disponível em: < <http://hc.rediris.es/06/articulos/html/numero06.html>>. Acesso em: 27/03/2007, p. 189.

na proclamação da chamada de Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, cujo art. 16 define em linhas gerais as condições mínimas para o reconhecimento da existência de uma constituição.⁷¹

De fato, o art. 16 da Declaração francesa dispõe:

Art. 16. Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição.⁷²

Tal dispositivo tem elevada importância histórica, pois marca o surgimento do constitucionalismo, o qual, como visto, está intimamente ligado ao reconhecimento de direitos, pois o “movimento constitucionalista, [...], respeitou e realizou essa impositação do artigo 16, de modo que não há praticamente constituições que não tenham dedicado um espaço aos direitos ou liberdades fundamentais”.⁷³

Na verdade, não se pode falar em direitos fundamentais – e também direitos humanos – antes do advento do Renascimento e da modernidade⁷⁴, em que pese o surgimento destes direitos não tenha sido efetivado de modo instantâneo, mas, pelo contrário, seja o resultado de um longo processo de evolução.⁷⁵ Assim, as revoluções políticas do Século XVIII são, indubitavelmente, o ápice dessa evolução da racionalidade humana condicionada historicamente.

A grande importância dessas revoluções tem relação evidente com os direitos fundamentais, pois, no dizer de Vieira de Andrade:

Afirma-se, então, a primazia do indivíduo sobre o Estado e a Sociedade, construídos estes contratualmente com base na

⁷¹ DIPPEL, Horst. *Constitucionalismo moderno. Introducción a una Historia que necesita ser escrita*. Disponível em: < <http://hc.rediris.es/06/articulos/pdf/08.pdf>>. Acesso em: 27/03/2007.

⁷² COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. p. 159.

⁷³ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 22-23.

⁷⁴ Sobre o caráter não-abrangente e elitista dos “primeiros direitos” individuais surgidos na Inglaterra, na Idade Média, como afirmado antes, Cf., ainda, ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 20.

⁷⁵ MARTINEZ. Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 73/74.

liberdade política e nas liberdades individuais e assim define a possibilidade de realização jurídica dos direitos do homem, traçando o sentido da mudança – cujos marcos históricos mais significativos viriam a ser as Revoluções Americanas e Francesa.⁷⁶

Por outro lado, paradoxalmente, o nascimento definitivo dos direitos fundamentais está diretamente relacionado com o surgimento do Estado centralizador, que era o contrário do Estado medieval de caráter fragmentado. De fato, para Peces-Barba Martínez:

De sua parte, a aparição do Estado gerará um dissenso apoiado na nova mentalidade, impulsionado pela burguesia, sobre as condições do exercício absoluto do Poder. O novo consenso político se constrói questionando a origem do Poder, sua justificação, seu exercício e seus fins, e se produz por meio do contratualismo, da idéia de Constituição e da consideração dos direitos fundamentais como objeto do contrato e como limites do Poder.⁷⁷

E este “novo” Estado tem como força motriz os ideais burgueses de liberdade e de livre propriedade e empresa, com conotações individualistas, em oposição aos anseios autoritários e estamentais do antigo Estado absoluto, o qual não permitia o livre desenvolvimento da classe social burguesa, então desprovida de privilégios. Tais reivindicações burguesas, de caráter mercantil, se uniram a outras de cunho mais generalizado, como os direitos individuais gerais, os direitos processuais e de participação política, na tentativa de superação dos esquemas do Estado absoluto.⁷⁸

Essa primeira fase de afirmação dos direitos humanos, paulatinamente transformados em direitos positivos ou fundamentais, ainda é marcada pelo individualismo, uma decorrência natural dos desejos da classe social vitoriosa nas revoluções da época: a burguesia, que

⁷⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 18.

⁷⁷ MARTINEZ. Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 74.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 75-76.

procurou proteger-se contra os arbítrios praticados pelo rei, pela nobreza ou pelo clero, ou seja, pelo *antigo regime*.

Todavia, a emancipação individualista do burguês e o conseqüente desenvolvimento científico e tecnológico da época geraram a chamada "Revolução Industrial", com a exacerbação do capitalismo então nascente e a subseqüente exploração das classes trabalhadoras por conta da ausência de marcos regulatórios precisos nas relações de trabalho.

A liberdade formal simplesmente prevista em lei, primeiro direito fundamental surgido na História e reconhecido teoricamente, não garantia uma liberdade igualitária ou material⁷⁹ em face da grande discrepância entre as condições socioeconômicas dos capitalistas e a dos trabalhadores.

Com efeito, para Vieira de Andrade:

A liberdade individual e a concorrência econômica não tinham conduzido ao melhor dos mundos, mas a um mundo de injustiças flagrantes – designadamente, a liberdade contratual entre empresários e trabalhadores tivera como resultado uma exploração social infrene, que reduziu massas humanas a um nível degradante da sua dignidade e abriu uma "questão social", em termos de afectar a própria segurança burguesa.⁸⁰

Por isso, credita-se ao Socialismo o fundamento teórico do reconhecimento de direitos econômicos e sociais para as classes trabalhadoras, em contraposição ao crescimento exorbitante do capitalismo na segunda metade do Século XIX.⁸¹ Assim, o advento da industrialização e das suas conseqüências sociais – exploração do trabalhador, desemprego, fome, doenças, etc. - foram o pano de fundo para o desenvolvimento do socialismo e das mudanças constitucionais

⁷⁹ Para Martínez, a igualdade é um complemento da liberdade, na medida em que os seres humanos necessitam de um mínimo de condições materiais para serem realmente iguais: "si la libertad no es igualitaria no es libertad.". Cf. MARTINEZ. Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 36.

⁸⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 58.

⁸¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 54.

exigidas a partir de então, reveladoras dos chamados direitos econômicos e sociais. E o Manifesto Comunista de 1948, de Marx e Engels, seria como o que a “carta destes novos direitos”, os quais evidentemente foram incorporados na Constituição Soviética posterior à Revolução de 1917, bem como ensejaram o espírito menos individualista das primeiras constituições “sociais”: a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição alemã de Weimar, esta de 1919.⁸²

Por outro lado, o “pensamento social cristão” também teve importância na superação do liberalismo radical, pela reafirmação da solidariedade social.⁸³ Importante registrar, ainda, que a mensagem cristã também teve influência no surgimento dos direitos humanos pelo menos desde a Revolução Francesa, tendo em vista os seus ideais de igualdade entre os homens, que certamente inspiraram o movimento revolucionário, ainda que tal possa parecer paradoxal tendo em vista que a Revolução também atingiu os privilégios do Clero.⁸⁴

A consolidação dos direitos sociais resta interrompida, entretanto, pela ascensão de Hitler ao poder na Alemanha e a conseqüente militarização da Europa da qual decorreu a 2ª Grande Guerra, impedindo a disseminação dos ideais igualitários dos direitos sociais e da própria idéia de dignidade humana, os quais tiveram que aguardar a pacificação mundial após o ano de 1945.

Com a paz mundial, o fenômeno da consolidação dos ideais democráticos e dos direitos humanos é revitalizado, notadamente na Europa Ocidental, sendo considerado por alguns uma decorrência direta e benéfica da conflagração mundial, pois, após esse evento, nas democracias ocidentais desenvolvidas “desenvolveram-se economias

⁸² Cf. LUÑO, Antonio-Henrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madri: Editorial Tecnos, 2007, p. 38-39, e COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. p. 54.

⁸³ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 104.

⁸⁴ Para uma demonstração da influência do pensamento cristão na Revolução Francesa, Cf. FERRY, Luc. *Aprender a viver: filosofia para os novos tempos*. Objetiva: Rio de Janeiro, 2007, p. 93-94.

mistas nas quais permitiram-se a construção ampla de direitos civis e, pela primeira vez, uma realização efetiva de direitos sociais básicos”.⁸⁵

E tal consolidação é plenamente demonstrada pela evolução do Direito Internacional, que atinge o marco inicial simbólico pela aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas - ONU, em 10 de dezembro de 1948⁸⁶, exatamente no momento em que a humanidade viu-se confrontada com os horrores da Segunda Guerra Mundial. Durante essa fase histórica, “se sentiu de modo particularmente intenso a necessidade de criar, ao nível da comunidade internacional, mecanismos jurídicos capazes de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos nos diversos Estados”.⁸⁷ Com efeito, para Flávia Piovesan:

Contudo, a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial. Nas palavras de Thomas Buergenthal: “O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-Guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações dos direitos humanos da era Hitler à crença de que parte dessas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.”⁸⁸

A Declaração de Direitos Humanos da ONU de 1948 é um marco referencial para a “universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos”, características essas que se expressam claramente no

⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 63.

⁸⁶ Um relato preciso sobre o processo de elaboração da Declaração de 1948 e seus reflexos na ordem jurídica internacional encontra-se em: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: AMARAL JR., Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia Maria (org.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999, p. 13-51.

⁸⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 25.

⁸⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 117.

citado documento universal.⁸⁹ Por outro lado, a Declaração de 1948 serviu como base para o desenvolvimento do “sistema universal de proteção dos direitos humanos” o qual conta com 6 (seis) convenções principais e que formam o núcleo essencial do sistema⁹⁰, as quais também tiveram larga influência sobre as convenções regionais de direitos humanos, adotadas, especialmente, pelo Conselho da Europa e pela Organização dos Estados Americanos.

Sobre a importância desta Declaração Universal, adotada pela ONU, Robert Alexy, também com apoio em Bobbio, afirma:

[...] a declaração dos direitos do homem universal como a ‘até agora maior prova histórica para o consensus omnium gentium com respeito a um sistema de valores determinado’.

...

O preâmbulo exprime isso impressionantemente pelo fato de designar os direitos do homem ‘como o ideal comum a ser obtido por todos os povos e nações’. Com isso, estão duas qualidades fundamentais dos direitos do homem desde o início, claramente, diante dos olhos: os direitos do homem são um ideal universal.⁹¹

A dignidade humana, por sua vez, consiste no valor base da perspectiva da revitalização moral do Direito e do Estado após o trágico início do Século XX, sendo que a consolidação dos direitos humanos na esfera internacional foi nela fundada, voltando o homem natural a ser o centro das concepções das visões de mundo. Fábio K. Comparato bem expressa isso ao afirmar:

Ao emergir da Segunda Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o

⁸⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: AMARAL JR., Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia Maria (org.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999, p. 13.

⁹⁰ São elas: os dois pactos sobre direitos humanos clássicos e os sociais, adotados em 1966, as convenções contra a discriminação racial e de proteção das mulheres, e as convenções sobre os direitos da criança e contra a tortura. Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: AMARAL JR., Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia Maria (org.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999, p. 38-39.

⁹¹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 41.

fortalecimento estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento, segunda a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos.⁹²

Registre-se que a Declaração Universal foi assinada por apenas 48 membros da ONU à época, de um total de 58 Estados então integrantes da organização, mas não contou com voto contrário, havendo, entretanto, algumas abstenções.⁹³

A Declaração Universal da ONU, por não ser exatamente um pacto internacional, não teria, em princípio, um valor de lei universal, mas tem-se entendido que ela ostenta um valor jurídico especial, que decorre dos costumes e princípios gerais do Direito, que são fontes do Direito Internacional, e por isso, os seus princípios de direitos humanos básicos devem ser atendidos por todos os membros da comunidade internacional.⁹⁴

Por outro lado, já no bojo da Declaração de 1948 constavam os chamados "direitos sociais, econômicos e culturais"⁹⁵, antecipando o rumo político seguido por parte da comunidade internacional, como, por exemplo, pelas democracias da Europa ocidental, onde claramente estabeleceu-se, nas décadas seguintes ao final da 2ª Guerra, um modelo de Estado Social, fortemente interventor.

Para Cançado Trindade, portanto, os direitos humanos teriam uma "concepção necessariamente integral ou holística", não

⁹² COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 56-57.

⁹³ *Ibidem*, Trindade, p. 16.

⁹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 227; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: AMARAL JR., Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia Maria (org.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999, p. 22.

⁹⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Op. cit.*, p. 16.

⁹⁵ Cf. os artigos XXII a XXVII da Declaração, que se referem a vários direitos trabalhistas, ao direito à saúde, à seguridade social, à educação e à cultura, entre outros. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: AMARAL JR., Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia Maria (org.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999, p. 13.

⁹⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Op. cit.*, p. 17.

fazendo sentido, no plano internacional, a separação ideológica de diversas “categorias de direitos”⁹⁶, com o que deve-se concordar, pois as diversas categorias, gerações ou dimensões dos direitos humanos – dos liberais clássicos aos sociais, passando pelos direitos políticos – não se substituem uma pela outra, mas amoldam-se conjuntamente e sucessivamente, trazendo cada uma nova geração novos elementos para a dimensão dita “anterior”.

A internacionalização dos direitos humanos também esteve acompanhada de novos paradigmas jurídicos, também revelados nos planos jurídicos internos, como o afastamento do positivismo, a reaproximação do direito com a ética, o ressurgimento fortalecido da moralidade pública como vetor do direito, da dignidade humana, do cosmopolitismo, etc.⁹⁷ E este fenômeno teve repercussão no constitucionalismo dos países democráticos pela “abertura das Constituições à força normativa dos princípios, com ênfase no princípio da dignidade humana”.⁹⁸

Para Antônio A. Cançado Trindade, deu-se a “abertura do Direito Constitucional contemporâneo aos direitos humanos internacionais”, inclusive pela adoção, em concreto, nas Cartas Constitucionais nacionais de alguns países e nos seus tribunais internos dos princípios adotados pela Declaração da ONU, tudo visando à aplicação “da norma favorável às supostas vítimas”.⁹⁹

Assim, apenas a partir do término da Segunda Guerra Mundial é que se pode reconhecer efetivamente o fenômeno da internacionalização dos direitos humanos, em decorrência do próprio

⁹⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: AMARAL JR., Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia Maria (org.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999, p. 18.

⁹⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Op. cit., p. 16.

⁹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 28-29, para quem há um “reencontro com o pensamento kantiano”.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 31.

⁹⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: AMARAL JR., Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia Maria (org.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999, p. 25-26.

⁹⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Op. cit., p. 16.

estabelecimento da ONU como órgão supranacional de regulação da sociedade internacional.

De fato, a Declaração de Direitos de 1948 é um marco no processo de internacionalização, sendo que posteriormente dezenas de novas declarações de direitos foram editadas,¹⁰⁰ não só garantindo os direitos de liberdade clássicos, civis e políticos, mas também prevendo direitos econômicos, culturais e sociais como pré-requisitos para o desenvolvimento da personalidade humana, necessário para o pleno gozo daqueles direitos clássicos. Atualmente, considera-se até “impossível uma identificação dos direitos humanos sem considerar sua dimensão internacional”.¹⁰¹

E, como visto antes, o processo de internacionalização dos direitos humanos caminhou paralelamente ao revigoramento da moralidade no Direito interno de cada país, especialmente pelo estabelecimento nas constituições democráticas de direitos fundamentais dotados de alto valor ético, fundados na razão e também decorrentes da evolução histórica.

Assim como nas constituições locais a força dos princípios jurídicos foi elevada exponencialmente a partir da segunda metade do Século XX, “em virtude do movimento do Pós-Positivismo, os princípios gerais de direito passam a ganhar cada vez maior relevância como fonte do Direito Internacional na ordem contemporânea”.¹⁰²

Para Gomes Canotilho cabe até falar num “constitucionalismo global” que influencia claramente a relação entre o direito interno e o externo, notadamente pela supervalorização dos direitos humanos, os quais cada vez mais se tornam cogentes para a comunidade internacional. Nas suas palavras:

¹⁰⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. p. 56-58.

¹⁰¹ Para Peces-Barba Martínez, existem quatro grandes linhas de compreensão histórica e racional dos direitos fundamentais: a positivação, a generalização (expansão da tipologia dos direitos), internacionalização e especificação. Cf. MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 115.

¹⁰² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 43. Cf., ainda, ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 31.

Com efeito, as relações internacionais devem ser cada mais vez relações reguladas em termos de direitos e de justiça, convertendo o direito internacional numa verdadeira ordem imperativa, à qual não falta um núcleo material duro – o *jus cogens* internacional – vertebrador quer da “política e relações internacionais” quer da própria construção constitucional interna.¹⁰³

E em seguida, o eminente constitucionalista português realça o papel dos direitos humanos na filosofia constitucional moderna e seu reflexo internacional, aduzindo que:

[...] o direito internacional tende a transformar-se em suporte das relações internacionais através da progressiva elevação dos direitos humanos [...] a padrão jurídico de conduta política, interna e externa. Estas últimas premissas – o *jus cogens* e os direitos humanos –, articulados com o papel da organização internacional, fornecerão um enquadramento razoável para o constitucionalismo global.¹⁰⁴

Assim, o direito constitucional interno estaria aberto a um “standard mínimo humanitário” integrante de um sistema jurídico internacional de direitos humanos, inclusive limitador da idéia de soberania estatal, e com pretensões de princípio informador da ordem jurídica interna.¹⁰⁵

A soberania estatal deve compatibilizada com o dever de cumprimento das normas internacionais adotadas pelo Estado nas negociações mundiais e regionais entre estados soberanos, pois existe uma obrigação geral “de adequar o ordenamento jurídico interno à normativa internacional de proteção” dos direitos humanos, sendo que tal obrigação interessa diretamente a todos os poderes estatais, inclusive ao Poder Judiciário.¹⁰⁶ Pode-se mesmo referir ao fenômeno ainda incipiente

¹⁰³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1276.

¹⁰⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 1276.

¹⁰⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 1278.

¹⁰⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: AMARAL JR., Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia Maria (org.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999, p. 33.

da “constitucionalização do direito internacional”, como na Europa atual que busca a elaboração de uma Constituição regional, ainda que tais ideais atualmente seja qualificados de utópicos.¹⁰⁷

Nesse sentido, os direitos humanos reconhecidos pelos Estados nos tratados internacionais deveriam gozar de primazia frente ao direito interno e aplicados pelas cortes de Justiça internas, especialmente porque a teoria dualista – que prevê a separação rígida entre o direito internacional e o direito interno – está fundada em premissas superadas. O que deve existir é uma “interação dinâmica entre o direito internacional e o direito interno”, sendo que as normas internacionais já consagram o “critério de primazia da norma mais favorável aos seres humanos”, seja ela de direito interno ou internacional.¹⁰⁸

Para Martínez, por sua vez, o direito internacional contemporâneo confere “maior importância ao ser humano”, ao contrário do Direito Internacional clássico, sendo que o “processo de humanização” ocasiona uma erosão da soberania estatal.¹⁰⁹ Tal humanização está no seio da consolidação da internacionalização dos direitos humanos, especialmente no momento em que há “um reconhecimento da subjetividade jurídica do indivíduo pelo Direito internacional”, que é o único meio para o reconhecimento internacional dos direitos humanos. Nesse mesmo sentido, leciona Perez Luño:

É necessário, para tanto, partir da premissa de que qualquer atentado contra os direitos e liberdades da pessoa não é uma questão doméstica dos Estados, senão um problema de relevância universal.¹¹⁰

E conectada ao processo de internacionalização dos direitos fundamentais é a tendência, pelo menos no âmbito europeu, de

¹⁰⁷ HABERLE, Peter. Novos horizontes e desafios do constitucionalismo. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, p. 67-86, abr./jun./2007, p. 78-79.

¹⁰⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: AMARAL JR., Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia Maria (org.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999, p. 44.

¹⁰⁹ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 118.

¹¹⁰ LUÑO, Antonio-Henrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madri: Editorial Tecnos, 2007, p. 41.

transformação do indivíduo como sujeito do Direito Internacional¹¹¹, com o reconhecimento de capacidade postulatória perante cortes internacionais de tutela dos direitos fundamentais.

De fato, segundo o Protocolo n. 11 à Convenção Européia de Direitos Humanos, com a extinção da Comissão Européia dos Direitos do Homem¹¹², os particulares passaram a ter legitimidade para apresentar petições individuais diretamente junto à Corte Européia de Direitos do Homem, alegando violação da Convenção por algum dos Estados-partes do Conselho da Europa.¹¹³

A importância desta subjetivação dos direitos humanos na seara do Direito Europeu foi destacada por Norberto Bobbio como um verdadeiro avanço no sistema de proteção internacional dos direitos fundamentais. Em suas palavras:

Como se sabe, esse tipo de garantia foi prevista pela *Convenção Européia dos Direitos do Homem* (firmada em Roma, em 4 de novembro de 1950, e que entrou em vigor em 3 de setembro de 1953), através do procedimento – saudado como profundamente inovador – das demandas individuais à Comissão Européia dos Direitos do Homem (cf. art. 25º). É uma inovação que representa, até agora, apenas uma ponta avançada no sistema atual da proteção internacional dos direitos do homem.¹¹⁴

Já para Cançado Trindade, pode-se falar numa grande conquista a legitimidade ativa do indivíduo perante as cortes internacionais de Justiça:

¹¹¹ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 119.

¹¹² A Comissão Européia dos Direitos do Homem era uma espécie de órgão investigativo, quase-judicial ou similar ao Ministério Público, que recebia queixas contra Estados-partes para verificar a viabilidade e, se fosse o caso, para encaminhamento à Corte Européia de Direitos Humanos. Cf. RAMOS. André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 188-189.

¹¹³ Registre-se que ainda permanece, como requisito de admissibilidade, o esgotamento da jurisdição interna do Estado. Cf. RAMOS. André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 186/187.

¹¹⁴ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Campus: Rio de Janeiro, 1996, p. 40.

Uma das grandes conquistas da proteção internacional dos direitos humanos, em perspectiva histórica, é sem dúvida o acesso dos indivíduos às instâncias internacionais de proteção e o reconhecimento de sua capacidade internacional em casos de violações dos direitos humanos.¹¹⁵

Todavia, este sistema de acesso direto do indivíduo lesado às cortes supranacionais de Justiça não foi implementado de forma abrangente em todas as comunidades internacionais. A rigor, tal somente ocorre atualmente no sistema europeu de proteção dos direitos humanos, como visto acima, tendo em vista que a Corte Européia de Direitos Humanos pode julgar pedidos individuais deduzidos contra violações de direitos humanos.

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos contempla uma corte de justiça internacional, a chamada Corte Interamericana de Direitos do Homem, mas que opera numa sistemática que não permite o acesso direto dos indivíduos, pois as queixas são apresentadas por um órgão do próprio sistema: a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos.

De todo modo, os exemplos europeus e interamericanos mostram o avanço dos sistemas de proteção regionais de Direitos Humanos, notadamente quanto à existência de cortes de justiça nos respectivos âmbitos, o que ainda não é suficiente para a necessária "jurisdicionalização dos direitos humanos".¹¹⁶

Nesse contexto de expansão e de maior importância prática, surgiram, ainda e posteriormente à Declaração da ONU de 1948, os Pactos Internacionais sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e sobre os Direitos Civis e Políticos, ambos adotados em 1966 e em vigor desde 1976, além de outras convenções sobre direitos relacionados, como, por exemplo, o de igualdade racial, a abolição da tortura, a

¹¹⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: AMARAL JR., Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia Maria (org.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999, p. 41.

¹¹⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: AMARAL JR., Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia Maria (org.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999, p. 43.

igualdade das mulheres e a proteção das crianças¹¹⁷, o que mostra uma generalização dos direitos humanos no sentido de uma maior expansão das categorias de direitos tidas como fundamentais, notadamente no sentido de direitos sociais e de igualdade.

Por outro lado, as duas conferências sobre direitos humanos realizadas em 1968 e em 1993, em Teerã e em Viena, respectivamente, indicam a existência de “um processo prolongado de construção de uma cultura universal de observância dos direitos humanos”.¹¹⁸

Além dos Pactos Internacionais de caráter mundial, também frutificaram as convenções regionais de países, especialmente nos âmbitos americano e europeu, mas também na África, Oriente Médio e Ásia.¹¹⁹

No âmbito do direito internacional europeu, vale registrar, a propósito, que os países europeus, além de integrarem a ONU em sua maioria, também fazem parte de uma comunidade regional de nações, o Conselho da Europa¹²⁰. No âmbito europeu, os direitos humanos são regulados precipuamente pela Convenção Européia de Direitos Humanos¹²¹, datada de 1950, e que entrou em vigor em 1953, sendo posteriormente aditada por 14 protocolos adicionais¹²².

¹¹⁷ Sobre o tema, conferir o relato de: ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 26-29.

¹¹⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: AMARAL JR., Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia Maria (org.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999, p. 32.

¹¹⁹ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 28-29.

¹²⁰ O Conselho da Europa é uma organização política supranacional – que não se confunde com a União Européia: esta é uma comunidade menor, com mais enfoque na integração econômica – formada por 47 países europeus, à semelhança da OEA – Organização dos Estados Americanos em relação aos países das Américas. Ele tem sede em Strasbourg, na França, e foi criada pela Convenção Européia dos Direitos do Homem, tendo como enfoque maior a defesa dos direitos humanos. Maiores informações no sítio <http://www.coe.int>.

¹²¹ O nome oficial da convenção é inglês é: Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

¹²² Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 185-186. Após a edição dessa obra, mais três protocolos foram firmado, segundo consta do sítio oficial do Conselho da Europa: <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?MA=3&CM=7&CL=ENG>>.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos também se espelha nos ideais universais de defesa dos direitos humanos adotados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, como se nota claramente do primeiro considerando do texto europeu, que faz referência expressa à Declaração de Direitos da ONU.

Há, como se vê, uma tendência à universalização dos direitos humanos, como mostram os diversos pactos internacionais que procuraram resguardar a dignidade humana em seus diversos níveis, inclusive no que diz respeito aos direitos prestacionais de cunho social e econômico. A “universalidade” dos direitos do homem é uma das suas características básicas, ao lado de outras como a “moralidade” e a “fundamentalidade”, como bem anota Robert Alexy.¹²³

Atualmente, na visão de Vieira de Andrade, há perspectivas positivas para a universalização dos direitos fundamentais que devem ser tratados globalmente:

A luta pelos direitos fundamentais manifesta-se hoje mais visivelmente num plano internacional ou global, não só ao nível proclamatório das grandes declarações e convenções – que se procura estender aos países árabes e ocidentais, bem como aos países de terceiro mundo [...]¹²⁴

É certo que o Direito Internacional ainda carece de um poder político supranacional que tenha condições de conferir eficácia às normas jurídicas internacionais já existentes, pois atualmente elas são aplicadas em cada Estado de forma “descentralizada, plural e muito heterogênea”, o que dificultar o controle do cumprimento dos direitos fundamentais internacionais.¹²⁵

O reconhecimento da universalização dos direitos humanos, entretanto, deve ocorrer forma cuidadosa e maleável em face

¹²³ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 94-95.

¹²⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais no Século XXI*. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais no Século XXI*. Disponível em: < <http://www.georgelima.xpg.com.br/andrade.pdf>>. Acesso em: 26/10/2007.

¹²⁵ MARTÍNEZ. Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 118.

da grande diversidade cultural dos povos do mundo, que também deve ser respeitada. Com efeito, assevera Frederico W. Lacerda Dantas:

Assim, na balizada lição de A. A. Cançado TRINDADE, uma vez examinando-se a universalidade dos direitos humanos em perspectiva adequada não se verifica fundamento para a crítica relativista. É importante, porém, envidar esforços no sentido de buscar um consenso mínimo entre as diversas culturas que poderá ser ampliado mediante um *cross-cultural dialogue*, enriquecido pela legitimidade cultural universal dos direitos humanos.¹²⁶

Por sua vez, Jürgen Habermas reconhece a dificuldade da realização universal dos direitos humanos, apesar de reconhecer que “os direitos humanos oferecem o único fundamento de legitimação dentre todos os reconhecidos para a política da comunidade dos povos; quase todos os Estados adotaram o teor da carta dos direitos humanos da ONU [...]”.¹²⁷

Todavia, persiste a crítica de que os direitos humanos são fortemente enraizados nas tradições europeias e podem servir como disfarce para a dominação do oriente pelo ocidente, como nos dá notícia Habermas:

No entanto, a validade universal, o conteúdo e a precedência dos direitos humanos permanecem controversos. O discurso acerca dos direitos humanos, baseados em argumentos normativos, é inclusive acompanhado da dúvida fundamental se acaso a forma de legitimação política nascida no Ocidente seria de um modo geral aceita sob as premissas de outras culturas. De modo radical, intelectuais ocidentais defendem mesmo a afirmação segundo a qual por detrás da reivindicação de validade (*Gültigkeit*) universal dos direitos humanos esconde-se apenas uma pérfida reivindicação de poder (*Macht*) do Ocidente.¹²⁸

¹²⁶ DANTAS, Frederico Wildson Lacerda. Universalismo versus relativismo cultural: a afirmação universal dos direitos humanos no âmbito do Direito Constitucional Internacional. *Revista da Escola da Magistratura Federal da 5ª Região*, n. 14, p. 136, mar. 2007.

¹²⁷ HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 150-151.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 151.

Entretanto, tais críticas devem ser rejeitadas, pois o problema deve ser pensado globalmente, como efetivamente tem ocorrido, de forma que há uma percepção otimista no sentido de que os direitos do homem não seriam “somente expressão de tradições especificamente européias”, ainda mais tendo em vista que a globalização econômica é fenômeno também de nível mundial e, assim, a imposição global dos direitos do homem constitui seu “equivalente irrenunciável”.¹²⁹

Outra questão que merece destaque é o conceito de indivisibilidade dos direitos humanos, isto é, a consideração de que existe uma inter-relação entre as diversas categorias de direitos: os direitos liberais, os direitos políticos e os direitos sociais.

De fato, para a realização dos direitos clássicos de liberdade, bem como para os direitos políticos de participação na vida política de cada Estado nacional, é indispensável que os seres humanos ostentem condições materiais mínimas para a manutenção e livre desenvolvimento da personalidade. Tal característica dos direitos humanos reflete “tese que desfruta de aceitação universal”, sendo sensível a preocupação da comunidade internacional em conferir maior atenção “às pessoas discriminadas ou desfavorecidas, aos grupos vulneráveis, aos pobres e aos socialmente excluídos, em suma, aos mais necessitados de proteção”.¹³⁰

E, no tange especificamente à relação entre os direitos liberais e políticos, também se vislumbra a interdependência mencionada, como bem atesta Habermas:

Desse modo, as autonomias privadas e pública pressupõem-se reciprocamente. O nexu interno da democracia com o Estado de Direito consiste no fato de que, por um lado, os cidadãos só poderão utilizar condizentemente a sua autonomia pública se forem suficientemente independentes graças a uma autonomia privada assegurada de modo

¹²⁹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 104.

¹³⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: AMARAL JR., Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia Maria (org.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999, p. 29.

igualitário. Por outro lado, só poderão usufruir de modo igualitário da autonomia privada se eles, como cidadãos, fizerem um uso adequado de sua autonomia política. Por isso os direitos fundamentais liberais e políticos são indivisíveis.¹³¹

Esta tese também reflete uma maior inter-relação que deve operar entre os conceitos de democracia, desenvolvimento e direitos humanos, especialmente após a Conferência Mundial de Viena, em 1993, na qual se estabeleceu a pretensão de internacionalização e de maior amplitude dos direitos humanos, em “decorrência da constatação de que os direitos humanos permeiam todas as áreas da atividade humana”.¹³²

1.3. O neoconstitucionalismo e os direitos fundamentais

Inicialmente, cabe referir que o “pensamento constitucional, como processo histórico de amplos contornos”, abrangeu as mais diversas correntes ideológicas e filosóficas, mas pode-se afirmar que é vinculado ao pensamento ocidental¹³³, sendo que sua aceitação foi estendida para outras áreas do mundo por força de uma “universalidade” adquirida a partir de “elementos, conceitos e princípios de cunho jurídico e político que correspondem ao próprio núcleo da teorização constitucional elaborada nos últimos séculos”.¹³⁴

Como visto antes, a História do constitucionalismo desenvolveu-se a partir do processo político da Independência Americana, com a afirmação escrita da existência de direitos ou princípios básicos que compõem a sistematização dos direitos do homem, a partir de uma idéia de liberdade individual limitando a força do Estado. Também a idéia de soberania popular foi marcante no surgimento do constitucionalismo e no

¹³¹ HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, P. 149.

¹³² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: AMARAL JR., Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia Maria (org.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999, p. 30.

¹³³ SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 2-3.

¹³⁴ SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 10.

seu desenvolvimento, exatamente porque se estabeleceu a noção de que próprio povo é que se autogoverna, donde se origina a força do princípio democrático como fundamento da sociedade política, princípio esse que não se pode descartar pela doutrina constitucionalista contemporânea.

O art. 16 da Declaração de Direitos da Revolução Francesa, como visto antes, firmou uma condição normativa para o reconhecimento da existência de uma constituição, pois estabeleceu que “toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”. O constitucionalismo da época exigia que na constituição estivessem presentes pelo menos três condições: um catálogo de direitos básicos, um mecanismo de controle jurisdicional da constitucionalidade da legislação ordinária e a existência de procedimentos mais rígidos para a alteração da constituição.¹³⁵

Estava clara, assim, a existência de uma íntima relação entre os direitos fundamentais e o constitucionalismo, desde a origem das primeiras declarações de direitos, como, por exemplo, a Francesa, a qual expressamente relaciona o termo constituição com a garantia da existência de direitos individuais.

Todavia, o processo de fortalecimentos dos direitos humanos sofreu um grande retrocesso com o positivismo jurídico, movimento que procurou afastar a fundamentação do direito de premissas “naturais” e racionais não comprovadas cientificamente, e que permitiu a separação do direito da moral e dos valores éticos.¹³⁶

Não se pode esquecer que o movimento constitucionalista, tipificado na criação do Estado de Direito liberal, inicia-se juntamente com a tomada do poder pela burguesia, como nos diz Pablo Lucas Verdú:

¹³⁵ BAYÓN, Juan Carlos. *Derechos, democracia y constitucion*. Disponível em: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12925071916700495109213/discusiones1/Vol1_05.pdf>. Acesso em: 13/05/2007.

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: *Interpretação constitucional*. SILVA, Virgílio Afonso da (org.). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 271-316, p. 277-278.

Alcançadas as quotas do poder, a imaginação jurídico-política burguesa configurou o Estado Constitucional (Locke, Montesquieu), as garantias constitucionais (Constant) e o Estado liberal de Direito (von Mohl).¹³⁷

Tal ascensão burguesa ao poder, por meio do estabelecimento de direitos contra o soberano e contando com o “racionalismo, o laicismo, o individualismo burguês”, possibilitou o surgimento de “um padrão legalista” que “passa a dominar a estrutura e o sentido da experiência jurídica”, podendo-se falar em “conceito de lei próprio do Estado-de-Direito liberal burguês [...], um Estado *legalitário*”.¹³⁸ E esse “legislativismo do Estado liberal” implicou no positivismo jurídico, na medida em que abandonou-se o direito natural e o costumeiro, concebendo-se a ordem jurídica “como uma rede cerrada de normas positivas”.¹³⁹

Esse retrocesso culminou com a Segunda Guerra Mundial e os horrores nazistas, na qual os dirigentes autoritários dos países derrotados se aproveitaram do apego à legalidade estéril para perpetrar barbaridades em nome da lei, em completo desrespeito aos direitos humanos até então reconhecidos.¹⁴⁰

Após a Segunda Grande Guerra, entretanto, as doutrinas jurídicas progressistas engendraram uma reação contra o legalismo positivista - as quais vêm sendo chamadas comumente de doutrinas pós-positivistas -, por meio de uma série de novas concepções jusfilosóficas, tais como: uma maior aproximação do direito com a moral, o fortalecimento dos direitos humanos com base na idéia de dignidade humana, a concretização de direitos fundamentais em textos constitucionais e também a maior importância conferida à hermenêutica

¹³⁷ VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 117.

¹³⁸ Segundo Nelson Saldanha, a expressão “*estado legalitário*” foi cunhada por Carl Schmitt. O autor citado, entretanto, não indica onde colheu a referência. Cf. SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 22-23.

¹³⁹ SALDANHA, Nelson. *Op. cit.*, p. 25.

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 15, n. 58, jan.-mar. 2007, p. 133.

constitucional, que deveria ser realizada a partir de princípios jurídicos abertos e impregnados de valores morais e éticos.¹⁴¹

Por isso é que as “constituições contemporâneas são generosas na previsão de valores materiais de conteúdo bastante difuso”¹⁴², notadamente os textos constitucionais baixados em regimes democráticos ocidentais, em face da onda democrática que assolou a Europa a partir dos anos 50 até o início do século XXI. Nesse sentido, pode-se mesmo afirmar a “constituição como estatuto axiológico da sociedade” e numa reaproximação, notadamente na Alemanha, do direito aos postulados jusnaturalistas.¹⁴³ Há, assim, uma reaproximação do direito com a ética, a partir da centralidade conferida aos direitos fundamentais nos ordenamentos democráticos, influenciada por doutrinas pós-positivistas do Direito.¹⁴⁴

No que tange aos princípios jurídicos, as teorias de Dworkin e Alexy afirmaram, num verdadeiro golpe contra o positivismo, a sua equivalência de valor em face das demais normas jurídicas (regras), permitindo a permanência, em um lugar de destaque, no sistema normativo ao lado das regras jurídicas, estas de aplicação mais restrita e com valor semântico reduzido.¹⁴⁵

Com efeito, para Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso:

A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre direito e ética.¹⁴⁶

¹⁴¹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 279-279.

¹⁴² BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 49-118, p. 51.

¹⁴³ Para Jane Reis G. Pereira, o entendimento da Constituição como ordem de valores é da tradição constitucional alemã, conforme desenvolvimento aplicado pela Corte Constitucional deste país. Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 119-192, p. 149-150.

¹⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, ano 15, n. 58, jan./mar. 2007, p. 129-173, p. 141.

¹⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 280.

¹⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 279.

Os princípios jurídicos adaptaram-se de forma eficiente ao novo modelo de constituição, na medida em que a abertura semântica daqueles, voltada para valores substanciais compreendidos e evoluídos historicamente, adequou-se a uma idéia de constituição como repositório de valores éticos, assim como norma maior “dirigente” da própria sociedade, vez que os textos constitucionais passaram a propor os fins do Estado.

Veja-se, por exemplo, o caso brasileiro, tendo em vista que o art. 3º da Carta Política define expressamente certos objetivos maiores da República (justiça social, igualdade, eliminação da pobreza, etc.), o que bem ilustra o componente axiológico do direito constitucional moderno.

Nesse diapasão, a idéia de fortalecimento da Constituição como norma fundamental de uma sociedade, norma pela qual direitos efetivos são assegurados aos indivíduos, foi revigorada pelas doutrinas ditas “neoconstitucionalistas”, que procuraram reforçar a força normativa do texto constitucional moderno, carregado de princípios morais superiores, no sentido de que ele represente uma verdadeira norma jurídica diretiva a ser seguida pelo Estado e pelos indivíduos que formam a sociedade politizada.

Nesse sentido, o neoconstitucionalismo se afasta do positivismo clássico, ao rechaçar a idéia comum positivista de que o direito deve ser “simplesmente conhecido” pela ciência jurídica e nunca compreendido criticamente, ou seja, que não deve se preocupar, além das questões de reconhecimento, com os problemas de justificação das normas jurídicas.¹⁴⁷

Há, portanto, uma evidente relação entre o neoconstitucionalismo e os direitos fundamentais, na medida em que o processo de fortalecimento das constituições na segunda metade do século passado foi fortemente influenciado pela idéia básica da dignidade

¹⁴⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Madri: Minima Trotta, 2005, p. 30.

humana e da precedência dos direitos fundamentais correlatos, os quais almejam o destaque, necessário e merecido, no topo do ordenamento jurídico.

Por outro lado, os direitos sociais fundamentais estão intimamente conectados ao neoconstitucionalismo, na medida em que as idéias de reforço da força normativa da constituição e de maior densidade axiológica das normas constitucionais naturalmente implicam numa tendência à concretização mais efetiva desses direitos sociais, inclusive por meio de ações judiciais, em contraposição à concepção clássica no sentido de que eles deveriam ser implementados somente por políticas públicas discricionárias baixadas pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Nesse sentido, parcela da doutrina contemporânea tem procurado conferir um *status*, pelo menos aproximado, de direito subjetivo aos direitos sociais, o que também está repercutindo na jurisprudência nacional, em face de diversas decisões dos magistrados e até mesmo do STF que vêm reconhecendo maior efetividade aos direitos sociais.¹⁴⁸

1.4. Características básicas dos direitos fundamentais

1.4.1. As dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais

Quando se fala em direitos fundamentais, é importante lembrar que tal categoria jurídica não se constitui em uma categoria simplificada ou pontual, de fácil compreensão e análise. Pelo contrário, os direitos fundamentais ostentam uma relevante complexidade estrutural e funcional¹⁴⁹, dotados que são de diferentes modos de organização e concretização, sendo justificados, portanto, os amplos esforços

¹⁴⁸ Para uma análise do conceito de direito subjetivo e sua relação com os direitos sociais, na qual se rejeita a idéia de que os direitos sociais não são direitos subjetivos, cf. MELLO, Cláudio Ari. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 56, p. 105-138, Porto Alegre: Livraria do Advogado, set./dez. 2005.

¹⁴⁹ Note-se, por exemplo, que a Constituição brasileira de 1988 divide o título dos direitos fundamentais em cinco capítulos, que tratam de categorias diversas de direitos. E estes capítulos são subdivididos em dezenas de dispositivos, o que revela, de logo, a diversidade e complexidade dos direitos fundamentais.

doutrinários da ciência constitucional no sentido de uma melhor compreensão do assunto, ainda mais porque têm-se entendido, especialmente após o advento da doutrina neoconstitucionalista, que o aparato dos direitos fundamentais seria a peça principal de uma ordem constitucional democrática.

Por outro lado, é certo que os diversos direitos fundamentais não se constituem, cada um por si, de categorias jurídicas totalmente independentes umas das outras, mas antes fazem parte – cada direito com sua especificidade – de um subsistema jurídico orientado por princípios maiores, relacionados com o princípio da dignidade do ser humano, ou seja, levando em consideração o valor superior da condição humana¹⁵⁰. Tal subsistema jurídico, vale ressaltar, se encontra no topo hierárquico dos ordenamentos jurídicos democráticos e está vinculado diretamente à construção jusfilosófica do Estado Democrático de Direito.¹⁵¹

Por isso é que a doutrina tem ressaltado que, por exemplo, os típicos direitos liberais negativos também apresentam problemas de efetivação, assim como os “modernos direitos a prestações”, no que diz respeito ao modo de sua prestação jurídica pelo Estado.¹⁵²

Sobre a integração das diversas categorias dos direitos num todo harmônico, notadamente no caso brasileiro, assevera José Afonso da Silva:

A Constituição, agora, fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, até porque os direitos individuais, consubstanciados no seu art. 5º, estão contaminados de dimensão social, de tal sorte que a previsão dos direitos

¹⁵⁰ “Há um conjunto de direitos fundamentais, do qual decorrem todos os outros: o conjunto dos direitos que estão mais intimamente ligados à dignidade e ao valor da pessoa humana e sem os quais os indivíduos perdem a sua qualidade de homens.” ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 36.

¹⁵¹ Sobre a importância dos direitos fundamentais no Estado de Direito e no constitucionalismo, cf. LUÑO, Antonio-Henrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madri: Editorial Tecnos, 2007, p. 19-20.

¹⁵² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 51.

sociais, entre eles, e os direitos de nacionalidade e políticos, lhes quebra o formalismo e o sentido abstrato.¹⁵³

E a primeira classificação que se faz em relação aos direitos fundamentais positivados é aquela em que eles apresentam duas “dimensões”¹⁵⁴, ou seja, dois modos de atuação da respectiva força normativa: uma dimensão subjetiva, relativa à proteção conferida diretamente aos indivíduos contra o Estado e, eventualmente, terceiros, e a outra dimensão dita objetiva, pertinente à irradiação dos conteúdos substanciais dos direitos fundamentais sobre o ordenamento jurídico como um todo, sem que, nesse caso, se possa falar em um âmbito direto de proteção da esfera jurídica de um indivíduo.

Essa distinção decorre naturalmente do fato de que o Direito não só regula, ou procura regular, comportamentos humanos em sentido estrito, mas também de modo indireto os regula, conferindo competências e atribuições, bem como descrevendo processos de regulamentação¹⁵⁵, de modo que, para a estruturação funcional do Direito, não apenas normas comportamentais são suficientes. Estas últimas são normas que não prescrevem condutas humanas propriamente ditas, mas antes definem estruturas e competências que revelam “as condições e os procedimentos através dos quais emanam normas de condutas válidas”¹⁵⁶.

Entretanto, a dimensão subjetiva é a dimensão mais importante e abrangente, pois implica no reconhecimento direto de uma esfera de proteção jurídica em favor do indivíduo contra o Estado ou

¹⁵³ SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p 187-188.

¹⁵⁴ Alguns autores referem-se, também, aos termos “caráter”, “natureza”, “função”, os quais podem ser considerados, para o contexto citado, como sinônimos. Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 114.

¹⁵⁵ ZIPPELIUS, Reinhold. *Introdução ao Estudo do Direito*. Trad. Gercélia Mendes. Belo horizonte: Del Rey, 2006, p. 7.

¹⁵⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília; UNB, 1999, p. 33.

contra terceiros. Por isso é que os ordenamentos jurídicos modernos se estruturam na forma de um conjunto de direitos subjetivos¹⁵⁷.

Por outro lado, historicamente se nota que a regulação da sociedade, e a especificação funcional desta na forma de Estado¹⁵⁸, pelo direito consolidou-se nos primórdios do constitucionalismo com a idéia liberal de direitos de liberdade e políticos¹⁵⁹, os quais certamente implicavam em típicas posições de vantagem destinadas à proteção dos indivíduos contra o Estado, adequando-se, portanto, ao conceito de direitos subjetivos.

E em que pese o surgimento de novas gerações ou dimensões¹⁶⁰ de direitos ao longo da história, não há uma substituição de uma geração ou dimensão por outra posterior, mas sim uma "acumulação", pela qual novos direitos vêm a se somar aos direitos antigos, os quais "subsistem a par dos da geração seguinte e até se acrescentam sob novos aspectos"¹⁶¹.

Desse modo, a "nova universalidade dos direitos fundamentais"¹⁶², para usar uma expressão de Bonavides, não exclui a validade principal da dimensão subjetiva, mas, antes a reforça, pelo reconhecimento da complexidade do fenômeno jurídico dos direitos fundamentais e, assim, em consequência, indica a necessidade de complementação daquela dimensão pela dimensão objetiva. A dimensão objetiva apresenta mais uma função de garantia institucional das posições subjetivas, sendo, portanto, a ela complementar.

¹⁵⁷ Para Habermas, "as sociedades jurídicas modernas constroem-se essencialmente sobre direitos subjetivos.". Cf. HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 144.

¹⁵⁸ Sobre o tema do Estado ser uma especificação funcional da sociedade para atuar sobre si mesma e também o Estado de Direito ser uma proteção para os membros contra o próprio Estado, cf. HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 80.

¹⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 563.

¹⁶⁰ O termo "dimensões" aqui utilizado se refere às ondas históricas de aparecimento de direitos e não ao significado que se atribui ao termo utilizado no nome do capítulo, que se refere à dupla natureza das normas de direitos fundamentais: subjetiva e objetiva.

¹⁶¹ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 68.

¹⁶² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 573.

Assim, pode-se claramente afirmar que os direitos fundamentais devem ser concebidos essencialmente como direitos subjetivos, ou seja, como direitos que atribuem ao indivíduo posições jurídicas concretas e determináveis contra terceiros, inclusive e principalmente contra a sociedade institucionalizada juridicamente, o Estado, sendo tal dimensão a que tradicionalmente se compreendo como Direito. Nesse sentido, há uma “presunção a favor da dimensão subjetiva” dos direitos fundamentais, pois “se um direito fundamental está constitucionalmente protegido como direito individual, estão esta protecção efectua-se sob a forma de direito subjectivo”.¹⁶³

Todavia, como dito antes, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais também é uma realidade que não se pode olvidar, ainda que tenha sido revelada ou aprofundada mais recentemente pela doutrina constitucional.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, como evidentemente se percebe, decorre da compreensão desses direitos como enquadráveis na categoria tradicional do direito subjetivo, ainda que adaptada, cujas origens remontam ao direito privado. De fato, para Vieira de Andrade:

Utiliza-se, para referir o núcleo subjetivo formado por posições jurídicas individuais, o conceito tradicional de direito subjetivo, que, no entanto, tem que ser entendido aqui, num sentido amplo, como posição jurídica subjectiva activa ou de vantagem. [...] Partimos, simplesmente, da idéia comum de que a figura do direito subjetivo implica em poder ou uma faculdade para a realização efectiva de interesses que são reconhecidos por uma norma jurídica como próprios do respectivo titular.¹⁶⁴

A concepção tradicional de direito subjetivo deita raízes, por sua vez, no liberalismo económico, assentando-se nas idéias de existência de um titular com poder de exigir de outrem determina

¹⁶³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1179.

¹⁶⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 117-118.

obrigação em favor daquele¹⁶⁵. Para Canotilho, no direito subjetivo aparece uma relação trilateral entre o titular, o destinatário e o objeto do direito, na medida em que há direito subjetivo “quando o titular de um direito tem, face ao seu destinatário, o direito a um determinado acto, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse acto”.¹⁶⁶

Esta concepção de direito subjetivo merece adaptações teóricas na medida em que aumentam as complexidades normativas de um Estado Social de Direito institucionalizado constitucionalmente. Isso porque, por exemplo, os direitos sociais implicam para sua concretização em oferecimento de prestações, fáticas ou jurídicas, para a satisfação de necessidades humanas, as quais, em geral, são incondicionais, sendo que as prestações devem ser oferecidas pela coletividade como um todo e não por outras pessoas individuais.¹⁶⁷

Os direitos fundamentais subjetivos – ou seja, aqueles que não são entendidos meramente no sentido objetivo – ostentam três características essenciais, na visão de Vieira de Andrade: são posições jurídicas *individuais, universais e fundamentais*.¹⁶⁸ Por posições jurídicas individuais entenda-se que tais direitos são referidos a pessoas individuais¹⁶⁹ e visam a proteger bens jurídicos determináveis e individualizáveis, com o que se afasta desse conceito outras situações jurídicas protegidas normativamente, mas que, “pelo seu carácter objetivo, não são susceptíveis de ser imputadas a cada uma das pessoas concretas”.¹⁷⁰

Os direitos fundamentais subjetivos também são direitos universais, no sentido de que são aplicáveis, em princípio, a todas

¹⁶⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 45-46.

¹⁶⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1176.

¹⁶⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 49.

¹⁶⁸ Adota-se a análise de José Carlos Vieira de Andrade. Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 120-141.

¹⁶⁹ Alguns deles também são extensíveis, evidentemente, às pessoas jurídicas, especialmente no caso de não se referirem diretamente à dignidade humana.

¹⁷⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 120-121.

as pessoas da comunidade, essencialmente pela consideração da igualdade da dignidade humana que não comporta diferenciações entre indivíduos diversos. Eles ostentam, portanto, uma pretensão de não-exclusão.

Entretanto, a universalização dos direitos subjetivos fundamentais não implica em absolutismo radical do direito à igualdade, pois algumas diferenciações razoáveis são possíveis se não afrontam diretamente a dignidade humana e, pelo contrário, caso tenham como objetivo, em alguns casos, realizar uma equalização entre situações desproporcionais.

Assim, por exemplo, a restrição do direito de acesso aos estrangeiros a determinados cargos públicos, operada pela Constituição, a limitação do direito ao voto aos menores de idade e até mesmo a limitação do oferecimento de direitos prestacionais sociais apenas aos que efetivamente os necessitem são exemplos da possibilidade de temperamento do caráter universalista dos direitos fundamentais.¹⁷¹

De fato, quanto aos direitos sociais a prestações, estes também visam à igualdade quando determinam vantagens notadamente a apenas quem necessita. Trata-se de favorecer a igualdade material e não a igualdade meramente formal, de forma que as discriminações positivas são justificadas e não ofendem o princípio da universalidade dos direitos fundamentais, exatamente porque a função maior dos direitos sociais é remover desigualdades existentes e que não se extinguem por força própria da sociedade civil privatizada¹⁷². A intervenção estatal, justificada constitucionalmente, é, portanto, essencial para a implantação de uma igualdade material numa comunidade jurídica orientada pelo princípio da solidariedade.

¹⁷¹ Os exemplos são de Vieira de Andrade, com relação ao Direito Constitucional português, mas se aplicam claramente ao nosso Direito Constitucional. Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 134-139.

¹⁷² Sobre como a falta de oportunidades iguais implica na manutenção e agravamento das desigualdades nos “mercados reais”, cf. HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 120-121.

A outra nota característica dos direitos subjetivos fundamentais é a sua própria “fundamentalidade”, como evidentemente se conclui do nome do próprio conceito que ora se estuda. Trata-se de fundamentalidade:

[...] do ponto de vista substancial, que corresponde à sua importância para a salvaguarda da dignidade da pessoa humana num certo tempo e lugar, definida, por isso, de acordo com a consciência jurídica geral da comunidade.¹⁷³

Em que pese ser difícil identificar com exatidão quais seriam os verdadeiros direitos substanciais fundamentais, o certo é que, em princípio, é direito fundamental material o que está tratado como tal no seio de cada Constituição¹⁷⁴, mas pode-se argumentar, como fez Alexy, que o núcleo dos direitos fundamentais consiste na liberdade e na igualdade, donde “todos os outros direitos são casos especiais de ambos [...] ou meios necessários para a produção e asseguramento de uma medida suficiente de liberdade e igualdade fática”, incluindo-se nesta o “direito ao mínimo existencial”.¹⁷⁵

Em obra diversa, Robert Alexy concede outro enfoque sobre a perspectiva substancial dos direitos fundamentais, notando que há uma “intencionalidade” no conceito substancial de direitos constitucionais, no sentido de que existe uma “relação intrínseca entre os direitos humanos e os direitos constitucionais”: ou seja, os direitos fundamentais constitucionais, substancialmente falando, seriam direitos humanos positivados pela Constituição, a qual, se não opera essa positivação, fica sujeita a críticas, havendo, assim, uma dimensão crítica dos direitos fundamentais.¹⁷⁶

¹⁷³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 140.

¹⁷⁴ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 34.

¹⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales*. México D. F.: Distribuciones Fontamara, 2005, p.50-51.

Na doutrina brasileira, ressalte-se o entendimento de Ingo Sarlet, para quem a substancialidade material dos direitos fundamentais está conectada com “categorias universais e consensuais no que diz com sua fundamentalidade, tais como os valores da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana”¹⁷⁷. Em sentido semelhante, Paulo Bonavides atesta que:

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduziram sem óbices ao significado da universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana.¹⁷⁸

A “fundamentalidade” dos direitos fundamentais, portanto, tem a ver com a importância de certos direitos “especiais”, ou seja, que gozam de maior importância, esta apreendida cultural e historicamente, na comunidade jurídica nacional e internacional, exatamente por defenderem bens jurídicos essenciais, tais como a vida, a dignidade humana, a liberdade e a igualdade. Por isso, a existência de uma relação direta dos direitos fundamentais com os direitos humanos, em face do caráter universal destes, que impõem às comunidades nacionais a exigência de constitucionalização de certas posições jurídicas historicamente e racionalmente reconhecidas como importantes para a concretização da dignidade humana.

Ao lado da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, que pode ser reconhecida como a principal e mais abrangente, os direitos fundamentais também ostentam uma dimensão denominada de objetiva, na qual não está implícita a idéia do reconhecimento direto de uma posição jurídica individual em favor de determinado indivíduo ou grupo. A dimensão objetiva denota a idéia consensual na doutrina européia no sentido de que a Constituição espelha “um conjunto de valores básicos e fins diretivos da ação positiva dos

¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 91.

¹⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 562.

poderes públicos”, constituindo decisões fundamentais da comunidade que valem para todos os poderes públicos e com “eficácia em todo o ordenamento jurídico”.¹⁷⁹

Na doutrina pátria, tem-se entendido, quando ao fortalecimento dogmático dessa nova perspectiva, que se trata da “descoberta (ou redescoberta?) da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais”, cujos limites ultrapassam o parâmetro de reconhecimento dos direitos fundamentais apenas como clássicos direitos de defesa, assumindo-se, portanto, “novos conteúdos” que “assumem papel de alta relevância na construção de um sistema eficaz e racional” na efetivação dos direitos fundamentais. E tal dimensão objetiva revela, ainda, a conscientização da “insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa” para a garantia de uma liberdade efetiva para todos.¹⁸⁰

O fato é que a natureza subjetiva dos direitos fundamentais é a “dimensão principal, que abrange todas as faculdades susceptíveis de referência individual, reduzindo a dimensão objectiva a uma “pura dimensão objectiva”, em que só tem lugar os conteúdos normativos (as garantias ou os deveres) a que não possam corresponder direitos individuais”¹⁸¹. Todavia, a dimensão objetiva não se constitui de um aspecto completamente isolado face à perspectiva subjetiva, pois na verdade ela implica no reconhecimento de efeitos jurídicos adicionais aos efeitos clássicos dos direitos subjetivos, o que pode-se chamar de “mais-valia jurídica, no sentido de um reforço da juridicidade das normas de direito fundamental”¹⁸², sendo certo, ainda, que há relações entre as

¹⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 168.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 177.

¹⁸¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 117.

¹⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 169.

diversas dimensões¹⁸³, o que é mais ou menos evidente ante à multifuncionalidade e complexidade estrutural dos direitos fundamentais.

Na visão de Vieira de Andrade, a idéia de direito subjetivo fundamental:

não explica todas as conseqüências jurídicas resultantes da consagração de direitos fundamentais, ou seja, não abarca toda a relevância jurídica dos preceitos constitucionais atinentes a esta matéria.¹⁸⁴

Estas conseqüências jurídicas consistem no fenômeno de "irradiação" dos preceitos de direitos fundamentais, objetivamente considerados, sobre todo o ordenamento jurídico, notadamente, por exemplo, quanto aos institutos jurídicos que não ostentam nos respectivos âmbitos normativos uma proteção direta aos bens jurídicos fundamentais, mas apenas uma garantia indireta, como, por exemplo, as garantias de caráter instrumental destinadas à realização dos direitos subjetivos individuais (institucionais, organizacionais, procedimentais, funcionais)¹⁸⁵.

Por outro lado, é certo que a doutrina constitucional trata da questão da dimensão objetiva com alcances variados¹⁸⁶, mostrando diversos aspectos da influência dessa dimensão sobre a ordem jurídica: no que se refere às garantias institucionais, à eficácia "horizontal" dos direitos fundamentais, ou seja, eficácia entre particulares, ao efeito de "irradiação" por toda a ordem jurídica, aos deveres de proteção do Estado contra a agressão de direitos fundamentais por

¹⁸³ *Ibidem*, p. 171, na qual Ingo Sarlet atesta que a perspectiva objetiva ou dimensão objetiva pode servir para impor restrições aos direitos subjetivos individuais, em face dos valores comunitários revelados por aquela.

¹⁸⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 142.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 142.

¹⁸⁶ Cf. a propósito, a obra de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, na qual os autores destacam os seguintes efeitos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais: parâmetro de controle de constitucionalidade, irradiação na ordem jurídica como critério de interpretação da ordem infraconstitucional e a existência de deveres de proteção. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, p. 118-131.

terceiros, às normas de organização e procedimento necessárias para uma efetiva aplicação dos direitos fundamentais.¹⁸⁷

Há também autores que majoram excessivamente a dimensão objetiva dos direitos fundamentais para englobar todos os aspectos que não digam respeito aos clássicos direitos de defesa e, outros, como Robert Alexy, que admitem uma presunção da existência de direitos subjetivos na matéria, que, entretanto, poderia ser infirmada¹⁸⁸, posições essas que não se podem aceitar totalmente pelo radicalismo que apresentam, mas, no que se refere à presunção da existência de direitos subjetivos¹⁸⁹, deve-se aceitar com ressalvas, exatamente porque a dimensão subjetiva ainda é a dimensão principal dos direitos fundamentais.

As garantias institucionais têm caráter objetivo e instrumental e dizem respeito às obrigações do Estado de garantir, promover e realizar direitos fundamentais do tipo subjetivo por meio de normas que não são "subjetiváveis"¹⁹⁰, mas que definem um conjunto normativo de proteção em volta de um direito fundamental, no intuito de sua efetivação na comunidade. No dizer de Vieira de Andrade:

Temos em vista, basicamente, as chamadas garantias institucionais, em que um conjunto jurídico-normativo regula um determinado sector da realidade econômica, social ou administrativa em torno de um "direito" fundamental e em vista da sua realização.¹⁹¹

¹⁸⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 115-116.

¹⁸⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 115-116.

¹⁸⁹ Essa posição poderia ter respaldo no nosso texto constitucional, pois, quanto aos direitos fundamentais, há norma garantindo a eficácia imediata (art. 5º, § 1º, CF/88), de forma que todos os direitos fundamentais, em princípio, poderiam ser enquadrados como direitos subjetivos. Cf. MELLO, Cláudio Ari. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 56, p. 105-138, Porto Alegre: Livraria do Advogado, set./dez. 2005.

¹⁹⁰ Andrade Vieira dá exemplos da Constituição portuguesa - que também encontram similar na nossa Constituição - de garantias institucionais, como a autonomia universitária e a liberdade de ensino à iniciativa privada, que promovem o direito à educação. Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 143-144.

¹⁹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 143.

Para Ingo Sarlet, as garantias institucionais constitucionais protegem determinadas instituições jurídicas consideradas fundamentais para a sociedade, evitando que o legislador possa esvaziá-las por completo e assim protegendo o núcleo essencial das mesmas.¹⁹² No entendimento do citado autor, seriam garantias institucionais a família, a propriedade, a língua nacional, a seguridade social, a autonomia universitária, entre outras.¹⁹³

Com efeito, no mesmo sentido aponta Paulo Bonavides:

A garantia institucional não pode deixar de ser a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza.¹⁹⁴

O certo, entretanto, é que apesar da divisão clássica entre os direitos fundamentais subjetivos e as garantias institucionais, não se pode negar a interação estreita entre ambos, pois diversas garantias institucionais são concretizadas por meio da estipulação de direitos fundamentais.¹⁹⁵ Todavia, a “função precípua das garantias institucionais, desconsiderada aqui sua eventual função como direito subjetivo, que, como visto, pode coexistir, é a de reforçar a proteção de determinadas instituições contra a ação erosiva do legislador”.¹⁹⁶

Por outro lado, a doutrina tem entendido que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais também se manifesta no entendimento de que os direitos fundamentais não se aplicam apenas na relação entre o indivíduo e o Estado, mas também informam e condicionam as relações jurídicas entre particulares, exatamente por

¹⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 212-213.

¹⁹³ SARLET, Op. Cit., p. 213

¹⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 537.

¹⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 544-545. Nesse texto, com inspiração em Canotilho, Bonavides cita o caso da “instituição imprensa livre”, que é indissociável do direito subjetivo à liberdade de imprensa.

¹⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 216.

decorrerem dos direitos fundamentais “uma intenção conformadora da ordem jurídica”¹⁹⁷, que não se restringe à relação indivíduo- Estado.

Nesse caso, a dimensão objetiva implica numa eficácia externa dos direitos fundamentais fora do âmbito próprio de atuação, que vem sendo chamada de “eficácia perante terceiros (Drittwirkung)”¹⁹⁸ ou também denominada de eficácia horizontal, por se referir a uma relação entre indivíduos situados no mesmo plano jurídico, sendo esta eficácia um “dos mais relevantes desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais”¹⁹⁹.

É certo que a doutrina ainda discute se a eficácia perante terceiros seria direta ou mediata, sendo que no primeiro caso os indivíduos oporiam os direitos fundamentais diretamente contra os particulares, enquanto na segunda concepção, haveria uma intermediação do Estado para a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Note-se, entretanto, que a concepção da eficácia direta contra os particulares parece fugir do conceito da dimensão objetiva, na medida em que assemelha-se à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, por indicar que existe, nessa hipótese, uma posição jurídica subjetiva e fundamental exercitável contra outra pessoa particular.

A dimensão objetiva, portanto, tem mais a ver com a tese da aplicação indireta ou mediata dos direitos fundamentais²⁰⁰, donde tem-se entendido que ao Estado são atribuíveis “deveres de proteção” dos direitos fundamentais para a promoção e proteção destes.

Assim, toda a atividade estatal, seja judiciária, seja legislativa e naturalmente a administrativa, estaria vinculada aos direitos fundamentais, sendo mesmo possível falar-se em um “princípio de proibição de déficit (untermaßverbot), nos termos do qual o Estado está

¹⁹⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p 145.

¹⁹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p 144.

¹⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 174.

²⁰⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p 146.

obrigado a assegurar um nível mínimo adequado de proteção dos direitos fundamentais”, sendo que, entretanto, não se deve radicalizar esse dever de proteção, pois o mesmo opera sob a cláusula da reserva do possível e do princípio da liberdade constitutiva do legislador²⁰¹, ainda que esta não seja ilimitada ou arbitrária, pois o legislador não pode omitir-se de oferecer um patamar mínimo de proteção ao núcleo dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, segundo Ingo Sarlet, cabe ao Estado “zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não somente contra os poderes públicos”, sendo-lhe imputada a obrigação de

[...] o Estado adotar medidas positivas das mais diversas naturezas (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), com o objetivo precípuo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais.²⁰²

Pode-se, a propósito, até mesmo reconhecer uma espécie de subjetivação dos deveres de proteção, “quando essas prestações sejam, em abstrato (perante o legislador) ou no caso concreto (perante a Administração ou o juiz), necessárias à realização do conteúdo essencial do direito fundamental de um determinado indivíduo”. Haveria “direito subjectivo à proteção estadual (correspectivo de um dever de protecção) quando se trate de uma atuação pública que seja indispensável à realização ou à salvaguarda de um determinado direito subjectivo, nos seus aspectos nucleares”.²⁰³

A dimensão objetiva também revela-se no campo normativo da organização das entidades públicas e do procedimento, âmbito normativo esse tradicionalmente relegado ao segundo plano pela

²⁰¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p 148-149.

²⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 175.

²⁰³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p 156.

idéia de que o caráter instrumental destas normas, ou seja, de apoio aos direitos fundamentais substanciais, não lhes dariam maior *status* jurídico. Todavia, a doutrina mais recente, com razão, tem resgatado o valor dessas normas, pois “a generalidade dos direitos fundamentais, embora de modos diferentes e com intensidades diversas, têm uma relação importante com regras organizatórias e procedimentais”.²⁰⁴

De fato, há quem entenda que “a organização e o procedimento podem ser considerados em muitos os casos até mesmo o único meio para alcançar um resultado conforme aos direitos fundamentais e de assegurar sua eficácia”²⁰⁵, de forma que é razoável a conclusão no sentido de que essa dimensão procedimental é de extrema importância para a concretização dos direitos fundamentais na comunidade, até mesmo porque a doutrina hoje defende uma “igualdade de dignidade” entre os diversos aspectos dos direitos fundamentais, sejam eles de defesa ou prestacionais.²⁰⁶

Veja-se, por exemplo, o direito ao voto, que demanda um procedimento complexo e uma organização eleitoral eficiente, ou mesmo os direitos sociais a prestações, que também demandam um procedimento e uma estrutura estatal organizativa, para se concluir que os direitos fundamentais sempre impõem organização e procedimento que “sejam conformadas no sentido de assegurar o exercício ou a efectividade desses direitos”²⁰⁷.

Na verdade, a dimensão procedimental ou organizativa dos direitos fundamentais não deve ser minorada ou desvalorizada, pois, como se sabe, a simples declaração normativa de direitos não é condição necessária para a eficácia real dos mesmos. Tal eficácia depende da existência de estruturas estatais que promovam a segurança jurídica, ou

²⁰⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p 150.

²⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 226. No caso, o autor refere-se a obra, escrita em alemão, do autor germânico Konrad Hesse.

²⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 223.

²⁰⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p 152.

seja, a razoável expectativa de cumprimento das normas pelos membros da comunidade, o que só é possível num Estado de Direito Democrático, mediante a instituição de órgãos e procedimentos.

Outra característica da dimensão organizacional e procedimental dos direitos fundamentais é que ela constitui-se de “um amplo espectro de posições jurídicas”²⁰⁸, notadamente causada pela diversidade de significados semânticos das expressões organização e procedimento. Todavia, como fez Alexy, no intuito da facilitação terminológica, poderiam ser denominados sob a rubrica “direitos ao procedimento” todos os direitos organizacionais e procedimentais, dando-se, para tanto, àquela primeira expressão um sentido amplo:

A idéia de procedimento justifica reunir sob um conceito a pluralidade dos fenômenos que se encontram no âmbito da organização e do procedimento. Frente a isto, a questão terminológica passa a segundo plano. Em vez de direitos à organização e ao procedimento, poderia se falar – partindo de um conceito amplo de procedimento que também abarque as normas de organização – simplesmente de “direitos ao procedimento” ou de “direitos procedimentais”.²⁰⁹

Registre-se, ainda, que a dimensão organizativa e procedimental objetiva dos direitos fundamentais está em parte associada às garantias institucionais, notadamente pela sua instrumentalidade, pois não são normas que reconhecem diretamente direitos substanciais, mas garantem a efetividade desses direitos por meio de estruturas normativas e procedimentais.

Ademais, no que diz respeito a eficácia dos direitos fundamentais face terceiros, ou eficácia horizontal, também se observa uma relação estreita entre as normas de organização e procedimento ao “deveres de proteção”, pois a obrigação do Estado de promover e proteger

²⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 226.

²⁰⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales: Madri, 1997, p. 458.

os direitos fundamentais somente é possível mediante a atuação de órgão estatais e também por meio de procedimentos previamente estipulados.²¹⁰

Outro efeito da dimensão objetiva dos direitos fundamentais concerne à própria idéia da existência de um direito objetivo, independentemente da existência de um direito subjetivo relacionado ou mesmo de um direito a prestação, a qual se mostra essencialmente no controle de constitucionalidade exercido objetivamente, ou seja, por meio de controle dito "concentrado", sem considerações a um caso concreto. Para Vieira de Andrade:

Assim passam as coisas, por exemplo, no que se refere ao efeito de inconstitucionalidade. A ilegitimidade e a conseqüente invalidade de uma norma ou de um acto dos poderes públicos resulta da sua contradição com as disposições normativas ou com os princípios consagrados na Constituição, abstraindo da eventual existência e ofensa de posições subjectivas aí garantidas.²¹¹

O parâmetro de controle da constitucionalidade é a norma de direito constitucional objetiva, "sendo absolutamente irrelevante a circunstância de se tratar de norma que confira posições jurídicas subjectivas"²¹². Ao lado desse aspecto e com ele relacionado, está a interpretação do direito infraconstitucional, no sentido da procura do alcance interpretativo que esteja "em conformidade com os direitos fundamentais", na qual também não entra em jogo a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.²¹³

Assim, como se nota das linhas acima, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais ainda goza da primazia na doutrina moderna do direito constitucional, notadamente porque as ordens jurídicas modernas são constituídas essencialmente sobre o instituto do

²¹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p 153.

²¹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p 158.

²¹² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p 158-159.

²¹³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p 159.

direito subjetivo. A doutrina estrangeira até anota a existência de uma “presunção a favor da dimensão subjectiva dos direitos fundamentais”, ressaltando a “tese do individualismo” que acarreta a atribuição de prerrogativas diretas individuais a cada membro da comunidade (direitos subjetivos).²¹⁴

E no que respeita à nossa Constituição Federal de 1988, nada há no seu texto que possa negar essa conclusão que nos chega por meio do ensinamento de juristas europeus. Pelo contrário, a Carta de 1988 está recheada de direitos fundamentais, de todos os tipos e perfis ideológicos já reconhecidos pela doutrina, especialmente no local próprio do Título II, que relaciona direitos individuais de defesa, direitos sociais, direitos políticos (direitos de participação) e direitos de nacionalidade.

Ademais, na nossa Constituição existe dispositivo que expressamente determina a “imediata aplicação” das normas definidoras dos direitos fundamentais²¹⁵, donde conclui-se que há, em princípio, pelo menos no que se refere ao direito brasileiro, uma presunção constitucional da existência de direito subjetivo, mas que pode ser descaracterizada pela especificidade de determinados direitos fundamentais, como ocorre, por exemplo, em face de alguns direitos prestacionais.

1.4.2. Direitos fundamentais de defesa, direitos a prestações e direitos de participação

Os direitos fundamentais consistem num sistema jurídico dotado de complexidade e apresentam uma multifuncionalidade decorrentes da variedade de funções que ostentam na ordem jurídico-constitucional, não se restringindo eles a normas tão-somente

²¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1179.

²¹⁵ Art. 5, 1º, da Constituição Federal de 1988.

relacionadas a direitos de defesa contra atos estatais²¹⁶, em que pese ter sido esta concepção inicial de formulação dos direitos humanos, os quais foram positivados posteriormente, alcançando o status de direitos fundamentais.

E tal “multifuncionalidade” decorre do próprio “carácter compromissório da Constituição e a síntese dialéctica por ela operada entre os direitos de “várias gerações.”²¹⁷. Nesse sentido, a Constituição portuguesa e a brasileira incorporaram, de forma dialéctica, diversas teorias dos direitos fundamentais (liberal, social, funcional, ordem de valores, democrático-funcional) que não se reconduzem “a esquemas teóricos puros.”²¹⁸

A complexidade das diversas estruturas normativas dos direitos fundamentais torna a tarefa de classificação sobremodo difícil, sobre a qual têm-se debruçado diversos autores nacionais e estrangeiros, sem se chegar a um consenso ideal.²¹⁹ Por outro lado, para Vieira de Andrade, a complexidade e a heterogeneidade dos direitos fundamentais implicam numa ampla possibilidade de classificação, segundo critérios variados, quanto, por exemplo, à “titularidade e aos sujeitos, quanto ao conteúdo ou ao objecto, quanto à estrutura, quanto ao modo de protecção, quanto à força jurídica e, em geral, quanto ao regime.”²²⁰

Note-se, por exemplo, que alguns direitos sociais previstos na Constituição não se enquadram como direitos prestacionais, assim como há direitos individuais elencados no art. 5º da Constituição de 1988 que não são propriamente direitos de defesa, havendo, por outro

²¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 182. Nessa parte da obra, o autor cita o jurista alemão Bleckmann, que relacionou nada menos que 12 (doze) funções dos direitos fundamentais, entre elas: direitos de defesa, direitos de participação, ordem de valores, deveres fundamentais, direitos fundamentais como deveres de protecção, entre outras.

²¹⁷ A referência é à Constituição portuguesa de 1976, mas pode igualmente ser relacionada à Constituição brasileira de 1988. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1308-1309.

²¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1309.

²¹⁹ Sobre as diversas classificações na doutrina estrangeira e brasileira, Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 186-197.

²²⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 177.

lado, em alguns casos, uma certa superposição entre normas definidoras de direitos de liberdade e normas garantidoras de prestações em sentido amplo²²¹.

Veja-se, ex.gr., o caso do direito ao amplo acesso à Justiça, que pode ser considerado um direito prestacional, mas está inserido no art. 5º da Constituição Federal, no qual predominam claramente os direitos de defesa. Por outro lado, o direito à liberdade de associação sindical seria mais aproximado a um direito de defesa, apesar de constar do capítulo da Constituição relativo aos direitos sociais²²².

Contudo, no presente trabalho adota-se uma classificação dos direitos fundamentais a partir dos diferentes conteúdos (objetos) normativos principais de cada grupo de direitos, parâmetro classificatório esse que pode-se denominar de “critério material” de repartição, tendo em vista que se analisa o objeto ou conteúdo dos direitos fundamentais.²²³

A classificação material dos direitos fundamentais os dividem em 3 (três) grandes grupos: os direitos de defesa, os direitos à participação e os direitos a prestações – estes últimas divididas em jurídicas e fáticas -, classificação essa adotada por Vieira de Andrade em Portugal e pode ser tranquilamente adotada no Brasil, tendo em vista as espécies normativas dos direitos fundamentais previstas no Título II da Constituição de 1988.

De fato, na realidade constitucional brasileira pode-se reconhecer no texto da Constituição Federal de 1998, com clareza, as três categorias de direitos fundamentais reconhecidas pela doutrina portuguesa: a) direitos a abstenções estatais na esfera particular (*status*

²²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 195.

²²² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 203-204.

²²³ Essa é a expressão utilizada por Perez Luño, sendo que este autor divide os direitos fundamentais em dois grandes grupos, de acordo com a Constituição da Espanha: liberdades públicas e direitos sociais. Cf. LUÑO, Antonio-Henrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madri: Editorial Tecnos, 2007, p. 171.

negativus); b) direitos a prestações positivas de cunho social (*status positivus*) e c) direitos políticos e de participação (*status activus*).²²⁴

Também apresenta classificação semelhante José Afonso da Silva, em que pese reconhecer existirem diversas classificações de direitos fundamentais. Para José Afonso da Silva, os direitos fundamentais apresentam a seguinte divisão: a) direitos individuais, relacionados à autonomia particular frente à coletividade e o Estado; b) direitos fundamentais coletivos, no sentido de direitos do homem enquanto membro de uma coletividade; c) direitos fundamentais do "homem-social", relacionados à condição social ou cultural dos indivíduos; d) direitos de nacionalidade, que objetivam a definição dos critérios desta e, por fim, e) direitos fundamentais do "homem-cidadão", os direitos políticos, que são ligados à participação na vida política da comunidade.²²⁵

Vê-se, pois, na verdade, que, apesar de ligeiras divergências doutrinárias, os direitos fundamentais podem ser divididos em três grandes tipologias, a saber: a) os direitos individuais clássicos, garantidores da autonomia e liberdades individuais frente ao Estado e à coletividade, que implicam geralmente em atuação negativa do Estado, por isso que são também denominados de direitos de defesa; b) os direitos prestacionais em sentido amplo, que podem ser sociais ou relacionados aos deveres estatais de proteção, os quais demandam em geral uma atuação positiva do Estado, comumente significando a necessidade de oferecimento de prestações materiais pelo Estado diretamente aos indivíduos, como meio de minorar as desigualdades socioeconômicas geradas pelo sistema de produção capitalista.

No caso dos deveres de proteção, a atuação positiva do Estado é no sentido de proteção da liberdade individual e de outros direitos fundamentais de defesa contra ataques do Estado e também de outros particulares; e c) os direitos de participação política, que permitem

²²⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, p. 63-68, os quais baseiam-se na famosa lição do publicista alemão Georg Jellinek.

²²⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 186-187.

a atuação do indivíduo na escolha dos governantes e na ingerência dos negócios estatais, como, por exemplo, o direito ao voto, passivo ou ativo, o direito de petição, o direito de acesso aos cargos públicos, etc.

Ressalte-se, entretanto, como já adiantado antes, que os direitos fundamentais constituem-se de categoria complexa e com características diversas e interdependentes, sempre conectados ao princípio essencial ou ao direito fundamental por excelência da dignidade da pessoa humana, como bem anotado por Alfonso Miguel Ruiz.²²⁶

Quanto aos direitos de defesa, consideram-se estes os típicos direitos de liberdade de origem liberal clássica, que seriam bloqueios em favor da autonomia humana contra ingerências indevidas do Estado evitadas de abuso de poder ou arbitrariedade. Trata-se da primeira dimensão – ou geração, para os que adotam este termo – dos direitos fundamentais, a qual tem nítida precedência histórica a partir dos ideais liberais e iluministas da Europa dos Séculos XVII e XVIII e que implicaram na incorporação de direitos de defesa – e de certa forma também dos direitos de participação – nas primeiras constituições pós-revolucionárias.²²⁷

Ainda que novas dimensões, ou gerações, de direitos fundamentais tenham sido incorporadas à dimensão liberal, o certo é que a primeira dimensão revelada ainda “continua ocupando um lugar de destaque, transcorridos mais de duzentos anos de história dos direitos fundamentais”.²²⁸

Os direitos de defesa exprimem um “dever de abstenção” por parte do Estado em favor de um “espaço de

²²⁶ O autor explica a classificação tradicional entre os direitos civis (individuais), políticos (estes dois considerados liberais) e sociais, mas depois critica a rígida diferenciação entre direitos liberais e sociais, na medida em que existem diversos pontos em comum entre as duas categorias, como, por exemplo, o fato de que ambos os direitos operam custos para o Estado. Cf. MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Derechos liberales y derechos sociales*. Disponível em: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01361620824573839199024/cuaderno15/volIII/doxa15_09.pdf>. Acesso em: 05/07/2007.

²²⁷ Sobre o conceito de liberalismo clássico e sua influência no constitucionalismo moderno, cf. DIPPEL, Horst. *História do Constitucionalismo Moderno: novas perspectivas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 66-76.

²²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 197.

autodeterminação individual”, o qual é diretamente referido ao princípio da dignidade humana e destina-se a proteger bens essenciais ao livre desenvolvimento da vida humana (vida, honra, intimidade, etc.)²²⁹. Os direitos de defesa objetivam, portanto, “afastar quaisquer possibilidades de intervenções arbitrárias na esfera individual”.²³⁰

É certo, ainda, que a concepção inicial dos direitos de defesa indicava que o sujeito passivo respectivo seria apenas o Estado, mas, entretanto, não há impedimento da existência, como visto antes, de uma eficácia horizontal – ou eficácia contra terceiros – dos direitos de defesa, pois é fato evidente que particulares também podem causar danos aos mesmos bens jurídicos protegidos contra intervenções estatais.

De fato, para Vieira de Andrade:

Por sua vez, os direitos de defesa, na sua dimensão primária, poderiam ser configurados como direitos a prestações negativas, sobretudo se entendidos como direitos que valem apenas nas relações entre indivíduos e o Estado, que seria então o titular identificado desse dever de não intromissão. Contudo, grande parte desses direitos – como acontece com as liberdades e muitos dos direitos pessoais – devem ser vistos como direitos intransitivos ou direitos absolutos, aos quais corresponde, do lado passivo, um dever geral de respeito e de abstenção, que não caberá, então, apenas ao Estado.²³¹

É certo, ainda, a consideração de que também no campo dos direitos de defesa – e também nos direitos de participação –, há também espaço para obrigações positivas do Estado, pois aliado ao direito de não intervenção estatal indevida há o direito à suspensão do ato arbitrário e mesmo o direito à reposição ao *status quo* por meio de anulação de atos administrativos ou indenizações.²³² Com efeito, para a

²²⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 178.

²³⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, p. 67.

²³¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 181.

²³² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 179-180.

reposição à situação anterior à lesão jurídica contra o direito de defesa, muitas vezes necessita o indivíduo de um suporte estatal, como, por exemplo, os serviços judiciários ou a organização de um procedimento administrativo, de forma que direitos de defesa também são relacionados, dentro da complexa e multifacetada estrutura dos direitos fundamentais, com direitos prestacionais a cargo do Estado.

No que diz respeito ao direito a prestações, o Estado seria juridicamente obrigado, por força da Constituição, a tomar medidas materiais ou jurídicas – inclusive normativas – para a proteção de “bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais”, inclusive contra ações de terceiros e não só contra atos e omissões estatais. Tais prestações poderiam ser enquadradas como “prestações materiais (intervenção policial ou prestação de ensino e cuidados médicos) ou jurídicas (emissão de normais penais ou regulamentação das relações de trabalho)”.²³³

Note-se, então, que os direitos prestacionais não envolvem apenas os direitos sociais em sentido estrito, que dizem respeito ao princípio de igualdade socioeconômica fática (material) dos membros da coletividade, mas também envolvem a implementação indireta de direitos tidos como de defesa ou individuais clássicos.

De fato, os direitos prestacionais em sentido amplo “não se restringem – como já demonstrado – aos direitos sociais, considerados estes em sua dimensão prestacional” e “abrangem um feixe complexo e não necessariamente uniforme de posições jurídicas, que podem variar quanto ao seu objeto, seu destinatário e mesmo quanto à sua estrutura jurídico-positiva”.²³⁴

Com efeito, por exemplo, para a proteção do direito à vida, não se exige apenas a abstenção do Estado, mas também que este crie condições materiais e jurídicas para a proteção deste bem jurídico contra ações de particulares, como, por exemplo, a manutenção de um

²³³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 179.

²³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 219.

aparato de segurança pública e a previsão normativa da existência de crimes contra a vida e a conseqüente e eficaz ação repressiva estatal. Por isso é que muitas vezes a doutrina se refere à existência de “deveres de proteção” do Estado, como reflexo de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e que importam em ações – prestações normativas e fáticas – que também se direcionam à eficácia social dos direitos de defesa.

Contudo, alguns autores restringem a idéia de direitos prestacionais aos direitos sociais, reduzindo essa concepção aos direitos que impõem uma atuação do Estado “no intuito de melhorar as condições as condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade”²³⁵, mas essa visão restritiva não parece ser a mais razoável, pois é evidente que existem direitos prestacionais que não dizem respeito aos direitos sociais em sentido estrito.

Todavia, é certo que os direitos sociais ocupam um lugar central no conjunto dos direitos a prestações, pois o “conteúdo principal típico (dos direitos sociais) consiste em prestações estatais sujeitas à conformação político-legislativa”²³⁶, como, por exemplo, o direito à saúde, à educação e ao salário mínimo em padrão razoável. Vale registrar, a propósito, que, no caso da nossa Constituição brasileira de 1988, são diversos os direitos sociais prestacionais elencados no corpo do seu art. 6º, bem como em preceitos constitucionais dispersos no restante do texto, como, por exemplo, é o caso do direito à educação, inclusive previsto como direito público subjetivo no art. 208, 1º, da Carta Política.

Por isso é que Ingo Sarlet afirma que “os direitos a prestações encontraram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio”, notadamente porque há um “capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais no catálogo dos direitos e

²³⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, p. 67.

²³⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 385.

garantias fundamentais”.²³⁷ Com efeito, a Constituição de 1988 reconheceu de forma clara a dimensão social dos direitos fundamentais, ao expor de forma analítica diversos direitos prestacionais, confirmando a opção, como visto antes, do Poder Constituinte por um Estado Social nos moldes dos países da Europa Ocidental do pós-Guerra.

E no âmbito da tipologia dos direitos a prestações, pode-se subdividi-los em dois grupos: a) direitos a prestações em sentido amplo, englobando os direitos de proteção – relacionados com os deveres de proteção – e os direitos à organização e ao procedimento, que não exprimem a idéia de um direito subjetivo; e b) direitos a prestações em sentido estrito, sendo que estes implicam em direitos ao recebimento do Estado de prestações materiais, que são bem exemplificados pelos direitos sociais prestacionais.²³⁸

Há também quem se refira, como, por exemplo, o jurista lusitano Gomes Canotilho, por exemplo, a uma divisão dos direitos a “acções positivas” do Estado entre prestações fáticas e prestações jurídicas²³⁹, sendo que as primeiras seriam ações materiais do Estado em favor dos indivíduos, como é o caso das prestações previdenciárias, e as segundas consistiriam em “prestações normativas”, relacionadas estas com os deveres de proteção.²⁴⁰ Tal classificação, entretanto, pode ser relacionada de forma equivalente à divisão dos direitos prestacionais entre as concepções ampla e restrita.

Um exemplo de direito à prestação em sentido amplo seria a norma constitucional que limita a jornada de trabalho (art. 6º, XIII, da Constituição de 1988), pois implica no dever estatal de

²³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 218.

²³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 196-197.

²³⁹ Termos análogos também são utilizados por Robert Alexy, para quem os direitos a prestações subdividem-se em direitos a ações fáticas e direitos a ações normativas, os quais compreendem o conjunto de “direitos a algo” juntamente com os direitos de não-interferência. Estes últimos componentes de um sistema mais amplo de direitos fundamentais ao lado das liberdades e das competências. Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales: Madri, 1997, p. 186; 194-195.

²⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1181.

fiscalização quanto ao seu cumprimento pelos empregadores (direito à organização de uma estrutura administrativa), e também no dever de legislar prevendo penalidades contra os infratores.

Assim, um direito social²⁴¹ pode ser enquadrado como direito prestacional em sentido amplo, pois não envolve entrega de bens ou serviços de forma direta. Já um direito prestacional em sentido restrito (prestações materiais ou fáticas) seria o direito ao pagamento de um salário mínimo para os idosos e deficiente, previsto no art. 203, V, da Constituição de 1988, que se destina a possibilitar o implemento do mínimo existencial aqueles dotados de poucos ou nenhum recursos materiais.

Note-se, a propósito, uma relação entre os chamados “deveres de proteção”, como extração da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e o primeiro direito prestacional citado (prestação normativa e organizacional), que, nesse caso, também teria um caráter de direito subjetivo²⁴², pois o empregador pode deduzir pretensão judicial diretamente contra o empregador para fazer valer a norma constitucional. Cabe lembrar, aqui, que os direitos fundamentais também podem ser opostos contra particulares.

Entretanto, os deveres de proteção decorrem da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais e têm como reverso da medalha os direitos a prestações em sentido amplo²⁴³, mas em regra não induzem a direitos subjetivos individualizáveis.

Daí decorre que os direitos à proteção significam o direito que os indivíduos têm contra o Estado para que este os proteja contra intervenções de terceiros no âmbito de seus direitos fundamentais,

²⁴¹ Entende-se, aqui, direito social como o tipo de direito que implica numa tentativa de promoção da igualdade fática na comunidade, conforme ver-se-á mais adiante, sendo que os direitos sociais podem ser também configurados como direitos de defesa ou de não-intervenção.

²⁴² Isso comprova o entendimento doutrinário da existência de uma dimensão dúplice dos direitos fundamentais em geral, ou seja, de direitos de defesa e de direitos prestacionais, que não se excluem em face da interdependência entre as dimensões. Cf., entre outros, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 237 e 241.

²⁴³ Para Robert Alexy, os direitos a prestações são de três espécies: direito à proteção, à organização e ao procedimento e direitos prestacionais em sentido estrito. Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales: Madri, 1997, p. 430.

sendo que tais direitos ostentam uma grande amplitude e implicam nas “mais variadas formas possíveis de proteção”, como, por exemplo, através das normas de direito penal, de direito processual, de ações administrativas e fáticas.²⁴⁴

No dizer de Alexy, os direitos à proteção são “direitos constitucionais a que o Estado organize e maneje a ordem jurídica de uma determinada maneira no que respeita à relação recíproca de sujeitos jurídicos iguais”²⁴⁵, de forma que, ao contrário do que se pode pensar comumente, os direitos de defesa precisam também serem protegidos por ações estatais, o que vem a implicar na exigência de custos para o Estado, assim como nos direitos prestacionais no sentido estrito.²⁴⁶

Em princípio, os direitos à proteção, entendidos estes como reflexos dos deveres de proteção, encontram-se no âmbito da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, notadamente porque ao Estado, por seus poderes legislativo e executivo, concede-se certa discricionariedade quanto à modo de melhor conformação da ordem jurídica e da organização dos serviços estatais para a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, especialmente porque existem limitações financeiras e materiais para a atuação estatal.

Todavia, entende-se que o Estado deve atuar de forma a que suas medidas alcancem “um mínimo de eficácia, não sendo exigível uma exclusão absoluta da ameaça que se objetiva excluir”, de modo que a existência de um direito subjetivo à proteção é sempre residual e apenas na hipótese de omissão total do Estado nos casos em que há densificação suficiente do direito no plano constitucional e “o espaço de discricionariedade estiver reduzido a zero”.²⁴⁷

²⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1997, p. 435-436.

²⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1997, p. 436.

²⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 237. As referências do autos aos custos dos direitos sociais foram colhidas de obra de Stephen Holmes e Cass Sustein (*The Cost of Rights – Why liberty depends on taxes*).

²⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 224-225.

No que diz respeito aos direitos prestacionais em sentido estrito, coincide seu conteúdo com o oferecimento de bens e prestações materiais que visam a atender direitos fundamentais previstos constitucionalmente, como é o caso, por exemplo, do direito à saúde, à educação, à previdência social, etc. Nesse aspecto, os direitos prestacionais em sentido estrito, ou seja, os direitos sociais, são uma “expressão do Estado Social”²⁴⁸, o qual é exatamente o tipo de Estado acolhido em nossa Constituição.

Em situações de necessidade social, o Estado oferece serviços materiais e também prestações pecuniárias para o atendimento de interesses jurídicos da comunidade, sendo certo, vale anotar, que tais direitos também envolvem o direito prestacional de cunho normativo ou organizacional (dimensão objetiva), pois deve o Estado estar dotado de uma estrutura administrativa e normativa para o oferecimento destas prestações.

Por outro lado, os direitos prestacionais materiais geralmente gozam, em princípio, de uma menor eficácia jurídica, contrariamente aos direitos de defesa²⁴⁹, exatamente porque a determinação das linhas gerais desses direitos prestacionais depende de uma concretização jurídica-política pelo legislador democrático, tendo em vista que tais direitos demandam um custo financeiro elevado e sempre os Estados contam com limitações orçamentárias em face da escassez dos recursos materiais e humanos.²⁵⁰

Todavia, em que pese a relativa liberdade conformadora do legislador, é certo que os direitos prestacionais sociais não são mera normas programáticas, mas antes vinculam os poderes

²⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 222.

²⁴⁹ Para Vieira de Andrade, os direitos de defesa (direitos, liberdades e garantias, conforme texto da Constituição portuguesa) “devem ser concretizados ao nível da Constituição”, até mesmo por meio, em último caso, de uma interpretação criadora dos tribunais, especialmente nos casos de conexão direta com o princípio da dignidade humana, sendo, portanto, praticamente desnecessária ou indevida uma intervenção legislativa para sua regulamentação. Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 189.

²⁵⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 188-193.

públicos, pois há um “conteúdo mínimo” exigido pela Constituição e que constitui-se de “posições jurídicas subjetivas referíveis no plano constitucional”²⁵¹ e, portanto, possíveis de serem perseguidas judicialmente de forma individual.

Pelo menos quanto ao cumprimento do mínimo existencial, não há como discordar das posições que defendem a existência de um típico direito subjetivo exercitável pelos particulares contra o Estado, a partir da ótica de nossa Constituição, pois:

Revertendo uma oposição sólida da teoria do direito e dos tribunais, a luta pela efetividade dos direitos sociais parece ter conquistado todos os três atributos essenciais do direito subjetivo: a positivada²⁵²de, a normatividade e a justiciabilidade.

Por fim, os direitos fundamentais também podem ser classificados como direitos de participação, de “matriz democrática”, que:

[...] seriam, nesta perspectiva, mistos de direitos de defesa e de direitos a prestações, mas que são autonomizados em virtude da sua função de garantia de participação individual na vida política, mais concretamente, na formação da vontade política da comunidade.²⁵³

Os direitos fundamentais de participação surgem desde as constituições do Século XVIII e “sempre constituíram a base do regime democrático”.²⁵⁴ Todavia, em que pese os direitos políticos tenham gênese contemporânea aos direitos individuais liberais clássicos, especialmente pela idéia da soberania popular como fundamento político da comunidade já fixada nas constituições revolucionárias, somente em momento

²⁵¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 387-388.

²⁵² MELLO, Cláudio Ari. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 56, p. 105-138, Porto Alegre: Livraria do Advogado, set./dez. 2005, p. 136.

²⁵³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 179.

²⁵⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, p. 68.

histórico posterior, após o afastamento das restrições ao direito de voto a certas classes de pessoas, é que eles obtiveram um *status* próprio e independente.²⁵⁵

Eles dizem respeito à possibilidade de atuação do indivíduo na definição dos destinos políticos da comunidade, especialmente quanto ao poder de intervir de forma ativa nesse processo. E essa intervenção pode ocorrer de duas formas: indiretamente, por meio do principal direito de voto (sufrágio universal); e até mesmo diretamente, por meio dos institutos democráticos que permitem uma decisão política da comunidade sem a intervenção de representantes, tais como referendos, plebiscitos, etc.²⁵⁶

Na doutrina espanhola e tendo em vista a respectiva Constituição, Perez Luño relaciona os direitos políticos com o sufrágio ativo e passivo e com a participação política por meio de partidos políticos, sendo que, no âmbito da democracia direta, cita os casos do referendo, do direito de petição e do processo legislativo por iniciativa popular, institutos esses também admitidos no nosso ordenamento constitucional.²⁵⁷

Com efeito, no dizer de Ingo Sarlet, os direitos políticos concernem “à participação dos cidadãos no exercício da soberania popular, por meio da democracia representativa e, excepcionalmente, direta”, de modo que até haveria um conjunto de direitos de caráter político denominado de “direitos da cidadania”, englobando os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e as normas sobre os partidos políticos.²⁵⁸ Além disso, os direitos políticos “compreendem o direito a

²⁵⁵ MARTÍNEZ. Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 285.

²⁵⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, p. 68.

²⁵⁷ LUÑO, Antonio-Henrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madri: Editorial Tecnos, 2007, p. 181-182.

²⁵⁸ Ingo Sarlet relata que tais direitos (arts. 12 a 17 da Constituição de 1988) estão em estreita conexão, o que justificaria a existência do conjunto citado, com o que concorda-se, pois de fato os dispositivos constitucionais citados dizem respeito, em última análise, à participação do indivíduo na vida da comunidade política. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 206-207.

aceder em condições de igualdade às funções e cargos públicos”²⁵⁹, com o que se deve concordar, especialmente no caso brasileiro, pois a Constituição de 1988 prevê o concurso público como forma ideal para o acesso igualitário aos cargos públicos, sendo que o exercício de funções estatais por pessoas físicas escolhidas por critérios impessoais de competência certamente é um modo efetivo de participação na vida política do Estado.

Todavia, em que pese posicionamentos em sentido diversos²⁶⁰, os direitos de participação, isto é, os direitos políticos, são uma categoria própria de direitos fundamentais, que conta com elementos dos direitos de defesa e de direitos prestacionais. De fato, a liberdade de participação em partidos políticos e o dever estatal de organizar e dar um procedimento para o sistema eleitoral, por exemplo, mostram que os direitos políticos gozam de um *status* peculiar, com características adquiridas dos demais tipos dos direitos fundamentais.

1.4.3. A Constituição brasileira e a função equalizadora dos direitos sociais

A Constituição Federal de 1988, surgida após a redemocratização pátria, apresenta uma forte conotação de defesa da liberdade e dos ideais democráticos, o que era natural em face da transição política operada nos anos de 1986 a 1988, sem, contudo, esquecer a função de “constituição dirigente”, no sentido de concepção de uma formulação de fins dignos para a sociedade institucionalizada, o que implicou na previsão de uma ampla gama de direitos prestacionais dos tipos sociais, culturais e econômicos. Pode-se até mesmo dizer que o “sistema de direitos fundamentais converteu-se no núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro”, sendo que a dignidade humana,

²⁵⁹ MARTÍNEZ. Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 285.

²⁶⁰ Como o do próprio Ingo Sarlet, que considera os direitos políticos como direitos de defesa. Op. Cit., p. 208-209.

“traduzida no sistema de direitos constitucionais, é vista como o valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição Federal”.²⁶¹

No âmbito da Constituição brasileira de 1988, além das concepções de direitos liberais clássicos e políticos, a consciência social está plenamente enraizada, sendo que a preocupação com o estabelecimento de direitos sociais está inserida logo no começo da Carta Constitucional, no seu preâmbulo e nos artigos do seu primeiro título “Princípios Fundamentais”.

A Constituição Federal tem expressamente como fundamento primeiro a dignidade humana²⁶² e coloca como objetivos fundamentais da República diversas tarefas conectadas à igualdade material dos indivíduos, como, ex. gr., a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais; e promoção do bem de todos.²⁶³

Os direitos fundamentais sociais são importantes na consecução desses objetivos, notadamente em países que apresentam grandes desigualdades econômicas e sociais.²⁶⁴

Por isso, não se deve estranhar que o legislador constituinte tenha disciplinado todos os direitos fundamentais de forma abrangente, em suas diferentes categorias, inclusive separando em capítulos diversos a regulamentação dos direitos liberais de não-interferência, dos direitos políticos e também dos direitos sociais.

De fato, o segundo título da Constituição Federal de 1988, logo após o título denominado de “Dos princípios fundamentais” aparece o título “Dos direitos e garantias fundamentais”, subdivido este, por sua vez, em 5 (cinco) capítulos. E a divisão dos capítulos revela claramente a distinção das diversas categorias de direitos fundamentais, como visto anteriormente: os liberais clássicos de não-interferência, os

²⁶¹ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004, p. 12.

²⁶² Constituição Federal, art. 1º, III.

²⁶³ Constituição Federal, art. 3º, I, III e IV.

²⁶⁴ ARANGO, Rodolfo. Direitos Fundamentais Sociais, Justiça Constitucional e Democracia. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 56, p. 89-103, Porto Alegre: Livraria do Advogado, set./dez. 2005, p. 90.

direitos sociais, geralmente de cunho prestacionais, mas também regulatórios, e os direitos de participação política. Os direitos de nacionalidade podem, apesar de disciplinados em capítulo à parte, serem enquadrados como direitos políticos, pois estabelecem as condições para o reconhecimento de um cidadão nacional, e, em consequência, a definição de quem pode participar diretamente do processo político. Assim também no que se refere ao Capítulo V, que trata dos partidos políticos, sendo evidente sua conexão instrumental com o tema dos direitos políticos.

Entretanto, não existe uma diferenciação estanque entre os diversos tipos de direitos fundamentais, pois, na verdade, eles se inter-relacionam mutuamente, permitindo, com isso, uma melhor conformação dos direitos de acordo com as diversas concepções ideológicas adotadas pelo texto constitucional, resultando dessas interações um conjunto normativo harmônico. Nesse sentido, como exemplo dessa inter-relação, note-se a relação entre o direito à livre iniciativa empresarial e os direitos trabalhistas previstos na Lei Maior: a junção de ambos indica que a liberdade individual dos empresários capitalistas é limitada por certos direitos de cunho social, ou seja, que implicam no dever de prestação em favor de uma determinada camada da população, em princípio menos poderosa.

Dessa forma, os direitos individuais clássicos são de certa forma limitados por outros direitos, às vezes até mesmo de categoria diversa, como os direitos sociais, de modo que conclui-se que a inter-relação leva à conclusão da inexistência de direitos absolutos.

Por outro lado, pode-se afirmar que não existe democracia – e, portanto, direitos políticos de participação – sem a existência de um corpo eleitoral de indivíduos dotados de plena capacidade educacional de escolha dos governantes, de modo que os direitos sociais, especialmente o direito à educação, constituem a base para a legitimação democrática da sociedade.

De fato, pessoas desempregadas, analfabetas e mal alimentadas não podem desenvolver as respectivas personalidades num

quadro de respeito à dignidade humana e, assim, também não podem, à toda evidência, participar do processo democrático em igualdade de condições com as pessoas dotadas de melhores condições sociais, fato que deslegitima a democracia, que não pode ser meramente formal, mas exige a concretização da igualdade material.

José Afonso da Silva, tendo em vista o texto da Constituição brasileira de 1988, divide os direitos fundamentais em cinco categorias: direitos individuais, coletivos, sociais e econômicos, de nacionalidade e políticos, mas ressalta que existe uma integração harmônica entre eles. Com efeito, assevera o eminente constitucionalista:

A Constituição, agora, fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, até porque os direitos individuais, consubstanciados no seu art. 5º, estão contaminados de dimensão social, de tal sorte que a previsão dos direitos sociais, entre eles, e os direitos de nacionalidade e políticos lhes quebra o formalismo e o sentido abstrato. [...] Quanto mais precisos e eficazes se tornam os direitos sociais, econômicos e culturais, mas se inclina do liberalismo para o socialismo. Transforma-se a pauta de valores: o liberalismo exalta a liberdade individual, formalmente reconhecida, mas, em verdade, auferida por um pequeno grupo dominante; o socialismo realça a igualdade material.²⁶⁵

Note-se, assim, a composição ideológica conciliadora da Carta de 1988, pois valores em princípios díspares foram adotados amplamente em diversos dispositivos constitucionais, mas que levam ao entendimento de que não existem direitos absolutos reconhecidos – exceto a dignidade humana –, de modo que a correta compreensão do sistema de direitos fundamentais exige uma interpretação sistêmica e abrangente do conjunto normativo, sem esquecer, todavia, os valores primordiais da dignidade humana e o princípio da igualdade material, condicionantes de todo o sistema constitucional.

²⁶⁵ SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 187-188.

Também a doutrina estrangeira aponta a existência de uma “interconexão orgânica e finalista” dos direitos fundamentais, que apresentam uma “dimensão sistemática” que desperta grande interesse da dogmática constitucional, sendo que os direitos fundamentais não devem ser compreendidos individualmente, de *per si*, mas como um conjunto interdependente.²⁶⁶

No que tange aos direitos sociais, a sua compreensão finalista está relacionada aos direitos de liberdade e políticos de forma evidente, pois apenas com sua realização, isto é, com a adjudicação ao indivíduo das condições materiais, culturais e educacionais mínimas para o livre desenvolvimento da personalidade é que se pode falar em autonomia individual e democracia plena. Os direitos sociais, portanto, “têm como principal objeto assegurar a participação na vida política, econômica, cultural e social das pessoas individuais, assim como dos grupos em que se integram.”.²⁶⁷

Assim, na visão de Canotilho, há uma “relação indissociável” entre direitos sociais e direitos liberais, de forma que o “paradigma estruturante” da Constituição portuguesa seria uma “liberdade igual”. E esta liberdade igual “aponta para a igualdade real (art. 9º/d), o que pressupõe a tendencial possibilidade de todos terem acesso aos bens econômicos, sociais e culturais” e que demanda uma distribuição dos bens sociais a ser promovida pelo Estado, mediante prestações, tendo em vista a incapacidade do mercado de fazê-la de forma adequada.²⁶⁸

Nesse sentido, se reconhece que a “concepção da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade pode estar na origem de uma política de realização de direitos sociais

²⁶⁶ LUÑO, Antonio-Henrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madri: Editorial Tecnos, 2007, p. 137-138.

²⁶⁷ LUÑO, Antonio-Henrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madri: Editorial Tecnos, 2007, p. 183.

²⁶⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 450.

activa e comprometida [...]”²⁶⁹, de forma que conclui-se que a real e última intenção dos direitos sociais é concretização da dignidade humana.

E tal entendimento se amolda perfeitamente ao nosso sistema constitucional, tendo em vista a evidência da força social da Carta de 1988, que prima de forma clara pela igualdade material dos membros da comunidade.

Pode-se afirmar, deste modo, que os direitos sociais ostentam uma “função equilibradora das desigualdades sociais”, em vistas da qual o Estado promove o cumprimento de “determinados direitos e prestações” para a participação de todos na vida social.²⁷⁰

Assim também compreende a doutrina pátria, especialmente Ingo Sarlet, para quem:

O certo é que os direitos fundamentais sociais a prestações diversamente dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdade sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada.²⁷¹

Nesse sentido, a Constituição de 1988 incorporou valores que rechaçam o liberalismo clássico meramente não-intervencionista, colocando em pauta, em contraposição e também em complementação à dimensão liberal, um “constitucionalismo societário e comunitário, que confere prioridade aos valores da igualdade e da dignidade humana.”, que entrou em conflito com a cultura jurídica da época, de cunho “positivista e privatista”.²⁷²

A Constituição, portanto, tem uma forte propensão para a implementação de direitos sociais de viés igualitário, sendo esta uma das suas funções principais, donde se conclui que o Estado brasileiro não

²⁶⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 443-444.

²⁷⁰ LUÑO, Antonio-Henrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madri: Editorial Tecnos, 2007, p. 184.

²⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 232.

²⁷² CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004, p. 15.

se configura apenas um Estado Democrático de Direito como enganadamente aponta a leitura literal do art. 1º da Carta de 1988, mas sim um Estado de bem-estar social, ou melhor, um Estado Democrático e Social de Direito. De fato, para Gisele Cittadino:

[...] esta prioridade conferida aos interesses públicos ou coletivos revelou que a pretensão não era, após a ditadura militar, apenas configurar um Estado liberal, comprometido com a defesa de velhos direitos subjetivos individuais. Pretendeu-se, ao contrário, conformar um Estado de bem-estar social, nos moldes europeus, através da previsão constitucional – dentre outras normas e mecanismos – de um amplo sistema de direitos constitucionais, mecanismos jurídicos relativos ao controle das omissões do poder público e uma atuação política do Poder judiciário. Implementar justiça distributiva, em resumo, é o objetivo fundamental do constitucionalismo “comunitário” brasileiro.²⁷³

E também na visão de Ingo Sarlet:

Também a estreita ligação dos direitos fundamentais com o princípio do Estado social consagrado na nossa Constituição, na esteira da maior parte das Leis Fundamentais contemporâneas, merece destaque. Apesar de ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando a nossa República como um Estado Social e Democrático de Direito (o art. 1º, caput, refere apenas aos termos democrático e Direito), não restam dúvidas – e nisto parece existir um amplo consenso na doutrina – de que nem por isso o princípio fundamental do Estado social deixou de encontrar guarida na nossa Constituição. [...] tal circunstância se manifesta particularmente pela previsão de uma grande quantidade de direitos fundamentais sociais, que, além do rol dos direitos dos trabalhadores, inclui diversos direitos a prestações sociais por parte do Estado (art. 6º e outros dispersos no texto constitucional).²⁷⁴

Como se vê, portanto, os direitos fundamentais sociais têm uma finalidade de equalizar as condições materiais dos membros da coletividade, no sentido de preservação, em primeiro plano, do princípio

²⁷³ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004, p. 73.

²⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 73.

da dignidade humana, para em seguida possibilitar um melhor desempenho da democracia material, na qual todos possam participar da vida política comunitária em igualdade de condições.

Na visão de Klaus Stern, anotada por Ingo Salert, a "homogeneidade social e uma certa medida de segurança social não servem apenas ao indivíduo isolado, mas também à capacidade funcional da democracia considerada na sua integralidade"²⁷⁵, lição essa plenamente aplicável à nossa realidade, pois também a Lei Fundamental germânica consagra o princípio do Estado Social de Direito, em que pese só reconhecer expressamente um direito social, o de amparo às gestantes.

Todavia, a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão infere diversos direitos sociais do princípio do Estado Social previsto na Lei Fundamental de Bonn e também da cláusula implícita da vedação do retrocesso.²⁷⁶

Por isso é que a homogeneidade social é condição necessária para que os cidadãos tenham "idêntica probabilidade de influir na formação da unidade política", evitando, com isso, "uma ditadura da classe dominante"²⁷⁷, e, deste modo, possibilitando uma real e satisfatória realização da democracia no seu viés material, igualitário.

Ressalte-se que não só os direitos sociais em sentido estrito (que são prestacionais, como visto), mas também os direitos prestacionais de um modo geral, devem ser concebidos como "igualdade de oportunidades e liberdade real de exercício da autonomia individual e de efetiva possibilidade de participação na formação da vontade

²⁷⁵ Apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 74.

²⁷⁶ LIMA, George Marmelstein. *Proteção Judicial dos Direitos Fundamentais: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha*. Disponível em <<http://www.georgelimaxpg.com.br/alemanha.pdf>>. Acesso em: 06/08/2007, p. 111-113.

²⁷⁷ HELLER, Hermann apud MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico: Escritos de Filosofía Jurídica y Política*. Madri: Dykinson, 1999, P. 55.

estatal”²⁷⁸, o que já indica o viés igualitário dessa dimensão dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais sociais, nesse sentido, estão implicados diretamente com o princípio da solidariedade que deve governar uma sociedade democrática fundada em direitos, pois uma legitimação democrática do Estado só pode ser justificada caso corresponda “a critérios reconhecidos de justiça social”.

Com efeito, para Habermas:

A longo prazo, apenas um processo democrático que cuide de um aparelho adequado de direitos divididos de modo justo pode valer como legítimo e instituir a solidariedade. [...] Nesse sentido, a política de bem-estar social assumiu uma função de legitimação não desprezível.²⁷⁹

E tal política social deve abranger diversos aspectos da vida comunitária, como as políticas de mercado, de trabalho, da juventude, de saúde, educação, família, meio ambiente, urbanização, etc., “dispondo os bens coletivos e garantindo aquelas condições - sociais naturais e culturais - de vida que protegem da decadência a urbanidade e, de um modo geral, o espaço público de uma sociedade civilizada.”²⁸⁰

Pode-se afirmar, portanto, que a Constituição brasileira, por portar um grande elenco de direitos sociais, elevados à condição de direitos fundamentais, pretende implementar, numa tarefa própria de uma constituição dirigente, um Estado Social de Direito o qual é inter-relacionado funcionalmente com o princípio democrático, também acolhido por nossa Carta Constitucional.

Nessa tarefa de “civilização” da comunidade estatal, em nome do princípio da solidariedade, os direitos sociais fundamentais têm como finalidade, em última instância - ao lado de garantir a plena

²⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 221.

²⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 98.

²⁸⁰ Ibidem, HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 98.

concreção do princípio da dignidade humana²⁸¹, que é o fundamento básico da ordem constitucional – assegurar a realização do ideal da democracia material.²⁸²

E a o princípio da dignidade humana, na visão de Vieira de Andrade:

[...] não é uma mera abstração, não vale como pura idealidade: nesta sua qualidade de princípio jurídico vigora em regra através das normas positivas e realiza-se mediante o consenso social que suscita, projectando-se na consciência jurídica constituinte da comunidade.²⁸³

Nesse sentido, por não serem meras abstrações, a dignidade humana e, por consequência, os direitos sociais - notadamente no caso da Constituição brasileira de 1988 - devem ser concretizados diuturnamente pelo legislador democrático na sua tarefa de interposição legislativa, bem como pelos demais poderes da República nas suas atribuições específicas, tendo em vista, ainda, a plena vinculação de todos os poderes aos direitos fundamentais.

Portanto, compete também ao Poder Judiciário, na medida das possibilidades fáticas e jurídicas, atuar na implementação dos direitos sociais fundamentais, e tal Poder o deve fazer de modo eficaz e célere, por meio dos instrumentos processuais colocados à disposição.

1.4.4. A força jurídica peculiar dos direitos fundamentais sociais e a cláusula da reserva do possível

O problema da eficácia dos direitos sociais é de grande importância nas doutrinas jurídico-constitucionais estrangeira e brasileira

²⁸¹ Para Canotilho, a “concepção da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade” são a base para uma “política de realização dos direitos sociais”. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 443-444.

²⁸² Sobre a relação entre direitos fundamentais e democracia, Cf. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 33-34.

²⁸³ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 49.

e, reflexamente, também no seio da sociedade civil, pois é desejo de toda a comunidade nacional o melhoramento das condições socioeconômicas de todos os cidadãos brasileiros.

E as razões são evidentes, pois o Estado brasileiro ainda está longe de garantir de forma razoável todos os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988. Verifica-se que a sociedade brasileira está ansiosa pelo reconhecimento de direitos sociais efetivos, reais e concretos, e não se contenta mais com meras formulações normativas abstratas, sem maiores conseqüências jurídicas práticas.

No entanto, trata-se de debate complexo e ainda inconcluso, daí também decorrendo as vacilações da jurisprudência, mas que, apesar disso, tende para um reconhecimento mais efetivo dos direitos sociais, notadamente os direitos à saúde e educação²⁸⁴.

O problema, portanto, configura-se de extrema importância no contexto atual de tentativa de concretização efetiva de nossa Constituição²⁸⁵, pois ainda persiste um forte déficit na efetivação de um verdadeiro Estado Democrático e Social de Direito, notadamente no que diz respeito ao reconhecimento jurídico efetivo do chamado direito ao *mínimo existencial*, que seriam as condições materiais mínimas para o ser humano libertar-se de situações de extrema precariedade de forma a possibilitar o amplo desenvolvimento da personalidade.²⁸⁶

²⁸⁴ Cf., a respeito, FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Direito à saúde, escassez e o Judiciário. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 10 ago. 2007, Opinião, Caderno A3, que ressalta a atualidade do debate e apresenta crítica à tendência jurisprudencial no sentido de reconhecimento do direito à saúde como ilimitado. Para o articulista, o direito à saúde deveria ser tratado com enfoque na “igualdade de condições (equidade) no acesso aos serviços de saúde.”

²⁸⁵ Cf., KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002, p. 17-18, para quem a efetivação real de direitos sociais é uma necessidade da sociedade brasileira, tendo em vista os péssimos índices socioeconômicos da maioria da população.

²⁸⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 5, p. 439-461, jan./jun. 2005, p. 446-447. Para a autora, o princípio do mínimo existencial está diretamente relacionado com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o qual deve ostentar a máxima efetividade possível. A teoria do mínimo existencial também é assumida cada vez mais por parcela da doutrina brasileira, conforme relato de LIMA, George Marmelstein. *Proteção Judicial dos Direitos Fundamentais: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha*, p. 112-114. Disponível em <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/alemanha.pdf>>. Acesso em: 06/08/2007.

A problemática da eficácia dos direitos sociais fundamentais é também relacionada com o tema mais amplo da efetividade da Constituição, tendo em vista o fenômeno conhecido como neoconstitucionalismo, corrente doutrinária que concebe uma maior força jurídica nos textos constitucionais modernos²⁸⁷.

De fato, o constitucionalismo moderno rejeita a idéia de normas constitucionais com pouca força vinculante, reafirmando a necessidade de conferir maior eficácia ao texto constitucional, tese essa que se amolda perfeitamente à realidade constitucional brasileira, no que diz respeito à dogmática dos direitos fundamentais, que “estão vivendo o seu melhor momento na história do constitucionalismo pátrio”²⁸⁸, ao menos no que se refere à possibilidade de concretização mais efetiva, ainda que tal se dê de forma gradual.

Por isso, se concorda com o ensinamento do Ingo Sarlet quando afirma que:

Por estas razões, há como sustentar, a exemplo do que ocorrido na doutrina, a aplicabilidade imediata (por força do art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental) de todos os direitos fundamentais constantes do Catálogo (arts. 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais.²⁸⁹

Entende-se, como Sarlet, que é plenamente possível referir-se a uma “presunção em favor da aplicabilidade imediata e da plenitude eficaz dos direitos fundamentais”²⁹⁰, sem prejuízo do

²⁸⁷ Cf., a respeito, BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Constitucionalismo Brasileiro.: pós-modernidade, teórica crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 47. Neste texto, o autor traça em linhas gerais a evolução do constitucionalismo brasileiro, notadamente pós 1988, no sentido da “busca da efetividade” das normas constitucionais por meio, também, de uma nova interpretação constitucional informada por princípios específicos, especialmente quanto à idéia da existência de um sistema de princípios jurídicos materiais abertos que informam todo o sistema jurídico no intuito da máxima efetividade da Constituição.

²⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 82.

²⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 275-276.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 289.

reconhecimento do fato de que certas normas constitucionais gozam de baixa densidade normativa e, às vezes, necessitam de integração legislativa para sua completa aplicação.

Todavia, não existe norma constitucional meramente programática²⁹¹, destituída de todo e qualquer efeito jurídico, sempre sendo possível extrair de normas constitucionais abertas (ou predominantemente principiológicas) algum tipo de eficácia jurídica.

É certo que, no início do seu desenvolvimento, os direitos sociais passaram por um “ciclo de baixa normatividade” e foram considerados como meros programas de ação estatal, de cunho não impositivo, mas ultimamente tais direitos vêm recebendo mais força normativa no sentido de aplicabilidade imediata pelas constituições mundiais do pós-Guerra, inclusive no Brasil.²⁹²

Note-se, inclusive, a existência de uma tendência atual, no âmbito internacional, no sentido do reconhecimento da universalização dos direitos humanos (que também abrangem os direitos sociais). A universalização dos direitos humanos consiste em fenômeno surgido a partir do término da Segunda Guerra Mundial, em decorrência do próprio estabelecimento da ONU como órgão supranacional de regulação da sociedade internacional. De fato, a Declaração de Direitos de 1948 é um marco no processo de internacionalização, sendo que posteriormente dezenas de novas declarações de direitos foram editadas,²⁹³ não só garantindo os direitos de liberdade clássicos, civis e políticos, mas também prevendo direitos econômicos, culturais e sociais como pré-requisitos para o desenvolvimento da personalidade humana, necessário para o pleno gozo daqueles direitos clássicos.

Todavia, voltando-se agora a perspectiva para a realidade constitucional brasileira, pode-se reconhecer no texto da Constituição Federal de 1998, com clareza, três categorias de direitos

²⁹¹ *Ibidem*, p. 279.

²⁹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 564-565.

²⁹³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 56-58.

fundamentais. Estes podem ser subdivididos em três categorias básicas, conforme a delimitação das respectivas estruturas normativas: a) direitos a abstenções estatais na esfera particular (*status negativus*); b) direitos a prestações positivas de cunho social (*status positivus*) e c) direitos políticos e de participação (*status activus*).²⁹⁴

Também apresenta classificação semelhante José Afonso da Silva, que reconhece existirem diversas classificações de direitos fundamentais, mas apresenta a seguinte divisão: a) direitos individuais, relacionados à autonomia particular frente à coletividade e o Estado; b) direitos fundamentais coletivos, no sentido de direitos do homem enquanto membro de uma coletividade; c) direitos fundamentais do "homem-social", relacionados à condição social ou cultural dos indivíduos; d) direitos de nacionalidade, que objetivam a definição dos critérios desta e, por fim, e) direitos fundamentais do "homem-cidadão", os direitos políticos, que são ligados à participação na vida política da comunidade.²⁹⁵

Vê-se, pois, na verdade, que, apesar de ligeiras divergências doutrinárias, os direitos fundamentais podem ser divididos em três grandes tipologias, a saber: a) os direitos individuais clássicos, garantidores da autonomia e liberdades individuais frente ao Estado e à coletividade, que implicam geralmente em atuação negativa do Estado ou de atuação positiva deste no sentido de proteção dessa liberdade individual contra ataques de outros particulares; b) os direitos sociais, entendido este termo em sentido amplo, abrangendo direitos culturais e econômicos, os quais demandam em geral uma atuação positiva do Estado, comumente significando a necessidade de oferecimento de prestações materiais pelo Estado diretamente aos indivíduos, como meio de minorar as desigualdades socioeconômicas geradas pelo sistema de produção capitalista; e c) os direitos de participação política, que

²⁹⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, p. 64.

²⁹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 186-187.

permitem a atuação do indivíduo na escolha dos governantes e na ingerência dos negócios estatais, como, por exemplo, o direito ao voto, ou mesmo o direito de petição aos poderes públicos.²⁹⁶

De outro lado, existem, ainda, as chamadas garantias fundamentais, que são meios constitucionais destinados a fazer valer os direitos fundamentais e que não enunciam propriamente direitos.²⁹⁷ Elas têm, portanto, nítido caráter instrumental. Todavia, tais direitos podem, sem maiores problemas teóricos, ser naturalmente colocados no mesmo patamar dos direitos fundamentais individuais, pois, em geral, visam à eliminação do arbítrio estatal, e, assim, são um reflexo direto dos direitos individuais materiais.

As garantias instrumentais, portanto, apresentam importância equivalente aos direitos substanciais aos quais procuram salvaguardar, donde se pode afirmar existir uma interdependência entre as duas categorias.

No momento, entretanto, interessa sobretudo o problema da justiciabilidade dos direitos sociais em face do problema das restrições materiais decorrentes da escassez de recursos ou da impossibilidade jurídica de alteração da legislação orçamentária, uma vez que, quanto aos direitos individuais clássicos, inexistem maiores problemas quanto às possibilidades de realização judicial, que sempre foi admitida de forma plena pela doutrina constitucionalista.

De fato, aponta Ingo Sarlet:

Se relativamente aos direitos fundamentais de defesa inexistem maiores problemas no que diz com a

²⁹⁶ Cf. MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Derechos liberales y derechos sociales*. Disponível em: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01361620824573839199024/cuaderno15/volIII/doxa15_09.pdf>. Acesso em: 05/07/2007. O autor explica nesse texto, inicialmente, a classificação tradicional entre os direitos civis (individuais), políticos (estes dois considerados liberais) e sociais, para depois fazer uma crítica de uma rígida diferenciação entre direitos liberais e sociais, na medida em que existem diversos pontos em comum entre as duas categorias, como, por exemplo, o fato de que ambos os direitos operam custos para o Estado. Ademais, o autor defende que os direitos fundamentais, liberais e sociais, consistem em categoria unitária quanto a seus aspectos essenciais, conectados à dignidade e autonomia humanas.

²⁹⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, p. 80.

possibilidade de serem considerados diretamente aplicáveis e aptos, desde logo, a desencadear todos os seus efeitos jurídicos, o mesmo não ocorre na esfera dos direitos fundamentais a prestações, que têm por objeto uma conduta positiva por parte do destinatário, consistente, em regra, numa prestação de natureza fática ou normativa, [...] ²⁹⁸

Como dito, os direitos sociais dos particulares são geralmente direcionados contra o Estado ²⁹⁹ visando à realização de prestações positivas, isto é, ações destinadas à realização de bens jurídicos materiais (serviços, de saúde, incluindo medicamentos, serviços educacionais, culturais, entre outros). Para André Ramos Tavares:

Os direitos sociais, como direitos de segunda dimensão, são aqueles que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante na implementação da igualdade social dos hipossuficientes. ³⁰⁰

No mesmo sentido, José Afonso da Silva, para quem os direitos sociais estão intimamente ligados aos direitos econômicos – sendo estes pressupostos daqueles – e constituem-se de dimensão dos direitos fundamentais, revelados por:

Prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vidas aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. ³⁰¹

²⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 296.

²⁹⁹ Note-se, entretanto, que alguns direitos sociais consistem em prestações positivas que não são deduzidas diretamente contra o Estado, a exemplo dos direitos trabalhistas previstos no art. 7º da CF/88, que são prestados por empresas e pessoas particulares quando assumem a função de empregadores. Assim também na Constituição portuguesa, conforme ensinamento de CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 379.

³⁰⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 2007.

³⁰¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 289.

Não há maiores dúvidas doutrinárias quanto à existência de diferenças entre os direitos liberais clássicos e os direitos sociais, ainda que se defenda existir uma aproximação maior entre eles do que se costuma atestar³⁰², nem, por outro lado, quanto à conceituação dos direitos sociais como direitos a prestações materiais – ou mesmo, eventualmente, a prestações normativas.³⁰³

Por outro lado, como visto, o objetivo dos direitos sociais é equalizar as desigualdades sociais verificadas em uma sociedade, permitindo que pessoas menos favorecidas contem com um mínimo suporte material para o desenvolvimento da personalidade. Tais direitos, no dizer de Ingo Sarlet, “objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais”.³⁰⁴

Também se reconhece quanto aos direitos sociais, ao lado do sentido de igualdade material, que a “concepção da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade pode estar na origem de uma política de realização de direitos sociais activa e comprometida [...]”³⁰⁵, posição essa também defendida por Sarlet ao reconhecer a possibilidade de reconhecimento de direitos sociais subjetivos a prestações, pois há uma “íntima vinculação – destacada especialmente pela doutrina estrangeira – de vários destes direitos com o direito à vida e com o princípio da dignidade humana [...]”³⁰⁶.

No que pertine à eficácia dos direitos sociais, também se aceita, de forma mais ou menos pacífica, uma certa vinculatividade das normas constitucionais definidoras de direitos sociais, ainda que elas

³⁰² Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 299, nota de rodapé 124, na qual o autor entende que os direitos sociais prestacionais diferem dos direitos de defesa por critério de grau e não de substância.

³⁰³ Cf., a propósito, o entendimento de CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1181, para quem existem direitos a “prestações fácticas” e direitos a “prestações normativas”.

³⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 299.

³⁰⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 443-444.

³⁰⁶ SARLET, *op. cit.*, p. 373.

sejam dotadas de caráter genérico e tenham, pelo seu caráter mais ou menos aberto, conteúdo também programático³⁰⁷.

No plano do nosso direito positivo, a eficácia imediata dos direitos fundamentais sociais é atribuível ao disposto no art. 5º, parágrafo primeiro, da CF/88, que prescreve a “aplicabilidade imediata” das “normas definidoras dos direitos e garantias individuais”.

Note-se, a propósito, que na Constituição brasileira de 1988, ao contrário do que prevê, por exemplo, a Constituição portuguesa de 1976, não há restrição da aplicação da norma que garante a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais aos direitos de defesa, devendo-se entender, portanto, que todos os direitos fundamentais são aplicados, *prima facie*, de forma imediata.³⁰⁸

Assim, as normas constitucionais do nosso ordenamento, ainda que eventualmente programáticas e definidoras de direitos prestacionais que necessitam de intervenção legislativa, contêm um mínimo de eficácia ou aplicabilidade, por menor que seja a densidade normativa dos preceitos constitucionais pertinentes, aplicabilidade essa que ainda depende da “forma de positivação” e das peculiaridades de cada direito.³⁰⁹

Por outro lado, a doutrina tradicional considerava as normas programáticas mais destinadas ao legislador do que propriamente definidora de direitos subjetivos, no sentido de que caberia à política ordinária, a partir da ação de governos eleitos, a tarefa exclusiva de concretizar as políticas públicas voltadas para os direitos sociais.

Todavia, a decadência do positivismo jurídico e do legalismo estrito implicaram num novo olhar sobre o constitucionalismo chamado “pós-positivista”, que passou a receber influxos de conceitos

³⁰⁷ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 235-263, que faz uma defesa do princípio da máxima efetividade da Constituição.

³⁰⁸ MELLO, Cláudio Ari. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 56, p. 105-138, Porto Alegre: Livraria do Advogado, set./dez. 2005, p. 128.

³⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 297.

jurídicos abertos e carregados de valores morais³¹⁰ reconhecidos pela razão e pela comunidade, ou seja, dos princípios jurídicos que reestruturaram a hermenêutica constitucional.³¹¹ Esse novo constitucionalismo, por sua vez, apresenta a tendência de busca de uma maior “efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição”.³¹²

Para Gomes Canotilho, a dependência da eficácia dos direitos sociais à intervenção exclusiva do legislador implica, na prática, a uma garantia de pouca força dos direitos sociais previstos na Constituição. De fato, na sua visão “uma tal construção e concepção da garantia jurídico-constitucional dos direitos sociais equivale praticamente a “um grau zero de garantia” (HaverKate)”³¹³.

O mestre português informa, a propósito, que a Corte Constitucional portuguesa “fixou traços juridicamente constitutivos das normas constitucionais consagradoras de direitos económicos, sociais e culturais”, estabelecendo que: a) eles dispõem de vinculatividade normativo constitucional; b) que servem de parâmetro de controle de constitucionalidade; c) que a não-regulamentação legal pode gerar uma inconstitucionalidade por omissão, d) o Estado deve tomar medidas concretas e determinadas em favor desses direitos e não adotar “promessas vagas e abstractas”; e, por fim, e) a produção legislativa de medidas concretizadoras, ainda que dotada de certa liberdade de conformação, não pode ser deixada à livre disponibilidade do legislador.³¹⁴

³¹⁰ Cf., MAIA, Antônio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 09/08/2007. Nesse texto, o professor da UERJ e da PUC-Rio mostra que as constituições contemporâneas incorporam conteúdos materiais em forma de princípios, diretrizes e valores, com ênfase no reconhecimento de direitos fundamentais com forte caráter axiológico e racional, o que ele chama de “neoconstitucionalismo”.

³¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 29; 34-35.

³¹² *Ibidem*, p. 47.

³¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 451.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 452.

Nesse contexto, ressalte-se a defesa promovida por Robert Alexy, da justiciabilidade dos direitos fundamentais em geral e também dos sociais:

O social, porém, teria perante o liberal pouca força, porque ele não se poderia apoiar em princípios de direito. [...] A todas as tentativas de suavizar o problema da colisão pela eliminação da justiciabilidade deve opor-se com ênfase. Elas são nada mais que a solução de problemas jurídico-constitucionais pela abolição de direito constitucional. Se algumas normas da constituição não são levadas a sério, é difícil fundamentar por que outras normas também então devem ser levadas a sério se isso uma vez causa dificuldades. Ameaçada a dissolução da constituição. A primeira decisão fundamental para os direitos fundamentais é, por conseguinte, aquela para a sua força vinculativa jurídica ampla em forma de justiciabilidade.³¹⁵

No se refere aos direitos sociais, entretanto, essa efetividade jurídica ideal - e desejada -, pelo menos no caso brasileiro, ainda não consegue moldar adequadamente a realidade fática, pois permanece no nosso país uma enorme disparidade entre o conteúdo fortemente social do texto constitucional e as condições sociais de boa parte da população brasileira, a qual não tem acesso, principalmente, a serviços de saúde e de educação de mínima qualidade.

É certo que a Constituição não é uma "lâmpada de Aladim" com poderes para transformar a realidade automaticamente, mas os direitos reconhecidos pelo texto devem ser "levados a sério [...] quando violações da dignidade da pessoa humana, particularmente violações do direitos fundamentais estiverem em jogo".³¹⁶

O maior problema da concretização dos direitos sociais, no que se refere às prestações materiais que envolvem um fazer fático, real, pelo Estado, consiste na ausência de recursos materiais ou

³¹⁵ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 63.

³¹⁶ ARANGO, Rodolfo. Direitos Fundamentais Sociais, Justiça Constitucional e Democracia. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 56, p. 89-103, Porto Alegre: Livraria do Advogado, set./dez. 2005, p. 95-96.

jurídicos³¹⁷ para a concretização de direitos elencados pela Constituição. A partir do momento em que decisões judiciais, especialmente após a redemocratização pátria consolidada pela Constituição de 1988³¹⁸, passaram a reconhecer mais fortemente a vinculação dos poderes públicos à Constituição - entendida esta não como mera norma jurídica abstrata, mas sim como documento que deve efetivamente moldar a conduta dos poderes públicos e também dos particulares³¹⁹ -, também começaram a surgir teorias que procuram negar uma maior vinculatividade às normas constitucionais definidoras de direitos sociais.

Tais teorias baseiam-se em dois aspectos principais: a) se reconhece a limitação dos recursos materiais e humanos para o perfeito atendimento de todos os serviços públicos estatais relacionados com os direitos sociais (saúde, educação, cultura, etc.) e b) não compete ao Poder Judiciário traçar políticas públicas, sendo esta tarefa dos demais poderes da República, cujos representantes são eleitos diretamente pela população.³²⁰

O princípio ou cláusula da reserva do possível é fruto de construção do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que o reconheceu no julgamento de um processo no qual estudantes tentaram obter mais vagas em universidades estatais, sob o fundamento de que o Estado deveria custear a educação para fins de amplo exercício da liberdade profissional.³²¹ A Corte germânica atestou que embora houvesse

³¹⁷ Conforme ver-se-á mais adiante, nem sempre a falta de efetividade dos direitos sociais decorre da ausência de recursos financeiros. Pode ocorrer ausência de normatização pelo Estado, desorganização administrativa, simples inércia estatal, etc.

³¹⁸ Cf., ARAÚJO, Eugênio Rosa de. O princípio da reserva do possível e ponderação com regras a ele pertinentes: viagem na irreidade do cotidiano financeiro. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n. 15, p. 20, 2005, para quem a redemocratização implicou no aumento das demandas populares por melhores serviços públicos.

³¹⁹ Cf., a propósito a idéia de “vontade de constituição” descrita magistralmente por HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

³²⁰ Para uma visão sistemática das principais correntes doutrinárias, inclusive estrangeiras, e também críticas quanto à atuação do Poder Judiciário na realização de direitos sociais, cf., BIGOLIN, Giovanni. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista do Ministério Público*, n. 53, mai./set./2004, p. 49-69, Porto Alegre.

³²¹ Confira-se um preciso comentário da decisão em: LIMA, George Marmelstein. *Proteção Judicial dos Direitos Fundamentais: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha*, p. 125-126. Disponível em <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/alemanha.pdf>>. Acesso em: 06/08/2007.

de fato o direito à educação, pois o “estado moderno se inclina ao fomento cultural dos cidadãos”³²², ele estaria limitado pela reserva do possível, que seria “aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da coletividade”.³²³

Pode-se considerar, portanto, pelo menos no que se refere ao Direito alemão, que a cláusula da reserva do possível configura um princípio constitucional implícito, que impede, presentes certas circunstâncias, a atuação estatal positiva (de cunho prestacional) em favor de particulares, bem como, analogamente, o reconhecimento de direitos subjetivos destes contra o Estado na seara prestacional.

A cláusula revela nada mais do que a própria falta de recursos financeiros específicos para a despesa desejada, que garantisse o direito social postulado, bem como a impossibilidade de remanejamento de verbas orçamentárias previstas pelo legislador para o atendimento de despesas diversas (alteração de políticas públicas) em prol dos direitos sociais demandados no caso.

A reserva do possível envolve, portanto, dois aspectos distintos: a) a *reserva do possível fática*, que concerne à falta de recursos financeiros para a concretização do direito; b) a *reserva do possível jurídica*, que diz respeito à legalidade orçamentária.³²⁴

No caso da reserva do possível fática, trata-se de “limitação lógica e, de certo modo, óbvia à atividade jurisdicional em matéria de efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Afinal, sem dinheiro não há direito.”³²⁵. Em outras palavras, a reserva fática nada mais é do que a falta de recursos financeiros, ou mesmo humanos e de infra-estrutura, para o cumprimento do direito social fundamental.

³²² *Ibidem*, p. 126.

³²³ *Ibidem*, p. 127.

³²⁴ Cf., Cf., ARAÚJO, Eugênio Rosa de. O princípio da reserva do possível e ponderação com regras a ele pertinentes: viagem na irrealidade do cotidiano financeiro. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n. 15, p. 23, 2005, que colhe a distinção em obra de Marcos Masilli Gouvêa (O controle judicial das omissões administrativas, Forense: 2003. p. 384).

³²⁵ LIMA, George Marmelstein. *Proteção Judicial dos Direitos Fundamentais*: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha, p. 125-126. Disponível em <<http://www.georgelimaxpg.com.br/alemanha.pdf>>. Acesso em: 06/08/2007.

Assim, caso um indivíduo deseje a realização, por conta de um pequeno município do interior no qual reside, de uma custosa cirurgia que só pode ser feita no exterior, o ente público pode, comprovando a ausência efetiva de recursos financeiros, alegar o óbice à efetividade do direito social.³²⁶ Em verdade, não se pode exigir do Estado a realização do impossível³²⁷, mas por outro lado é ônus do Estado demonstrar a incapacidade financeira de atendimento do direito social pleiteado. Há, portanto, uma presunção de eficácia imediata do direito social, exigível *prima facie*, mas que pode ser ilidida por prova em sentido contrário.

Outro óbice à concretização de um direito social fundamental por meio de decisão judicial, e que é relacionado à reserva do possível, diz respeito ao princípio isonômico, pois a decisão judicial não pode afetar os direitos fundamentais de outros indivíduos que também esperam do Estado o mesmo tratamento.³²⁸

Portanto, no âmbito de processos judiciais nos quais há pedido de direitos sociais prestacionais, como, por exemplo, a entrega de determinado medicamento essencial ao particular ou a realização de cirurgias de grande porte, cabe ao Estado a demonstração da inexistência de recursos financeiros para o atendimento ao medicamento pretendido, assim como apresentar detalhamento de quantas pessoas estariam sendo prejudicadas pela realocação dos recursos determinada judicialmente. Trata-se, aqui, da aplicação da cláusula da reserva do possível no aspecto fático.

Todavia, não havendo pelo Estado a demonstração da inexistência de recursos financeiros, e sendo o medicamento essencial à

³²⁶ Acredito que cabe ao Estado o ônus de comprovar, na contestação da ação judicial, a falta de recursos financeiros, de acordo com o art. 333 do CPC. Cf., ainda, LIMA, George Marmelstein. Op. cit., p. 129-130, que também defende a atribuição do ônus da prova ao Estado, inclusive com a remessa aos autos de dados orçamentários e financeiros que provem a ausência de recursos.

³²⁷ ARANGO, Rodolfo. Direitos Fundamentais Sociais, Justiça Constitucional e Democracia. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 56, p. 89-103, Porto Alegre: Livraria do Advogado, set./dez. 2005, p. 99.

³²⁸ LEIVAS. Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 106-107.

saúde do particular, sem o qual ele poderia falecer ou mesmo ter graves complicações do estado clínico, há direito subjetivo à saúde, já que esta se relaciona diretamente com o direito à vida. Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal vem considerando que o direito à saúde, como consequência lógica do direito à vida, consiste em direito subjetivo do particular frente ao Estado, por força na norma do art. 196 da CF/88, conforme ver-se-á adiante.³²⁹

Por outro lado, o outro aspecto da reserva do possível diz respeito à legalidade orçamentária, no sentido de que o Poder Público não estaria obrigado a oferecer prestações positivas ligadas a direitos sociais caso não houvesse previsão legal orçamentária para tanto. Em princípio, o Estado deve agir de acordo com as políticas públicas adotadas pelo legislador ordinário no sentido de atendimento das demandas constitucionais, sendo o Poder Legislativo o poder competente para definir, *a priori*, a alocação dos recursos públicos. Com efeito, para Eduardo Appio:

A atividade legislativa desempenhada pelo Poder Legislativo se assenta na representatividade popular e no princípio da separação dos Poderes, segundo o qual incumbe ao legislador, com primazia, a escolha do momento e do conteúdo da atividade legislativa.³³⁰

Todavia, deve-se reconhecer que compete ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade de políticas públicas adotadas pelo Legislador ou mesmo de omissões legislativas, sem que isso afronte o princípio da separação de poderes ou a soberania popular, desde que ocorram evidentes abusos nas escolhas legislativas.

Essa também é a visão de Rodolfo Arango, para quem:

Em um Estado de direito constitucional e democrático, a justiça constitucional não deve substituir os órgãos de expressão política. Ele deve propor-se a corrigir os excessos e omissões que são contrários a uma percepção mais

³²⁹ STF, 2ª Turma, Ag, Reg. No RE 393.175-0/RS, julg. 12/12/2006, rel. Min. Celso de Mello.

³³⁰ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 81.

elevada que orienta, em seu conteúdo, os atos de todas as autoridades. Essa orientação também é válida na realização de direitos sociais.³³¹

É que o legislador ordinário está plenamente vinculado à “concretização de direitos fundamentais” mesmo que ele tenha um “espaço de discricionariedade legislativa ampla” quanto à “elaboração orçamentária e à definição de políticas públicas concretizadoras das tarefas constitucionais atribuídas ao Estado”.³³²

Para Carmem Lúcia Antunes Rocha, em que pese a existência de discricionariedade legislativa *prima facie*, pode o Poder Judiciário ser chamado a controlar políticas públicas, sendo que a “sindicabilidade judicial” dos direitos sociais decorre de diversos fatores, como: a) o direito constitucional à jurisdição; b) o dever constitucional de preservar o mínimo existencial, este conectado ao princípio da dignidade humana; c) o princípio da supremacia constitucional e d) da atribuição constitucional conferida ao Judiciário de controlar a constitucionalidade dos “comportamentos e normas” do Poder Público.³³³

No mesmo sentido, Andreas Krell, que defende o controle de constitucionalidade das leis orçamentárias como forma de conferir efetividade aos direitos sociais³³⁴, além de entender possível o remanejamento de verbas orçamentárias de outras rubricas para o atendimento dos direitos básicos do cidadão.³³⁵

Nesse sentido, seria possível até mesmo o deslocamento de verbas orçamentárias para o atendimento de preceitos constitucionais, por meio de uma ponderação entre os bens jurídicos em jogo, não sendo a cláusula da reserva do possível um empecilho para

³³¹ ARANGO, Rodolfo. Direitos Fundamentais Sociais, Justiça Constitucional e Democracia. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 56, p. 89-103, Porto Alegre: Livraria do Advogado, set./dez. 2005, p. 99.

³³² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 5, p. 448, jan./jun. 2005.

³³³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 5, p. 460, jan./jun. 2005

³³⁴ KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002, p. 102.

³³⁵ *Ibidem*, p. 53.

tanto, pois as normas legais inferiores devem prestar homenagem aos valores maiores presentes na Lei Maior. Nesse sentido, assevera o juiz federal Eugênio Rosa:

Portanto, o princípio da reserva do possível deverá ser ponderado com as regras do direito financeiro veiculadoras do direito material de rearranjo das dotações orçamentárias, colmatando eventual vácuo regulamentar que fruste ou iniba a regular fruição de direitos fundamentais garantidos pela ordem constitucional.³³⁶

O autor citado esclarece, ainda, a possibilidade conferida pela Lei n. 10.837/2004 (Lei Orçamentária Anual para 2004) ao Poder Executivo para que este, por decreto, crie créditos suplementares no caso de excesso de arrecadação³³⁷. De fato, os arts. 4º e 5º da norma citada permitiam a majoração de gastos no caso de excesso de arrecadação, sem necessidade de maiores formalidades.

Vê-se, pois, a existência de suporte normativo infralegal para o afastamento do princípio da vinculatividade orçamentária, suporte esse nem sempre é necessário na atuação do Poder Judiciário em processos judiciais, pois este pode, em condições excepcionais e para dar cumprimento a preceitos constitucionais de alta densidade axiológica, determinar ao Administrador Público que promova o rearranjo das verbas orçamentárias a fim de que direitos fundamentais sociais sejam efetivamente cumpridos.

No que se refere à concretização dos direitos sociais – saúde e educação, principalmente – e a aceitação do princípio da reserva do possível no âmbito da jurisdição constitucional promovida pelo STF, note-se que a tendência é no sentido da justiciabilidade dos direitos sociais, ainda que a atuação do Poder Judiciária deva ocorrer “em bases excepcionais”.

³³⁶ ARAÚJO, Eugênio Rosa de. O princípio da reserva do possível e ponderação com regras a ele pertinentes: viagem na irrealidade do cotidiano financeiro. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n. 15, p. 34, 2005.

³³⁷ *Ibidem*, p. 24-27.

De fato, no julgamento do RE 410.715/SP, rel. Min. Celso de Mello³³⁸, ficou decidido que compete ao município o atendimento de crianças em creches e pré-escolas, até os 6 anos de idade, sendo tal direito de caráter social e fundamental. O tribunal entendeu que compete ao Poder Judiciário, ainda que excepcionalmente, determinar a realização de políticas públicas nesse sentido. Confira-se a ementa do julgado:

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

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento

³³⁸ STF, 2ª Turma, julg. 22/11/2005, DJU 03/02/2006, p. 76.

das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.

Nesse julgamento, o relator, o ministro Celso de Mello, asseverou em seu voto que embora a atuação do Poder Judiciário na seara dos direitos sociais - no caso concreto, o da educação - se dê de forma excepcional, é possível a concretização judicial no caso de claro descumprimento pelo Poder Público dos encargos constitucionais a ele atribuídos. Assim, na visão do STF, a:

Cláusula da "reserva do possível", ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação, de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.³³⁹

Em outra ocasião, a Suprema Corte, ao analisar o direito social à saúde, também tem deu prevalência à efetividade das normas constitucionais, especialmente no que se refere à obrigação de fornecimento de medicamentos, entendendo que compete ao Poder Público tal incumbência. Sobre o tema, confira-se as seguintes decisões:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A

³³⁹ STF, voto do ministro Celso de Mello no RE (Ag. Reg.) 410.715/SP.

PACIENTE HIPOSSUFICIENTE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado em fornecê-los. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.³⁴⁰

Ementa: PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A

³⁴⁰ STF, 2ª Turma, julg. 26/06/2007, DJU 17/08/2007, min. Eros Grau.

PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. [...]³⁴¹

Nesse último julgamento o STF, por meio do entendimento do relator Celso de Mello, entendeu que o direito à saúde "se qualifica como direito subjetivo inaliável assegurado a todos pela própria Constituição da República" (grifo nosso) prevalece, como prerrogativa fundamental, contra o "interesse financeiro e secundário do Estado", de forma que a decisão judicial correta é aquela que "o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas".

Revela-se clara, portanto, a tendência jurisprudencial no sentido da rejeição de uma maior força jurídica à cláusula da reserva do possível, pois esta fundamenta-se, principalmente, em interesses financeiros do Estado, os quais não são comparados à fundamentalidade dos direitos sociais à educação e à saúde, por exemplo.

³⁴¹ STF, 2ª Turma, julg. 12/12/2006, DJU 02/02/2007, min. Celso de Mello.

2. Microsistema processual dos Juizados Especiais Federais Cíveis

2.1. Considerações iniciais

Concluída a primeira parte do trabalho, direcionada ao estudo dos direitos fundamentais sociais, cabe neste tópico explicitar o modo de funcionamento do sistema processual dos juizados especiais federais cíveis, a fim de que se possa analisar de que forma o sistema pode ou não atender ao desejo de concretização mais efetiva de direitos fundamentais.

Os juizados especiais federais cíveis foram introduzidos no nosso ordenamento jurídico a partir da edição da Emenda Constitucional n. 22/99³⁴², norma que autorizou a lei federal a instalá-los ao lado dos já existentes juizados especiais estaduais, estes previstos na redação original da Constituição de 1988 e regulamentados pela Lei n. 9.099/95. Os juizados especiais em geral, tanto o estadual como o federal, se inserem dentro de perspectiva de “sumarização do procedimento”, numa tentativa legislativa de “apressar a prestação jurisdicional”, tendo em vista o rito especial delineado nas respectivas leis, sempre no sentido da informalidade, simplificação e redução de prazos.³⁴³

No plano infraconstitucional, os juizados especiais federais foram instalados após a edição da Lei n. 10.259/2001, que determinou o início efetivo dos trabalhos a partir do mês de janeiro de 2002. A referida lei trouxe enormes inovações positivas quanto ao funcionamento da Jurisdição Federal, especialmente no que tange aos ideais de simplificação, informalidade e celeridade processuais, as quais serão a seguir detalhadas.

Pode-se mesmo afirmar, passados alguns anos da instalação dos juizados especiais federais, que o novo sistema processual

³⁴² “§ 1º Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.”

³⁴³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 91.

apresentou contornos “revolucionários”, pois causas previdenciárias passaram a ser resolvidas em curto lapso temporal, contrariando a tradição, então em vigor, de demora de anos para o recebimento de direitos previdenciários. E tal revolução nas causas de menor complexidade econômica teve grande importância para as pessoas menos favorecidas economicamente, que compõem a maior parte da população brasileira, em relação às quais o atraso no andamento de processos, notadamente aqueles envolvendo direitos sociais, é fator de relevante gravidade e que põe em risco a segurança socioeconômica dessas pessoas.

E a experiência tem mostrado, ainda, que o advento dos juizados especiais federais revelou uma extrema litigiosidade contida, tendo em vista o grande crescimento do número de novas ações ajuizadas nos anos que se seguiram à efetiva instalação das varas federais com competência para as causas de menor potencial ofensivo.³⁴⁴

Por outro lado, é certo que o sistema normativo criado pelas Leis ns. 9.099/95 e 10.259/2001 favorece a tutela jurisdicional dos hipossuficientes - mas não só a deles, vale registrar, pois todas as classes sociais demandam nos juizados especiais federais -, sendo que geralmente as causas ajuizadas nos juizados federais - ao contrário das ajuizadas nos juizados estaduais - envolvem direitos sociais inerentes ao próprio princípio constitucional da dignidade humana -, pois em muitas delas está em jogo o direito às condições materiais mínimas para uma sobrevivência humana digna.

E a experiência cotidiana nos juizados especiais federais cíveis tem sido de extrema importância no contexto atual de tentativa de concretização efetiva de nossa Constituição, pois não se pode

³⁴⁴ TOURINHO Neto, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais*: comentários à Lei 10.259, de 10/07/2001. RT: São Paulo, 2002, p. 45-49. Os autores previram a grande litigiosidade contida para demandas de baixo valor, aduzindo que logo após a vigência da Lei n. 10.259, a procura pelo ingresso de ações na Justiça Federal aumentou bastante, fato esse que se confirmou plenamente nos anos de 2002 a 2006, principalmente, como mostram as estatísticas da Justiça Federal. De fato, já no ano de 2004, o número de feitos ajuizados nos juizados especiais federais superou o número de processos ajuizados nas varas federais comuns: 1.533.000 contra 1.109.677.

esquecer que ainda persiste um forte déficit na efetivação de um verdadeiro Estado Social e Democrático de Direito.³⁴⁵

Apesar dos avanços introduzidos pelas citadas leis, em favor dos jurisdicionados menos desprovidos de recursos materiais, é preciso reconhecer que ainda são necessários ajustes para uma maior celeridade processual, finalidade desejada pela Constituição Federal e também pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)³⁴⁶.

Por outro lado, não deixa de ser curioso que já há quem defenda a utilização dos paradigmas progressistas dos juizados especiais federais para o processamento dos feitos das varas federais comuns.³⁴⁷

2.2. Histórico e considerações gerais

Os juizados de pequenas causas, predecessores dos juizados estaduais criados pela Lei n. 9.009/95, surgiram desde o ano de 1984, quando foi editada a Lei 7.244, de 07/11/84, e trouxeram um novo paradigma para o processo civil pátrio, que procurava alterar os conceitos e mentalidades tradicionais que não compreendiam o processo como forma de exercício de poder democrática. De fato, segundo Cândido R. Dinamarco:

A Lei das Pequenas Causas (lei n. 7.244, de 7.11.1984), que dispunha sobre a criação de funcionamento dos juizados especiais de pequenas causas, foi portadora de uma

³⁴⁵ Cf., KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002, p. 17-18, para quem a efetivação real de direitos sociais é uma necessidade da sociedade brasileira, tendo em vista os péssimos índices socioeconômicos da maioria da população.

³⁴⁶ Com efeito, a celeridade processual, ou o direito ao processo em tempo razoável, constitui-se, atualmente, de garantia constitucional expressa, a partir da EC n. 45/2004, que introduziu o inciso LXXVIII no art. 5º da CF/88. Ademais, trata-se de princípio já acolhido em normas internacionais, conforme lição de CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DIMAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. Malheiros: São Paulo, 2007, p. 91-93.

³⁴⁷ OLIVEIRA, Rodrigo Navarro de. A avaliação de produtividade dos juizes federais e as causas limitadoras da prestação jurisdicional. *Revista do Centros de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, ano X, n. 32, p. 57-65, mar. 2006, p. 59.

proposta revolucionária muito mais profunda que a de mera instituição de novos órgãos no contexto do Poder Judiciário [...].

Ela pretendeu ser e foi efetivamente o marco legislativo inicial de um movimento muito mais ambicioso e consciente, no sentido de rever integralmente velhos conceitos de direito processual e abalar pela estrutura antigos hábitos enraizados na mentalidade dos profissionais, práticas irracionais incompatíveis com a moderna concepção democrática do exercício do poder através da jurisdição.³⁴⁸

Os juizados de pequenas causas surgiram, portanto, com o objetivo de facilitar o acesso à Justiça e de tornar mais “célere e ágil” os processos de menor valor e complexidade, objetivos esses concatenados com o escopo de “humanização” do processo civil surgida na segunda metade do Século XX, bem relatada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth na já clássica obra “Acesso à Justiça”.³⁴⁹

Em seguida, a Constituição Federal de 1988 abarcou os princípios do amplo acesso à Justiça e do devido processo legal (incisos XXXV e LV do art. 5º) e expressamente previu a criação dos juizados especiais para o julgamento das causas de “menor complexidade”.³⁵⁰ Tal normatização constitucional, além de reafirmar o compromisso com a efetividade do processo e com o amplo acesso à Justiça, desde logo procurou definir em nível constitucional algumas características dos juizados especiais, dispondo que seriam observados na regulação legal da matéria os parâmetros da celeridade, da oralidade, da possibilidade de transação, do julgamento dos recursos por meio de turmas formadas por juízes de primeiro grau, etc.. Tudo isso com o objetivo de conferir efetividade ao princípio de amplo acesso à jurisdição.

³⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis*. 2. ed. Malheiros: São Paulo, 2001, p. 19.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 20-21.

³⁵⁰ “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;”

Atendendo-se à determinação constitucional, foi inicialmente editada a Lei n. 9.099/95, que criou um verdadeiro microsistema processual para as causas de menor complexidade, norma essa que definiu as normas gerais aplicáveis aos juizados especiais e disciplinou, de forma independente e inovadora ante o Código de Processo Civil, diversos aspectos do procedimento especial ora instituído, como, por exemplo: os princípios básicos informadores do sistema, os critérios de definição da competência dos juizados especiais, os poderes especiais do juiz, a limitação do pólo ativo, a sistemática dos atos processuais, inclusive quanto às citações e intimações, a forma do pedido, os termos e formas da conciliação e da instrução e julgamento, bem com a disciplina das provas, os recursos cabíveis e o modo da execução da sentença.

Vale registrar, a propósito, que todos esses aspectos foram tratados de forma quase que totalmente autônoma, sem referência direta à estrutura tradicional do direito processual civil definida em suas linhas gerais pelo CPC³⁵¹, o qual foi relativamente “esquecido” no âmbito dos juizados especiais.

Com efeito, em quase nenhum dos dispositivos da Lei n. 9.099/95 há referência expressa ao CPC, exceto na disciplina da execução, que prevê expressamente a aplicação subsidiária daquele código, nos termos do art. 52, *caput*, da Lei n. 9.099/95³⁵². Note-se que esta norma sequer prevê um dispositivo fixando a aplicação subsidiária do CPC no rito dos juizados especiais cíveis. Há, tão-somente, referência, no art. 92, à aplicação dos Códigos Penal e de Processo Penal para a disciplina dos juizados especiais penais, mas não quanto aos cíveis.

³⁵¹ Todavia, ainda pendem de melhor esclarecimento pela doutrina e jurisprudência quais os institutos do processo civil tradicional que são aplicáveis, independentemente de referência expressa, no âmbito dos juizados especiais. À primeira vista, me parece que a disciplina jurídico-processual das condições de ação, por exemplo, tem ampla aplicação aos juizados, bem como outros institutos ou princípios de caráter geral informadores da ciência processual pátria, como, por exemplo, a regulamentação dos deveres e responsabilidades das partes, prevista no Capítulo II do Título II do CPC.

³⁵² Há, ainda, referência ao CPC no art. 3º, II, da Lei n. 9.099/95, o qual prevê que as causas enumeradas no art. 275, II, do CPC são de competência dos juizados especiais (ações sumárias).

Por fim, após a autorização constitucional para a criação dos juizados especiais federais³⁵³, editou-se, para esse fim, a Lei n. 10.259/2001.

Na verdade, a finalidade dessa lei foi mais a de adaptar as normas gerais da Lei n. 9.099/95 para se adequar o rito dos juizados especiais estaduais às peculiaridades do fato da Fazenda Pública, no caso a federal, poder estar em juízo como parte ré, o que não acontecia antes³⁵⁴ – nem acontece ainda – no âmbito dos juizados estaduais, em face da norma restritiva do art. 8º da Lei n. 9.099/95.

Com efeito, a Lei n. 10.259/2001, no intuito de aproveitar toda a sistemática processual avançada e progressista da Lei n. 9.099/95, dispôs, de forma elogiável, o seguinte no art. 1º:

Art. 1º São instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, aos quais se aplica, no que não conflitar com esta Lei, o disposto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Pode-se concluir, a partir da leitura do dispositivo, que a norma básica dos juizados federais cíveis é a própria Lei n. 9.009/95, adaptada pela Lei n. 10.259/2001 para a realidade da Justiça Federal. A Lei n. 9.009/95 é norma geral em relação à Lei n. 10.259/2001, sendo esta especial. De fato, assim assevera Antônio César Bochenek:

[...] há possibilidade de termos uma norma especial em relação a uma norma que já é especial, como nos casos dos Juizados: as disposições da Lei 9.099/95 são especiais em relação às disposições do Código de Processo Civil, mas são gerais em relação às normas da Lei n. 10.259/2001, que por sua vez são especiais em relação às normas da Lei n. 9.099/95.³⁵⁵

³⁵³ Emenda Constitucional n. 22/99, que, conforme visto acima, introduziu no art. 98 da CF/88 a possibilidade de instituição dos juizados especiais federais.

³⁵⁴ ALVIM, J. E. Carreira. *Juizados Especiais Federais*. Forense: Rio de Janeiro, 2002, p. 9-10.

³⁵⁵ BOCHENEK, Antônio César. *Competência Cível da Justiça Federal e dos Juizados Especiais Federais Cíveis*. RT: São Paulo, 2004, p. 171.

Os juizados especiais estaduais e federais, portanto e em suma, consistem num sistema processual peculiar, quase que totalmente autônomo e independente do CPC, de modo que as soluções e interpretações dos problemas que surgem na sua aplicação diuturna devem ser adequadas aos conceitos inerentes e peculiares ao novo sistema processual. Os operadores do Direito devem afastar-se de concepções doutrinárias relacionadas ao direito positivo anterior às alterações legislativas editadas a partir de novos reclamos sociais, deixando de lado o apego excessivo à tradição. Luiz Guilherme Marinoni traz as seguintes lições sobre o enfoque que se deve dar às alterações da técnica processual dentro da realidade do “novo processo civil” brasileiro:

É assombroso como operadores do direito, na maioria das vezes por desconhecimento das razões da lei, acabam realizando interpretações que privilegiam os conceitos doutrinários em detrimento das transformações que se operaram na sociedade e no Estado. A ausência de crítica da lei com a sociedade, aliada à tendência – natural ao ser humano – de ver o velho no novo, além de reduzir o benefício que o novo “processo civil” pode gerar para a sociedade, limita a significação social da doutrina e dos aplicadores do direito.³⁵⁶

Deve-se concordar fortemente com Marinoni, ainda mais porque o sistema processual dos juizados especiais já contempla uma série exaustiva de princípios processuais que servem como parâmetro e orientação para a interpretação e tomada de decisões, os quais estão conectadas com as finalidades específicas dos juizados especiais. De fato, confira-se a norma do art. 2º da Lei n. 9.099/95, que estabelece toda uma principiologia dos juizados especiais:

Art. 2º. O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

³⁵⁶ MARINONI, Luis Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. RT: São Paulo, 2004, p. 99.

Essa principiologia extensa confere, portanto, para usar a terminologia de Robert Alexy, um amplo leque de “mandados de otimização”³⁵⁷ destinados a melhorar a eficácia dos conteúdos normativos processuais dos juizados especiais dentro dos limites fáticos e jurídicos possíveis. Em outras palavras, os princípios processuais dos juizados especiais permitem ao aplicador do Direito, ao lado das regras jurídicas positivas, uma ampla possibilidade de resolução dos problemas processuais e de melhoramento da práxis processual sem o apego a tradições jurídicas vetustas, às vezes perniciosas para a nova realidade processual que se instituiu propositalmente com a finalidade de alterar os paradigmas antigos.

Por isso é que o operador dos juizados especiais deve ter essa visão inovadora e progressista no dia-a-dia dos serviços judiciais, deixando de lado a dogmática tradicional do Código de Processo Civil, notadamente quando ela contrariar a principiologia do novo microsistema processual.

2.3. Competência dos Juizados Especiais Federais

Quanto à competência jurisdicional dos juizados especiais cíveis³⁵⁸, a Lei n. 10.259/2001 trouxe inovações tendo em vista a pré-falada adaptação do rito da Lei n. 9.099/95 para a realidade da Justiça Federal, principalmente pela adoção de um critério de valor da causa superior ao dos juizados estaduais, mais condizente com o poder econômico da União Federal, bem como para possibilitar a presença de entidades federais públicas no pólo passivo dos processos.

³⁵⁷ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37.

³⁵⁸ Competência é a delimitação de jurisdição para cada órgão do Poder Judiciário, em face do princípio da divisão do trabalho, tendo em vista que não se poderia conferir a um único juiz o processamento e julgamento de todos os tipos de causas de uma comunidade. Cf., ainda, ALVIM, J. E. Carreira. *Juizados Especiais Federais*. Forense: Rio de Janeiro, 2002, p. 13, para quem “Competência é a quantidade de jurisdição atribuída pela Constituição ou pela lei aos órgãos jurisdicionais para o julgamento de determinadas causas, segundo determinados critérios (objetivo, territorial, funcional).”.

De fato, dispõe o art. 3º da Lei n. 10.259/2001:

Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.

§ 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas:

I - referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos;

II - sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais;

III - para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal;

IV - que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares.

§ 2º Quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de doze parcelas não poderá exceder o valor referido no art. 3º, caput.

§ 3º No foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta.

Nota-se, pois, que o limite para o ajuizamento de ações nos juizados federais é da ordem de 60 salários mínimos, enquanto alguns tipos de ações não são admitidos, tanto pela inadequação do rito (como o mandado de segurança, a execução fiscal, a desapropriação, a ação popular, as demandas que envolvem direitos coletivos, etc.), como pela matéria envolvida (revisão de ato administrativo, de sanções disciplinares, relacionadas a bens imóveis da União e autarquias, de improbidade administrativa, entre outras).

A escolha do Legislador de restringir determinados procedimentos certamente resulta de razões de política judiciária, no

sentido de afastar dos juizados federais causas de maior complexidade, que demandariam provas e diligências complexas, as quais não possibilitariam um julgamento célere do processo ou mesmo a transação judicial.

No que concerne aos direitos fundamentais sociais, nota-se a perfeita adequação da competência fixada legalmente ao sistema constitucional de proteção social da Constituição de 1988, tendo em vista que o inciso III transcrito expressamente permite a anulação de ato administrativo previdenciário (ou assistencial, conforme a jurisprudência pacífica) por meio de ação especial cível.

Assim, a possibilidade de ajuizamento nos juizados especiais deste tipo de ação consiste num maior reforço da desejada concretização efetiva dos direitos fundamentais sociais, sendo que eventual proibição legal de ajuizamento de ações previdenciárias nos juizados especiais federais implicaria em flagrante inconstitucionalidade, pois certamente este tipo de causa é de baixa complexidade e, portanto, deveria ser abarcada pelo microssistema dos juizados especiais federais, cujo fundamento constitucional apenas impede o recebimento de causas de maior complexidade, conforme explicar-se-á em seguida.

2.3.1. Conceito constitucional de causa de menor complexidade

Nas causas não vedadas pelo § 1º do art. 3º citado, resta, a princípio, como único critério definidor da competência o valor da causa: ou seja, a menor complexidade da causa é definida exclusivamente pelo seu valor. Todavia, tal dispositivo merece uma leitura em consonância com a norma do art. 98, I, da CF/88, a qual confere uma determinação ao legislador no sentido de aperfeiçoar ao máximo o rito dos juizados, sem permitir o processamento de causas, mesmo que de baixo valor, mas que apresentem maior complexidade probatória, para não prejudicar a celeridade que se espera dos juizados especiais.

Com efeito, a tônica dada pela Constituição no que se refere à competência dos juizados especiais direcionou-se para causas de menor complexidade, ou seja, aquelas que não demandam uma produção probatória mais complexa e/ou duradoura.

Nesse sentido, a regra consignada no art. 3º da Lei nº 10.259/01, que prevê a competência absoluta dos Juizados Especiais Federais para causas de valor inferior a 60 salários mínimos, deve ser interpretada à luz do próprio dispositivo constitucional que instituiu a Justiça de menor complexidade, sem esquecer, ainda, a normatização geral no campo infraconstitucional dada pela Lei n. 9.099/95. De fato, nessa lei, a produção probatória é regulada de forma simplificada, não se permitindo sequer o exame pericial, tal como concebido pelo CPC, mas apenas uma inquirição de técnicos de confiança na própria audiência (art. 35, caput), ou ainda uma inspeção sumária a ser realizada pelo juiz ou pessoa de sua confiança, que “lhe relatará informalmente o verificado” (art. 35, parágrafo único).

Sendo um microsistema processual mais célere e informal, os juizados especiais possuem, em contrapartida, e de forma a operacionalizar este intento, um procedimento mais simplificado, que não proporciona um contraditório suficientemente elástico para dirimir demandas que necessitem de prova técnica de maior complexidade.

Registre-se que este posicionamento tem respaldo em recente decisão da 1ª Turma do STF, conforme notícia colhida no Informativo de Jurisprudência n. 464 daquela Corte, adiante transcrita:

A Turma referendou decisão do Min. Marco Aurélio, relator, que deferira medida cautelar em ação cautelar proposta por empresa fabricante de cigarros para conceder efeito suspensivo a recurso extraordinário, já em tramitação na Corte, em que se alega ofensa aos artigos 5º, LIV e LV; 37, § 6º e 98, todos da CF. Sustenta a recorrente a incompetência absoluta de juizado especial cível para o julgamento de ação promovida para tratamento de dependência causada pelo cigarro, ao fundamento de que a causa não seria de menor complexidade, apesar do baixo valor atribuído pela parte; ofensa aos princípios do

contraditório e da ampla defesa, porquanto fora privada da oportunidade de provar suas alegações; violação ao devido processo legal, por inversão do ônus da prova, bem como inadequada aplicação da regra constitucional da responsabilidade civil objetiva do Estado em relação de consumo. Entendeu-se que a matéria envolvida no caso conduziria a questionamentos que extravasam a simplicidade processual e a dinâmica dos juizados especiais cíveis.³⁵⁹

No mesmo sentido pensa Antônio César Bochenek, para quem:

O valor dado à causa não pode ser considerado critério único e absoluto para se apurar o que seja causa complexa. [...] Assim as ações que apresentem questões jurídicas de alta complexidade ou necessitam da produção de provas mais detalhadas (cartas precatórias ou rogatórias, citação por edital, elevando número de testemunhas) não são de menor complexidade e estão excluídas da competência do Juizado, pois esta é a interpretação que se coaduna com a determinação constitucional e os objetivos e os princípios norteadores dos juizados especiais.³⁶⁰

Todavia, a Lei n. 10.259/2001 previu a realização de uma prova técnica nos juizados especiais federais, mas o art. 12 da citada norma não o estipulou uma prova pericial clássica nos moldes do CPC, já que o dispositivo previu, tão-somente, a realização de um “exame técnico” por “pessoa habilitada”. Dessa forma, não haveria propriamente uma perícia no sentido formal do CPC, mas um exame não tão analítico e rigoroso.

Por isso, mantém-se o entendimento de que, também nos juizados especiais federais, resta inviável a realização de perícias de grande complexidade, ainda que a causa tenha valor inferior a 60 salários

³⁵⁹ Cf. Ação Cautelar 1.590 MC/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 26.4.2007, colhida no informativo n. 464 daquela Corte.

³⁶⁰ BOCHENEK, Antônio César. *Competência Cível da Justiça Federal e dos Juizados Especiais Federais Cíveis*. RT: São Paulo, 2004, p. 182-183. Também no mesmo sentido: PEREIRA, Guilherme Bollorini. *Juizados Especiais Federais Cíveis*. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro: 2006, p.125-127; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais: uma abordagem crítica*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004, p. 212.

mínimos, tendo em vista que tal prova implicaria num desvirtuamento do procedimento previsto para ser simples e célere.

Apesar disso, não há comprometimento para o recebimento nos juizados especiais federais de causas envolvendo direitos sociais, pois, em geral, a prova nesses casos depende de exame médico para atesta a capacidade ou incapacidade laborativa, sendo tais exames de baixa complexidade, ou de prova testemunhal, as quais não comprometem a celeridade processual almejada pelo microsistema processual.

2.3.2. Competência absoluta dos juizados especiais federais

Outra peculiaridade quanto à competência dos juizados especiais federais diz respeito à competência absoluta da Justiça Federal para o processamento de causas pelo rito especial, na medida em que o art. 20 da Lei n. 10.259/2001 não permite a aplicação desse rito pela Justiça Estadual. Ou seja, não havendo no município do autor vara da Justiça Federal instalada, deve ele procurar o município mais próximo em que o haja, sendo inviável a Justiça Estadual atuar por meio de delegação.³⁶¹

Tal regra não infirma a norma do art. 109, § 3º, da Constituição Federal de 1988, que permite o julgamento de causas previdenciárias na Justiça Estadual, pois o autor sempre poderá optar por ajuizar ação comum, ordinária ou sumária, contra a Previdência Social na comarca da Justiça Estadual de sua residência.

Ressalte-se, ainda, que, ao contrário do que acontece no regime da Lei n. 9.099/95, a Lei n. 10.259/2001 expressamente dispõe

³⁶¹ “Art. 20. Onde não houver Vara Federal, a causa poderá ser proposta no Juizado Especial Federal mais próximo do foro definido no art. 4º da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, vedada a aplicação desta Lei no juízo estadual.”

sobre a competência absoluta, de caráter funcional ou de juízo³⁶², dos juizados especiais federais nos locais onde houverem sido instalados.³⁶³

Portanto, não pode o autor escolher, por exemplo, ajuizar uma ação previdenciária de valor inferior a 60 salários mínimos entre uma vara federal comum e um juizado especial federal cível, desde que este esteja instalado no local de sua residência. Caso na cidade em que mora o autor não houver um juizado especial federal, mas apenas uma vara federal comum, ou mesmo uma vara cível estadual, pode ele optar entre essas ou o juizado especial federal do município mais próximo à sua residência, na forma autorizada pelo art. 20 da Lei n. 10.259/2001.

Por fim, ainda que a competência territorial dos juizados federais siga a regra do art. 4º da Lei n. 9.099/95³⁶⁴, deve-se atentar para as alterações decorrentes da Lei n. 10.259/2001, bem como do fato de haver algumas regras de competência da Justiça Federal previstas no corpo da Constituição Federal, mais precisamente nos parágrafos do seu art. 109³⁶⁵.

2.4. Inovações procedimentais da Lei n. 10.259/2001

Na presente parte do trabalho, demonstrar-se-á de forma sintética as principais inovações trazidas pela Lei n. 10.259/2001

³⁶² Também comungam desse entendimento, BOCHENEK, Antônio César. *Competência Cível da Justiça Federal e dos Juizados Especiais Federais Cíveis*. RT: São Paulo, 2004, p. 208-209, e ALVIM, J. E. Carreira. *Juizados Especiais Federais*. Forense: Rio de Janeiro, 2002, p. 22.

³⁶³ Vide § 3º do art. 3º da Lei n. 10.259/2001, acima transcrito.

³⁶⁴ “Art. 4º É competente, para as causas previstas nesta Lei, o Juizado do foro:

I - do domicílio do réu ou, a critério do autor, do local onde aquele exerça atividades profissionais ou econômicas ou mantenha estabelecimento, filial, agência, sucursal ou escritório;

II - do lugar onde a obrigação deva ser satisfeita;

III - do domicílio do autor ou do local do ato ou fato, nas ações para reparação de dano de qualquer natureza.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, poderá a ação ser proposta no foro previsto no inciso I deste artigo.”

³⁶⁵“§ 1º - As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte.

§ 2º - As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

§ 3º - Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.”

em face do regime processual estatuído pela Lei n. 9.099/95, sempre ressaltando que o motivo de tais alterações dizem respeito diretamente ao fato de que houve uma necessária adaptação do rito da lei dos juizados estaduais para viabilizar a presença dos entes públicos federais no pólo passivo das causas.³⁶⁶

2.4.1. Partes nos juizados especiais federais

Em relação aos juizados estaduais, a primeira modificação diz respeito à legitimidade ativa e passiva para o ajuizamento de causas nos juizados federais. Enquanto nos juizados estaduais, apenas podem ser partes ativas as pessoas físicas e as microempresas, por força do § 1º do art. 8º da Lei n. 9.099/95, c/c o art. 38 do Estatuto da Microempresa (Lei n. 9.841/99), nos juizados federais podem ser partes, como autoras, as pessoas físicas, as microempresas e empresas de pequeno porte (definidas estas na Lei 9.317/96).³⁶⁷

Nos juizados especiais estaduais cíveis também não podem ser parte, tanto ativamente como passivamente, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, o insolvente civil e a massa falida (art. 8º, *caput*, da Lei n. 9.099/95), o que não se aplica nos juizados federais, pois há regra expressa em sentido contrário, nos seguintes termos:

Art. 6º Podem ser partes no Juizado Especial Federal Cível:

I – como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996;

II – como réis, a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais.

³⁶⁶ Cf., a respeito, a sistematização efetuada por BOCHENEK, Antônio César. *Op. cit.*, p. 172-175.

³⁶⁷ Existe controvérsia doutrinária sobre a possibilidade do condomínio ser parte ativa em processo de juizados especial, mas em princípio o condomínio não se constitui de pessoa natural nem de microempresa. Cf., a propósito, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais: uma abordagem crítica*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004, p. 63-65.

Admite-se, portanto, o menor e o incapaz como parte nos juizados federais, desde que devidamente representado por quem de direito. Por outro lado, não se admite a intervenção de terceiro nos juizados estaduais, o que também se aplica aos juizados federais (art. 10 da Lei n. 9.099/95).³⁶⁸

Diferentemente dos juizados especiais estaduais, vale dizer, a Lei 10.259/2001, em seu art. 10, permite que a parte seja representada, mediante documento escrito, por terceiro, advogado ou não, independentemente do valor da causa.³⁶⁹ Trata-se de medida salutar, totalmente de acordo com os princípios norteadores dos juizados especiais, especialmente no sentido de redução dos custos para a defesa judicial de direitos, pois o titular do direito pode indicar parente ou pessoa de confiança para tomar todas as medidas para o ajuizamento da ação, inclusive com possibilidade de promover a conciliação³⁷⁰. Ressalte-se, apenas, que para a apresentação de recurso contra a sentença, a intervenção do advogado é essencial, na forma prevista expressamente pelo art. 41, § 2º, da Lei n. 9.099/95, também aplicável aos juizados especiais federais por ausência de tratamento da matéria na Lei n. 10.259/2001.

2.4.2. Restrição à interposição de recursos e possibilidade concessão de cautelar e de tutela antecipatória, ambas de ofício

Duas grandes novidades na sistemática dos juizados especiais federais foram a restrição aos recursos (art. 5º da Lei 10.259/2001) e a possibilidade de concessão de medida cautelares de ofício pelo juiz (art. 4º da citada norma). Quanto a esta inovação, vale

³⁶⁸ Há entendimentos contrários. Cf., CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 220, e ALVIM, J. E. Carreira. *Juizados Especiais Federais*. Forense: Rio de Janeiro, 2002, p. 73.

³⁶⁹ “Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não.”. Quanto à extensão da possibilidade de ajuizamento sem advogado, no mesmo sentido, Cf., CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 225.

³⁷⁰ Registre-se que o STF, na ADIN 3.168/DF, julg. 08/06/2006, DJU 03/08/2007, considerou plenamente constitucional o dispositivo do art. 10 da Lei n. 10.259/2001.

registrar que a lei dos juizados especiais estaduais não prevê, infelizmente, a possibilidade de concessão de medida cautelar, nem de antecipação de tutela, o que contraria os próprios fins dos juizados, que é a de realização de uma justiça mais célere³⁷¹. Todavia, o defeito foi sanado para os juizados especiais federais pela previsão expressa da norma do art. 4º já referida.

Por outro lado, há discussão doutrinária sobre a possibilidade de concessão de antecipação de tutela nos juizados federais, já que a lei apenas fala em medida cautelar³⁷². Todavia, entendo que ao art. 4º da Lei n. 10.259/2001 deve-se conferir uma interpretação extensiva, pois é a que melhor atende aos princípios norteadores dos juizados especiais como um todo, os quais informam o sistema para que este seja o mais eficaz possível no sentido da efetividade do processo. É certo que não se confunde a medida cautelar com a antecipação da tutela, mas, por outro lado, ambas são espécie do gênero tutela de urgência.³⁷³

Por outro lado, o processo deve ser formatado para atender à necessidade de realização do direito material, de forma que as tutelas de urgências são imprescindíveis nesse contexto³⁷⁴, não se podendo, deste modo, interpretar a norma citada de forma excluir a possibilidade de concessão de antecipação de tutela de ofício no âmbito dos juizados especiais federais. É possível falar, nesse sentido, no “direto à tutela antecipatória”³⁷⁵, de forma que para o processo ser efetivo ele não pode prescindir de medidas que possibilitem, no caso de urgência, à entrega da prestação jurisdicional antes mesmo do trânsito em julgado da sentença.

³⁷¹ Em que pese haver entendimento de que a tutela de urgência de caráter cautelar é inerente ao poder geral de cautela do juiz, podendo ser aplicada também nos juizados especiais estaduais. Cf., sobre o tema, CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 194.

³⁷² Cf., CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 270-272.

³⁷³ Há que entenda que a antecipação de tutela é cabível pela aplicação de “leis processuais extravagantes”, sem necessidade de dar-se uma interpretação extensiva ao termo “cautelar” previsto no art. 4º da Lei n. 10.259/2001. Cf. PEREIRA, Guilherme Bollorini. *Juizados Especiais Federais Cíveis*. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro: 2006, p. 157.

³⁷⁴ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo* 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 215 e segs.

³⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 200.

No que diz respeito à impossibilidade de interposição de recursos, exceto nos casos de "sentença definitiva"³⁷⁶ e de concessão de medida cautelar e tutela antecipatória³⁷⁷, a inovação da Lei n. 10.259/2001 é salutar, pois atende ao desejo de simplificação do procedimento, evitando-se com isso o tumulto processual.

Registre-se, ainda, que não cabe nos juizados especiais federais o chamado reexame necessário – em que pese esse não ser propriamente um recurso, mas sim uma condição para o trânsito em julgado da decisão proferida contra a Fazenda Pública –, por expressa disposição do art. 13 da Lei n. 10.259/2001.

Entretanto, conforme será visto mais à frente, nos juizados especiais federais há um recurso não previsto nos juizados estaduais, que é o incidente de uniformização de jurisprudência, previsto pela Lei n. 10.259/2001, tanto em nível nacional como regional.

2.4.3. Inexistência de privilégios processuais em favor da Fazenda Pública

O art. 9º da Lei n. 10.259/2001³⁷⁸ retirou qualquer prazo diferenciado para a prática de atos processuais pela Fazenda Pública, ressaltando apenas o prazo mínimo de 30 dias entre a citação para a causa e a primeira audiência. Tal inovação merece elogios, pois rompeu com o dogma clássico do CPC e de algumas leis extravagantes de sempre privilegiar a Fazenda Pública em juízo.

³⁷⁶ Sentença definitiva é aquela que julga o mérito da causa. Cf., a respeito, GRECO Filho, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 13. ed., V. 2., Saraiva: São Paulo, 1999, p. 239; ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1, RT: São Paulo, 1999, p. 662.

³⁷⁷ Nesse caso, o recurso cabível é o agravo de instrumento, apesar de não previsto expressamente na Lei n. 10.259/2001, de competência da turma recursal competente para o julgamento do recurso ordinário. Aplica-se, no caso, a analogia, pois no CPC este é o recurso adequado para reexame das decisões interlocutórias, sendo que também deve ser aceito o agravo de instrumento contra a decisão que denega a cautelar ou a antecipação de tutela, em homenagem à efetividade do processo e também à isonomia. Cf., CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais: uma abordagem crítica*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004, p. 249.

³⁷⁸“Art. 9º Não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de trinta dias.”

Tais privilégios poder-se-iam se justificar em alguns procedimentos tendo em vista o interesse público em causa³⁷⁹, mas não encontra fundamento razoável na sistemática processual mais simples e célere dos juizados especiais federais, os quais são precipuamente voltados para a defesa de direitos fundamentais essenciais do ser humano, notadamente os direitos sociais que mais interessam às classes menos favorecidas.

Nesse caso, tendo em vista a fundamentalidade dos direitos em jogo, bem caminhou o legislador ao excluir os privilégios processuais da Fazenda Pública no âmbito dos juizados especiais federais, distribuindo de forma equânime o ônus do tempo entre as partes claramente desiguais. De fato, entre um cidadão que demanda direitos sociais, tais como, por exemplo, um benefício assistencial destinado ao deficiente pobre, e a União Federal, ou uma de suas autarquias, há uma forte discrepância de poder, a qual deve ser, na medida do possível, equalizada no processo, por meio de medidas que impeçam um retardamento excessivo do feito, que só beneficiaria a parte mais poderosa da relação jurídica.

Note-se, a propósito, que no âmbito dos juizados especiais estaduais não havia a preocupação com os privilégios processuais da Fazenda Pública, exatamente porque ela não podia, como ainda não pode, fazer parte como ré no procedimento instituído pela Lei n. 9.099/95.

3.4.4. Inovações probatórias

No que concerne à produção de provas, aplica-se aos juizados especiais federais a sistemática da Lei n. 9.099/95, especialmente a regra geral no sentido de que "todos os meios de prova

³⁷⁹ A defesa das prerrogativas processuais da Fazenda Pública geralmente segue a linha da proteção ao interesse público. Cf, a respeito, CUNHA. Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 30 e segs.

moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei, são hábeis para provar a veracidade dos fatos alegados pelas partes”.³⁸⁰

Tal dispositivo coaduna-se com o sentido da norma do art. 5º da mesma lei, a qual confirma a ampla liberdade probatória do juiz, tanto na produção da prova, como na sua avaliação no momento da prolação da sentença, inclusive com a permissão legal de utilização das regras de experiência comum ou técnica³⁸¹, sendo certo que todas as provas devem ser produzidas em audiência³⁸².

Todavia, como o legislador previu a competência dos juizados federais para o processamento de causas previdenciárias e assistenciais, as quais quase sempre demandam a realização de exame médico para a verificação de incapacidade laborativa ou a existência de deficiência física ou mental, a Lei n. 10.259/2001 criou uma espécie de prova pericial, não prevista nos juizados estaduais.

De fato, confira-se a norma do art. 12 da Lei n. 10.259/2001:

Art. 12. Para efetuar o exame técnico necessário à conciliação ou ao julgamento da causa, o Juiz nomeará pessoa habilitada, que apresentará o laudo até cinco dias antes da audiência, independentemente de intimação das partes.

§ 1º Os honorários do técnico serão antecipados à conta de verba orçamentária do respectivo Tribunal e, quando vencida na causa a entidade pública, seu valor será incluído na ordem de pagamento a ser feita em favor do Tribunal.

§ 2º Nas ações previdenciárias e relativas à assistência social, havendo designação de exame, serão as partes intimadas para, em dez dias, apresentar quesitos e indicar assistentes.

³⁸⁰Cf., o art. 32 da Lei n. 9.099/95.

³⁸¹ “Art. 5º O Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.”

³⁸² “Art. 28. Na audiência de instrução e julgamento serão ouvidas as partes, colhida a prova e, em seguida, proferida a sentença.”. É certo, entretanto, que, evidentemente, a prova documental pode ser produzida antes da audiência.

O exame técnico deve ser apresentado até cinco dias antes da audiência, alterando-se, com isso, a sistemática dos juizados especiais estaduais, que prevê a concentração dos atos probatórios na audiência. Por outro lado, para as ações previdenciárias e assistenciais, é possível a apresentação de quesitos pelas partes e a indicação de assistentes técnicos, ao contrário das demais questões fático-jurídicas, submetidas apenas ao exame técnico exclusivo do perito.

Outra inovação importante da Lei 10.259/2001 diz respeito à gratuidade dos honorários periciais, que são inteiramente custeados pelo Estado. De fato, independentemente da condição econômica do autor, os honorários do perito serão antecipados pelo Tribunal que administra os juizados especiais, à conta de verba orçamentária específica para tal fim. De acordo com a norma do § 1º do art. 12 da norma acima citada, se o ente público federal perder a causa, ele deve ressarcir os gastos do Tribunal com a perícia. Em caso de vitória do ente público, os honorários não serão cobrados do autor vencido.³⁸³ Trata-se de dispositivo de grande importância, na medida em que facilita sobremodo o acesso à Justiça aos mais necessitados e que simplifica o procedimento, evitando-se intimações para o pagamento dos honorários antes da realização da perícia.

Outra inovação de cunho probatório de grande importância consiste na norma do *caput* art. 11 da Lei n. 10.259/2001, que determinou a obrigação do ente público réu na causa de trazer aos autos as provas documentais que tiver para o esclarecimento dos fatos³⁸⁴. De fato, aqui o legislador “acertou em cheio”, pois é evidente que sendo uma das partes na causa uma pessoa jurídica estatal, ela deve se comportar com a máxima lealdade processual possível, tendo em vista que a Administração Pública está sujeita aos princípios constitucionais da

³⁸³ Em que pese haver entendimento, com o qual não se concorda, no sentido de que deve-se cobrar os honorários periciais do autor vencido, se este não foi beneficiário da Justiça Gratuita. Todavia, como a lei não prevê essa cobrança, descabe ao intérprete criá-la. Cf., a propósito, TOURINHO Neto, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais*: comentários à Lei 10.259, de 10/07/2001. RT: São Paulo, 2002, p. 268.

³⁸⁴“Art. 11. A entidade pública ré deverá fornecer ao Juizado a documentação de que disponha para o esclarecimento da causa, apresentando-a até a instalação da audiência de conciliação.”

legalidade, da moralidade e da eficiência, na forma determinada, em nível constitucional, pelo art. 37 da CF/88.

A norma do art. 11 da Lei n. 10/259/2001 criou um “dever de produzir prova”³⁸⁵ para a Fazenda Pública, mesmo que o conteúdo da prova contrarie os interesses do órgão público. Não se trata de inversão do ônus da prova, ainda que haja semelhança entre os institutos, pois a inversão depende de previsão legal expressa no sentido de distribuição da incumbência de produzir prova favorável ao pedido de quem tem o ônus, sob pena de validação das alegações contrárias. No caso do dever dos órgãos públicos de trazer a documentação necessária para o esclarecimento da lide, a intenção do legislador é mais no sentido de atendimento aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública do que propriamente uma distribuição do ônus da prova.

Todavia, o descumprimento pelo ente público do dever prescrito no art. 11 da Lei n. 10.259/2001 pode acarretar conseqüências probatórias similares à revelia ou mesmo à inversão do ônus da prova. De fato, para Alexandre Freitas Câmara:

Questão complexa, porém, é a determinação da sanção pelo descumprimento desse dever de produzir provas. Parece-me que se deve aplicar aqui a sanção que se impõe à parte que não exhibe documentos em “ação de exibição de documento ou coisa”: o juiz deverá considerar provada a veracidade das alegações que o demandante fez, e que pretendia ver provada com os documentos que a entidade pública federal não juntou (art. 359 do Código de Processo Civil).³⁸⁶

Em que pese não se poder falar em revelia, pois os interesses públicos são indisponíveis, mas a falta de apresentação da documentação pela ré pode, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, conferir maior plausibilidade fática às provas elencadas pela parte autora: ou seja, eventual desconfiança do julgador quanto à

³⁸⁵ Cf., CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais: uma abordagem crítica*. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2004, p. 240-242. Nesse texto, o autor esclarece o que se entende por dever de produzir prova, ressaltando ser esse um conceito novo no processo civil brasileiro.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 243.

verossimilhança ou completude da prova apresentada pelo particular poderia ser desconsiderada ou minorada, sob o pressuposto de que o réu não tem provas documentais contrárias (já que não as apresentou) aos fatos delineados nas provas do autor.

2.4.5. Citações e intimações

Quanto às citações, há regra especial na Lei dos Juizados Especiais Federais. Com efeito, para a União, este ato processual dar-se-á na forma da Lei Complementar 73/93 (arts. 35 a 38). Para os demais entes públicos federais, na pessoa do representante máximo no Estado, se houver representação no local; senão, a citação será feita na sede da entidade, por carta precatória.

Nos juizados estaduais, vale registrar, utiliza-se em regra o correio para a citação e também as intimações, nos moldes do art. 18 da Lei n. 9.099/95.³⁸⁷

Todavia, na 5ª Região da Justiça Federal, atualmente, os processos dos juizados especiais federais são totalmente eletrônicos³⁸⁸, no sentido de que não existem em suporte físico de papel.

Assim, tendo em vista a nova legislação do processo digital, Lei n. 11.419/2006³⁸⁹, a qual inclusive convalidou os atos processuais eletrônicos anteriores à sua edição, desde que não tenha

387 «Art. 18. A citação far-se-á: I - por correspondência, com aviso de recebimento em mão própria; II - tratando-se de pessoa jurídica ou firma individual, mediante entrega ao encarregado da recepção, que será obrigatoriamente identificado; III - sendo necessário, por oficial de justiça, independentemente de mandado ou carta precatória.»

388 A digitalização do processo foi adotada no âmbito da 5ª Região da Justiça Federal, em relação aos processos de competência dos juizados especiais federais, desde o ano de 2005, tendo em vista a interpretação ampliada dada ao § 2º do art. 8º da Lei 10.259/2001 (“§ 2º. Os tribunais poderão organizar serviço de intimação das partes e de recepção de petições por meio eletrônico.”). O nome do sistema de processo eletrônico na 5ª Região é “Sistema Creta”, o qual consiste em sistema processual de informática extremamente avançado, inclusive vencedor do III Prêmio Innovare, promovido pelo Ministério da Justiça juntamente com a Fundação Getúlio Vargas e outras instituições, em dezembro de 2006, na categoria Acesso à Justiça, em face da economia e facilidades do processo eletrônico instituído pelo TRF da 5ª Região.

389 Publicada no DOU em 20/12/2006, com *vacatio legis* de 90 dias.

havido prejuízo para as partes³⁹⁰, as citações e intimações da União, bem como a intimação dos advogados particulares, são todas efetivadas por meio eletrônico (e-mail). Apenas nos casos em que há citação de litisconsorte passivo necessário, pessoa física ou empresa particular, ou, ainda, empresa pública ainda não cadastrada previamente, é necessária a expedição de mandado de citação ou carta com aviso de recebimento, que posteriormente serão digitalizados.

Por outro lado, no caso de sentença proferida em audiência em que presentes as partes, a intimação nela será efetivada, por força da norma do art. 8º da Lei n. 10.259/2001:

Art. 8º As partes serão intimadas da sentença, quando não proferida esta na audiência em que estiver presente seu representante, por ARMP (aviso de recebimento em mão própria).

Utiliza-se, também, tanto nos juizados especiais federais, como nos estaduais, a intimação por telefone ou “por qualquer outro meio idôneo de comunicação”³⁹¹, nos processos em que a parte autora não possui advogado³⁹², tendo em vista a inviabilidade da intimação eletrônica nesse caso.

2.4.6. Reforço da possibilidade de conciliação por parte das entidades públicas

³⁹⁰ Cf., a propósito, o art. 19 dessa lei: “Ficam convalidados os atos processuais praticados por meio eletrônico até a data de publicação desta Lei, desde que tenham atingido sua finalidade e não tenha havido prejuízo para as partes.”. Ressalte-se, ainda, que desde a Lei n. 11.280, de 16/02/2006, (DOU 17/02/2006, com vigência após 90 dias da data da publicação), que incluiu o parágrafo único no art. 154 do CPC, já havia a possibilidade expressa de prática de atos processuais por meio eletrônico, ou a sua comunicação: “Parágrafo único. Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil.”.

³⁹¹ Art. 19 da Lei 9.099/95.

³⁹² Quando o autor está assistido por advogado, a intimação eletrônica é sempre possível, pois é requisito essencial do processo eletrônico que o advogado tenha acesso à internet e que consulte o sistema a cada 10 dias, sob pena de considerar-se intimado (arts. 2º e 5º, § 3º, da Lei 11.419/2006).

Em mais uma inovação no sentido de adequar o rito dos juizados estaduais à particularidade da presença dos entes públicos federais no pólo passivo das causas de menor complexidade, a Lei n. 10.259/2001, reforçou a possibilidade de conciliação por parte dos advogados públicos.

Note-se que o microssistema processual dos juizados especiais sempre foi orientado pela possibilidade de autocomposição dos litígios por meio da conciliação, tendo em vista ser este, pode-se dizer, um dos objetivos precípuos dos juizados especiais, na forma do que dispõe o art. 2º da Lei n. 9.099/95.³⁹³

De fato, a partir da Lei n. 10.259/2001, o advogado público de qualquer órgão federal, seja de direito público, seja de direito privado, passou a ter amplos e expressos poderes para conciliar, transigir e desistir nos processos de competência dos juizados federais, na forma autorizada pelo parágrafo único do art. 10 da Lei n. 10.259/2001:

Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não.

Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.

A lei conferiu aos advogados públicos amplos poderes para a conciliação no âmbito dos juizados federais, não exigindo sequer uma regulamentação infralegal. O princípio da indisponibilidade do interesse público restou relativizado pelo desejo do legislador de promover uma otimização da convergência entre este interesse e os direitos subjetivos dos jurisdicionados.³⁹⁴

³⁹³ “Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.”(grifo nosso)

³⁹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais: uma abordagem crítica*. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2004, p. 238.

É certo que o advogado público não tem poderes para afastar a aplicação da lei, com base unicamente em seus critérios pessoais, para fins de promover a conciliação. Todavia, ele deve procurar uma interpretação razoável do Direito e das provas colhidas nos autos, de modo a possibilitar a transação, sem o desapego ao princípio da legalidade, nem, por outro lado, portando-se como um ferrenho e inseqüente defensor do órgão estatal a qualquer custo.

Nesse sentido, eventual limitação à conciliação pelo advogado público que venha a ser imposta por atos normativos inferiores editados pelos dirigentes dos órgãos jurídicos da União não encontra respaldo na lei especial que regula os juizados, devendo ser interpretada com o devido cuidado, a fim de evitar danos à principiologia conciliatória dos juizados especiais. A regulamentação infralegal do modo de atuação dos advogados públicos quanto às conciliações não poderá impor restrições excessivas que inviabilizem a autorização legal conferida pelo art. 10 da Lei n. 10.259/2001, tendo em vista que toda a principiologia dos juizados especiais direciona-se à possibilidade de resolução de conflitos por meio de transação judicial.

É muito importante, pois, que o advogado público tenha consciência da importância da conciliação para a concretização de uma Justiça mais efetiva.³⁹⁵ E, a partir dessa conscientização, deve ele tomar uma atitude mais ativa e progressista no sentido de viabilizar a efetivação dos direitos subjetivos na comunidade, em especial nas causas de competência dos juizados especiais federais, vez que a "clientela" desse serviço judiciário constitui-se, em regra, da parcela menos favorecida da população e que pleiteia, na maioria dos casos, direitos previdenciários e assistenciais de baixo valor econômico.

De fato, em muitas ocasiões, o conjunto probatório pode evidenciar claramente a procedência do direito, devendo o advogado público - deixando de lado o apego à tradição de litigância contumaz do

³⁹⁵ PEREIRA, Guilherme Bollorini. *Juizados Especiais Federais Cíveis*. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro: 2006, p. 172.

Estado – utilizar o bom senso e a autorização legal citada para propor o acordo, evitando a protelação do feito e facilitando a pacificação social.

Todavia, vale registrar que o tradicional problema de ausência de autocomposição dos litígios no âmbito da Justiça Federal tem minorado, pois, a partir da criação dos juizados especiais federais, pode-se reconhecer que boa parte dos procurados federais que atuam na defesa do INSS, bem como os advogados da Caixa Econômica Federal, estão se esforçando para a concretização de acordos, inclusive – pelo menos nas ações ajuizadas contra o citado banco federal – quanto ao pagamento de indenização por danos morais. Por outro lado, constata-se que os advogados da União não costumam apresentar propostas de acordo, mesmo nos casos em que a controvérsia jurídica praticamente não existe, como, por exemplo, quando o servidor público pleiteia o pagamento de diferenças remuneratórias já reconhecidas administrativamente, mas não pagas pelo órgão de origem por ausência de previsão orçamentária ou entraves burocráticos.³⁹⁶

2.4.7. Execução nos juizados especiais federais

A principal novidade no âmbito da Lei 10.259/2001 consiste na possibilidade de execução de ofício (ou melhor, cumprimento de sentença), pois a lei dos juizados federais não exige requerimento da parte, ao contrário da Lei n. 9.099/95, cujo art. 52, IV, prevê o requerimento do interessado para o início da execução.

É que tem-se entendido que nos juizados federais inexistente processo autônomo de execução, pois os dispositivos dos arts. 16 e 17 da Lei 10.259/2001 determinam, sem outras considerações, o cumprimento imediato da sentença, seja aquela que implica em obrigação de fazer, seja a que implica em obrigação de dar.³⁹⁷ Na verdade, não cabe

³⁹⁶ A conclusão decorre da experiência do autor, que ostenta mais de 4 anos de atuação em varas federais de competência exclusiva dos juizados especiais federais.

³⁹⁷ Cf., sobre o tema, admitindo a inexistência de processo autônomo de execução, PEREIRA, Guilherme Bollorini. *Juizados Especiais Federais Cíveis*. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro: 2006, p.213; BOCHENEK,

sequer falar em execução, pois o que existe é o procedimento de “cumprimento de sentença”, conforme disposição expressa do art. 16 da Lei n. 10.259/2001.

Trata-se, portanto, de inovação salutar da Lei n. 10.259/2001 e adequada às finalidades do microsistema processual dos juizados especiais, sobretudo por objetivar a simplicidade e efetividade do processo.³⁹⁸

Assim, o cumprimento da obrigação de fazer dá-se por meio de simples ofício dirigido à autoridade citada para a causa, nos termos do art. 16 da Lei n. 10.259/2001, podendo também ser efetivada por outro meio idôneo, tal como a intimação do advogado público que atua no processo, para que este notifique a autoridade responsável da obrigação descrita na sentença.

Note-se que no âmbito dos juizados especiais federais, ao contrário dos estaduais, o recurso interposto apresenta ambos os efeitos devolutivo e suspensivo, pois as disposições que tratam do cumprimento da sentença exigem o trânsito em julgado da sentença condenatória, sendo que, à toda evidência, nada impede que parte do conteúdo condenatório já tenha sido antecipado liminarmente.³⁹⁹

O cumprimento da obrigação de pagar quantia certa revela certa peculiaridade em face da redação do art. 17 da Lei n. 10.259/2001, que determina o direcionamento de ofício específico para fins do cumprimento da sentença ao agente público citado para a causa. É que a LDO de 2002 (Lei n. 10.266/2001), posterior à Lei n. 10.259/2001, previu expressamente que a requisição seria encaminhada ao TRF respectivo, ao contrário do previsto originalmente.

Na prática, as requisições de pequeno valor (RPV) são encaminhadas ao TRF da jurisdição do juizado especial da causa, que as

Antônio César. *Competência Cível da Justiça Federal e dos Juizados Especiais Federais Cíveis*. RT: São Paulo, 2004, p. 173; TOURINHO Neto, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 10.259, de 10/07/2001*. RT: São Paulo, 2002, p. 412.

³⁹⁸ Registre-se que o processo autônomo de execução foi extinto no âmbito do CPC, em relação à execução de título executivo judicial, pela Lei n. 11.232/2005.

³⁹⁹ Por exemplo, ao segurado da Previdência Social pode ter sido concedido, desde o início da lide, auxílio-doença por meio de antecipação de tutela.

repassa ao Conselho da Justiça Federal, que, por sua vez, após a consolidação de todas as requisições, solicita o numerário ao Ministério da Fazenda.

O depósito do valor da condenação é feito dentro do prazo de 60 dias⁴⁰⁰, a contar da data de entrada da requisição no respectivo TRF. O montante devido é pago de forma atualizada e em conta corrente aberta na Caixa Econômica Federal - CEF em nome do favorecido, vencedor da demanda. Este saca diretamente o valor na agência bancária da CEF, mediante apresentação de documentos de identificação, sem necessidade de expedição de alvará ou autorização.

O sistema tem funcionado muito bem⁴⁰¹, pois é totalmente centralizado e utiliza-se de meios eletrônicos ágeis e seguros para que a requisição chegue até o Poder Executivo e, em seguida, haja a remessa do dinheiro para o tribunal competente, que, por sua vez, determina a abertura de contas correntes individuais em instituição bancária em nome dos favorecidos, tudo isso ocorrendo no prazo de 60 dias previsto na lei.

Registre-se, ainda, que é possível, no âmbito dos juizados especiais federais, a expedição de precatório para execução de valor superior a 60 salários mínimos. É que tal limite de alçada se aplica no momento do ajuizamento da ação, para fins de definição de competência⁴⁰², mas não impede que o valor da condenação seja superior. E isto constantemente ocorre, pois a demora no julgamento da causa pode ensejar a majoração do valor inicial de alçada por conta da incidência de correção monetária e/ou juros de mora.

Além desse fator, muito freqüentemente ocorre a extrapolação do teto de 60 salários mínimos, notadamente no caso de lides previdenciárias ou relacionadas à remuneração de servidores

⁴⁰⁰ Apenas no caso de requisição de pequeno valor (RPV) expedida até o valor máximo de alçada dos juizados federais, ou seja, 60 salários mínimos, pois os precatórios de valor superior são submetidos ao rito tradicional do *caput* do art. 100 da CF/88.

⁴⁰¹ As requisições de pagamento no âmbito da Justiça Federal, tanto as RPV's como os precatórios, são regulamentadas pela Resolução n. 559/2007 do Conselho da Justiça Federal (DOU 28/06/2007).

⁴⁰² PEREIRA, Guilherme Bollorini. *Juizados Especiais Federais Cíveis*. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro: 2006, p.213.

públicos, em que se pleiteiam prestações de trato sucessivo, pois as parcelas vencidas após o ajuizamento da ação não se consideram renunciadas tacitamente, na forma descrita no § 3º do art. 3º da Lei n. 9.099/95, regra geral aplicável aos juizados especiais federais por ausência de disposição expressa na Lei n. 10.259/2001.⁴⁰³

Em face da inexistência de renúncia tácita em relação às prestações futuras dos benefícios, as parcelas devidas entre o ajuizamento da ação e o trânsito em julgado (ou o mês em que a Administração Pública implementou a vantagem remuneratória de trato sucessivo) são somadas com o valor das parcelas vencidas antes do ajuizamento da ação, estas sim limitadas ao valor de 60 salários mínimos. Caso tal soma ultrapasse 60 salários mínimos torna-se possível a expedição de precatório judicial, mesmo que o valor da causa inicialmente tenha sido inferior a 60 salários mínimos. A demora na tramitação do processo – que não é imputável ao demandante – pode ensejar no crescimento econômico da lide e, assim, alterar a forma de pagamento inicialmente prevista.

Entretanto, vale registrar que a possibilidade de expedição de precatório é expressamente prevista no § 4º do art. 17 da Lei n. 10.259/2001, tendo sido sábio o legislador nesse aspecto, pois atentou para a natureza das lides previdenciárias e dos servidores públicos federais, que normalmente envolvem prestações de trato sucessivo.

2.4.8. Sistema recursal dos juizados federais

Em princípio, o sistema recursal dos juizados federais é praticamente idêntico ao dos juizados especiais estaduais, até mesmo porque a própria Constituição Federal, no art. 98, I, prevê o “julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

⁴⁰³ Este também é o entendimento de CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais: uma abordagem crítica*. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2004, p. 211.

No âmbito dos juizados estaduais, após o julgamento da sentença pela turma recursal⁴⁰⁴, ainda restava um recurso não previsto na Lei n. 9.099/95, ou seja, o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, pois o art. 102, III, da Lei Maior permite a atuação da Corte Suprema, mediante o extraordinário, nas “causas decididas em última ou única instância quando a decisão recorrida” se adequar a uma das alíneas do dispositivo, na medida em que o texto constitucional não exige que a última instância de julgamento seja um tribunal.⁴⁰⁵

O recurso extraordinário, pois, é cabível também contra as decisões das turmas recursais federais, pois evidentemente a Constituição não fez distinção entre os juizados especiais estaduais e os federais quando definiu as hipóteses de admissibilidade do recurso extraordinário.

É certo, entretanto, que questões de menor relevância, ainda que constitucionais, não mais chegarão ao Supremo Tribunal Federal, em face do novel instituto da “repercussão geral”, instituído pela EC n. 45/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 102 da Lei Maior⁴⁰⁶.

Trata-se de alteração que merece fortes elogios, pois, para a realidade dos juizados especiais, nada pior do que ver uma causa que deveria ser célere ser submetida a mais alta Corte do país, já abarrotada de processos, o que provavelmente significa o prolongamento indevido do processo.

Todavia, o legislador ordinário, ao instituir os juizados especiais federais, inovou sobremaneira, pois criou um sistema recursal extraordinário⁴⁰⁷ mais amplo, permitindo o julgamento de recursos, além da turma recursal propriamente dita, por uma turma regional de uniformização, uma turma nacional de uniformização formada por juízes de primeiro grau e até mesmo pelo Superior Tribunal de Justiça.

⁴⁰⁴ Esse é o termo que costuma designar as turmas de juízes de primeiro grau.

⁴⁰⁵ ALVIM, J. E, Carreira. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais*: Lei 9.099/95. Juruá: Curitiba, 2003, p. 118-119.

⁴⁰⁶ “§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

⁴⁰⁷ O termo extraordinário aqui serve para designar de forma genérica os recursos posteriores ao julgamento de segunda instância.

De fato, confira-se o art. 14 da Lei n. 10.259/2001:

Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

§ 1º O pedido fundado em divergência entre Turmas da mesma Região será julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência do Juiz Coordenador.

§ 2º O pedido fundado em divergência entre decisões de turmas de diferentes regiões ou da proferida em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do STJ será julgado por Turma de Uniformização, integrada por juízes de Turmas Recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal.

§ 3º A reunião de juízes domiciliados em cidades diversas será feita pela via eletrônica.

§ 4º Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça -STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.

§ 5º No caso do § 4º, presente a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 6º Eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subsequente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos, aguardando-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça.

§ 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.

§ 8º Decorridos os prazos referidos no § 7º, o relator incluirá o pedido em pauta na Seção, com preferência sobre todos os demais feitos, ressalvados os processos com réus presos, os habeas corpus e os mandados de segurança.

§ 9º Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 6º serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça.

§ 10. Os Tribunais Regionais, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de suas

competências, expedirão normas regulamentando a composição dos órgãos e os procedimentos a serem adotados para o processamento e o julgamento do pedido de uniformização e do recurso extraordinário.

Em primeiro lugar, criou-se um “pedido de uniformização de interpretação de lei federal” no caso de divergência entre turmas recursais. Sendo elas da mesma Região da Justiça Federal⁴⁰⁸, a divergência será dirimida pelas turmas em conflito (§ 1º do artigo citado), enquanto se o conflito interpretativo suceder entre turmas recursais de regiões distintas a controvérsia sobre direito material será decidida por uma turma nacional de uniformização (TNU), integrada por juízes de primeiro grau de todas as regiões da Justiça Federal⁴⁰⁹.

O pedido descrito no *caput* do art. 14 da Lei n. 10.259/2001, na verdade, tem natureza jurídica de recurso⁴¹⁰, assemelhando-se aos embargos de divergência, pois se destina, dentro do mesmo processo, a revisar uma decisão judicial prolatada, ainda que o fundamento do recurso, ou pedido de uniformização, seja a divergência interpretativa entre órgãos julgadores distintos.

Por outro lado, o § 4º do artigo supracitado criou um incidente de compatibilização de divergência entre as decisões da TNU e do Superior Tribunal de Justiça – STJ no que diz respeito a questões de direito material, permitindo a prevalência desta Corte de Justiça na interpretação final do direito federal.

Em que pese as diversas críticas ao incidente, que para alguns é inconstitucional⁴¹¹, tenho que a intenção da lei foi a de preservar

⁴⁰⁸ São cinco as Regiões da Justiça Federal brasileira.

⁴⁰⁹ A chamada “Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais” está regulamentada pelo Conselho da Justiça Federal, por meio da Resolução n. 390, de 19/09/2004. Tal norma prevê a sua composição por 10 juízes federais em atuação nas turmas recursais, sendo 2 de cada região da Justiça Federal.

⁴¹⁰ Também no mesmo sentido, cf., PEREIRA, Guilherme Bollorini. *Juizados Especiais Federais Cíveis*. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro: 2006, p. 203; ALVIM, J. E. Carreira. *Juizados Especiais Federais*. Forense: Rio de Janeiro, 2002, p. 99-100, apesar da crítica deste autor à terminologia legal adotada; e CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais: uma abordagem crítica*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004, p. 250.

⁴¹¹ Cf., CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais: uma abordagem crítica*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004, p. 253/254, para quem o incidente trata-se de um recurso especial disfarçado, o qual não é cabível, na forma do art. 105 da CF, contra decisões proferidas por órgãos judiciais que não se

a competência constitucional do STJ de definir a última palavra em matéria de direito federal.

Com efeito, para José Afonso da Silva:

O que dá característica própria ao STJ são suas atribuições de *controle da inteireza positiva, da autoridade e da uniformização de interpretação da lei federal*, consubstanciando-se aí jurisdição de tutela do princípio da incolumidade do Direito objetivo que “constitui um valor jurídico – que resume certeza, garantia e ordem –, valor esse que impõe a necessidade de um órgão de cume e um instituto processual para a sua real efetivação no plano processual.”.⁴¹²(grifos no original)

Assim, partindo de uma interpretação sistemática e finalística da Constituição, deve-se admitir a constitucionalidade do incidente de uniformização previsto para o STJ definir de forma soberana a interpretação do direito objetivo federal, que é uma de suas funções primordiais, senão a mais importante.⁴¹³

Todavia, deve-se reconhecer, no que se refere às novas possibilidades recursais oferecidas pela Lei n. 10.259/2001, que houve um razoável alargamento das hipóteses de interposição de recursos, o que pode, se esse arcabouço normativo não for corretamente manejado, implicar num atraso considerável no julgamento de determinados processos. Assim, os operadores jurídicos dos juizados especiais federais – especialmente os advogados públicos - devem ter cuidado para evitar que questões menores, mesmo que de direito federal, não sejam encaminhadas para a turma nacional ou para o STJ. Assim como para o STF, o que agora é mais factível em face da regulamentação do instituto restritivo da “repercussão geral” como exigência de conhecimento de recursos extraordinários pela Lei 11.418/2006.

qualificam como tribunais. Também nesse sentido, ALVIM, J. E. Carreira. *Juizados Especiais Federais*. Forense: Rio de Janeiro, 2002, p. 107/108.

⁴¹² SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 562.

⁴¹³ Também nesse sentido, PEREIRA, Guilherme Bollorini. *Juizados Especiais Federais Cíveis*. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro: 2006, p. 204-205.

Outra possibilidade, *de lege ferenda*, para minorar os efeitos da extensão recursal promovida pelo art. 14 da Lei n. 10.218/2001, seria excluir a possibilidade de incidente de uniformização entre turmas regionais, possibilitando-se, apenas, o incidente perante a turma nacional, como também a criação de um instituto de repercussão geral – similar ao instituído para o recurso extraordinário – para as causas serem admitidas perante a Turma Nacional de Uniformização e também pelo STJ.

3. O princípio da duração razoável do processo e os Juizados Especiais Federais Cíveis

3.1. O princípio constitucional da razoável duração do processo

O presente capítulo tem como objetivo analisar o princípio constitucional da razoável duração do processo⁴¹⁴, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, e suas implicações com os juizados especiais cíveis, notadamente no âmbito dos juizados especiais federais, no que concerne especialmente à concretização de direitos fundamentais sociais.

Para uma melhor análise da questão jurídica, serão apresentados dados estatísticos oficiais que ilustram o tempo de tramitação dos processos, desde o ajuizamento da demanda até o pagamento da condenação, podendo-se, assim, chegar a algumas conclusões sobre o microssistema dos juizados especiais federais e sua relação com a celeridade processual.

A preocupação com a celeridade processual, apesar de reforçada ultimamente, especialmente pela técnica da positivação desse direito em textos escritos, inclusive em normas de patamar constitucional, não é uma concepção surgida na Idade Contemporânea, mas sim germinada há séculos atrás.

De fato, já na Idade Média, o art. 40 da famosa Magna Carta previa o direito à prestação jurisdicional sem dilações indevidas, o qual também foi previsto na época da Independência Americana⁴¹⁵, no

⁴¹⁴ Convém apresentar um esclarecimento terminológico, pois no texto serão utilizadas como sinônimas as expressões “duração razoável do processo” e “celeridade processual”, tendo em vista que se entende que elas significam a mesma coisa, ou seja, equivalem ao direito ao julgamento célere dos processos judiciais.

⁴¹⁵ Frederico Koehler aponta que já nas primeiras declarações de direitos de alguns Estados formadores dos Estados Unidos da América (Virgínia e Delaware) constava a exigência de julgamento célere (*speedily without delay*) e que foi incorporado à Constituição Americana definitiva por meio da 6ª Emenda, de 15/12/1791. Cf. KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *O princípio da razoável duração do processo: propostas para sua concretização nas demandas cíveis*. Recife: Dissertação de Mestrado apresentada junto à Faculdade de Direito da UFPE, aprovada em 24/03/2008, p. 21.

Século XVIII, e, posteriormente, por tratados e cartas constitucionais do segundo pós-Guerra. Note-se, a propósito, que as novas Constituições democráticas de Portugal, da Espanha e da Itália da segunda metade do século passado e também a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, editada em 1950, prevêm expressamente o direito ao processo em prazo razoável.⁴¹⁶

Também no plano do Direito Internacional americano houve o reconhecimento do direito ao processo célere pela Convenção Americana de Direitos do Homem (Pacto de São José da Costa Rica), editada em 1969, e que consiste no mais importante documento de proteção dos direitos humanos na Região das Américas⁴¹⁷.

No âmbito do direito interno, a Constituição Federal de 1988 também procurou buscar a efetividade do processo, caracterizando com *status* de direito fundamental certas garantias processuais, como o direito ao amplo acesso à Justiça e ao devido processo legal, os quais, antes mesmo da Emenda Constitucional n. 45/2004, já abrangeriam, segundo a doutrina dominante, o direito à celeridade processual.

3.1.1. A celeridade processual e o direito internacional

A preocupação com a celeridade processual ganhou contornos internacionais e inclusão do direito em documentos normativos de caráter transnacional a partir da segunda metade do século passado. É certo que na Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, de 1948⁴¹⁸, não consta expressamente um direito ao processo célere, mas

⁴¹⁶ Confira-se, a propósito, o seguinte trabalho acadêmico, no qual o autor traça os aspectos históricos do princípio da celeridade processual. KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *O princípio da razoável duração do processo: propostas para sua concretização nas demandas cíveis*. Recife: Dissertação de Mestrado apresentada junto à Faculdade de Direito da UFPE, aprovada em 24/03/2008, p. 20-24.

⁴¹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 235.

⁴¹⁸ Sobre a força jurídica da declaração, Fábio Konder Comparato a considera tecnicamente uma recomendação a ser seguida pelos Estados-membros da ONU, mas esclarece, apesar disso, que ela tem força jurídica como reveladora de princípios universais de Direito Internacional que, por sua vez, teriam força vinculante. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 226-227. Para Piovesan, a declaração da ONU também teria validade jurídica por ter se transformado em

indiretamente já se fez referência à necessidade de soluções judiciais efetivas para a salvaguarda dos direitos fundamentais do homem, como se nota do artigo VIII da norma indicada, *in verbis*:

Artigo VIII

Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes **remédio efetivo** para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei. (grifo nosso)

O termo “remédio efetivo”, considerada sua abrangência⁴¹⁹, pode ser claramente compreensivo do conceito de celeridade, na medida em que um procedimento judicial demorado claramente não pode ser considerado como efetivo, ou seja, apto para solucionar de forma satisfatória uma controvérsia entre as partes litigantes.

No âmbito do direito europeu, por outro lado, cujos países integram a ONU em sua maioria, mas também fazem parte de uma comunidade regional de nações, o Conselho da Europa⁴²⁰, os direitos humanos são regulados precipuamente pela Convenção Europeia de Direitos Humanos⁴²¹, datada de 1950, e que entrou em vigor em 1953, posteriormente aditada por 14 protocolos adicionais⁴²².

verdadeiro costume jurídico internacional. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 144-146.

⁴¹⁹ No Dicionário Aurélio, versão eletrônica 3.0, o adjetivo efetivo apresenta três significações: “1. Que se manifesta por um efeito real; positivo: 2. Permanente, estável, fixo: 3. Que merece confiança; seguro, firme.”, todas num sentido positivo, ou seja, de algo que realmente acontece.

⁴²⁰ O Conselho da Europa é uma organização política supranacional (que não se confunde com a União Europeia: esta é uma comunidade menor, com mais enfoque na integração econômica) formada por 47 países europeus. O Conselho da Europa apresenta semelhança com a OEA – Organização dos Estados Americanos em relação aos países das Américas. Ele tem sede em Strasbourg, na França, e foi criada pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, tendo como enfoque maior a defesa dos direitos humanos no âmbito europeu. Maiores informações podem ser obtidas no sítio <http://www.coe.int>.

⁴²¹ O nome oficial da convenção em inglês é: Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

⁴²² Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 185-186. Após a edição dessa obra, mais três protocolos foram firmados, segundo consta do sítio oficial do Conselho da Europa: <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?MA=3&CM=7&CL=ENG>>.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, vale registrar, também se espelha nos ideais universais⁴²³ de defesa dos direitos humanos igualmente adotados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, como se nota claramente do primeiro considerando do texto europeu, que faz referência expressa à Declaração de Direitos da ONU.

E no que se refere à questão específica do direito a um julgamento em tempo razoável, a Convenção Europeia dispôs expressamente que todo cidadão tem direito a um julgamento justo e em tempo razoável por um tribunal independente. De fato, confira-se o teor do dispositivo do § 1º do art. 6 da Convenção, em tradução livre⁴²⁴:

Artigo 6 – Direito a um julgamento justo

1 – Na determinação dos direitos civis e obrigações ou no caso de acusações criminais, todos os indivíduos têm direito a um justo e público **julgamento dentro de um tempo razoável** por um tribunal independente e imparcial estabelecido pela lei. [...] ⁴²⁵(grifo nosso)

⁴²³ A tendência atual, no âmbito internacional, é o reconhecimento da universalização dos direitos humanos, embora de forma cuidadosa e maleável em face da grande diversidade cultural dos povos do mundo, que também deve ser respeitada. Por sua vez, há autores como Jürgen Habermas que reconhecem a dificuldade da realização universal dos direitos humanos, em face da “tensão peculiar entre o sentido universal dos direitos humanos e as condições locais da sua efetivação”, apesar deste filósofo reconhecer que “os direitos humanos oferecem o único fundamento de legitimação dentre todos os reconhecidos para a política da comunidade dos povos; quase todos os Estados adoraram o teor da carta dos direitos humanos da ONU [...]”. Cf. HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 150-151.

⁴²⁴ Para conferir a tradução portuguesa do texto da Convenção, acessar o sítio oficial da Corte Europeia: < <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/PortuguesePortugais.pdf>>.

⁴²⁵ Texto original e completo em inglês:

“Article 6 – Right to a fair trial

1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

Disponível em : < <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Word/005.doc>>. Acesso em 14/02/2008.

Cf. ainda, o texto em português: Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/PortuguesePortugais.pdf>.. Acesso em 18/02/2008.

Se por um lado é de grande importância o reconhecimento expresso e cabal do direito à celeridade processual por uma norma jurídica de direito internacional, por outro talvez seja mais importante o estabelecimento, no plano nacional, de instrumentos jurídico-processuais realmente aptos para a concretização desse direito e dos outros direitos humanos reconhecidos por textos jurídicos nacionais.⁴²⁶

No âmbito europeu, vale citar a ampla possibilidade, conquistada paulatinamente, de um cidadão propor uma queixa diretamente junto à Corte Européia de Direitos do Homem alegando violação de um direito estabelecido na Convenção Européia de Direitos Humanos, bem como a possibilidade da Corte obrigar os Estados-partes da Convenção a cumprirem as ordens judiciais, inclusive determinando o pagamento da indenização⁴²⁷. E o principal meio para essa efetivação consistiu, sem sombra de dúvida, na paulatina integração do indivíduo lesado no seio dos processos internacionais de violação dos direitos humanos⁴²⁸.

Confira-se, a respeito, a lição de Norberto Bobbio, que ressalta a importância do direito ao acesso direto à Corte pelos cidadãos dos Estados membros do Conselho da Europa:

Como se sabe, esse tipo de garantia foi prevista pela *Convenção Européia dos Direitos do Homem* (firmada em Roma, em 4 de novembro de 1950, e que entrou em vigor em 3 de setembro de 1953), através do procedimento –

⁴²⁶ Sobre a importância da Corte Européia na defesa dos direitos humanos, cf. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 103-104.

⁴²⁷ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 269-270. E, ainda, RAMOS. André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 186. Ambos os autores ressaltam a efetividade do sistema de proteção dos direitos humanos na Europa.

⁴²⁸ As alterações da Convenção Européia dos Direitos Humanos promovidas pelos protocolos ns. 09 e 11 possibilitaram ao cidadão lesado o direito de petição direta à Corte Européia solicitando a reparação da violação, independentemente da análise do caso pela antiga Comissão Européia de Direitos Humanos, órgão extinto pelo Protocolo n. 11, que se assemelhava ao Ministério Público ou a um órgão de investigação não-judicial. Cf. RAMOS. André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 205-207.

saudado como profundamente inovador – das demandas individuais à Comissão Europeia dos Direitos do Homem (cf. art. 25º)⁴²⁹. É uma inovação que representa, até agora, apenas uma ponta avançada no sistema atual da proteção internacional dos direitos do homem.⁴³⁰

No âmbito do Direito Internacional americano o direito ao julgamento em tempo razoável está previsto expressamente na Convenção Americana de Direitos do Homem (Pacto de São José da Costa Rica), cujo art. 8º, § 1º, e também o artigo 25.1, dispõem de forma análoga ao art. 6º da Convenção Europeia, que foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 678, publicado em 9 de novembro de 1992.⁴³¹

Note-se, ainda, que o Brasil também acatou a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio de Decreto Legislativo baixado em 03/12/1998, o qual autorizou o presidente da República a comunicar formalmente à Organização dos Estados Americanos – OEA tal aceitação. A aceitação formal do Brasil efetivamente ocorreu em 10/12/1998, por meio de nota enviada à OEA, depositária da Convenção Americana de Direitos do Homem.⁴³²

Todavia, em que pese a possibilidade do Brasil ser processado internacionalmente por uma demora excessiva na tramitação de processos, não consta ainda, ao contrário do que ocorre na Europa em relação à atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos, qualquer condenação direta do país por conta da violação do art. 8º, § 1º, da Convenção Americana de Direitos do Homem.⁴³³

Há, todavia, um precedente da Corte Interamericana relacionado à duração razoável do processo no Brasil, ainda que não diga respeito ao um processo interno concluído com atraso. Trata-se do caso

⁴²⁹ Referência à redação original do tratado, anterior ao Protocolo n. 11, de 1998.

⁴³⁰ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Campus: Rio de Janeiro, 1996, p. 40.

⁴³¹ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O princípio da razoável duração do processo: propostas para sua concretização nas demandas cíveis. Dissertação de Mestrado UFPE, aprovada em 24/03/2008, p. 20-24. Cf. ainda, BARRUFFINI, Frederico Liserre. Possibilidade de efetivação do direito à razoável duração do processo. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 31, n. 139, set. 2006, p. 268.

⁴³² KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *O princípio da razoável duração do processo*: propostas para sua concretização nas demandas cíveis. Dissertação de Mestrado apresentada junto à Faculdade de Direito da UFPE. Recife: aprovada em 24/03/2008, p. 90-93.

⁴³³ *Ibidem*, p. 93.

Ximenes Lopes *versus* Brasil, no qual o país foi condenado tendo em vista uma ausência de conclusão de processo judicial interno proposto pela família de deficiente mental que fora morto em clínica psiquiátrica.

Nesse caso, o óbito da vítima ocorreu em 1999 e até a data do julgamento pela Corte Interamericana, em julho de 2006, ainda não havia sido prolatada sentença na Justiça brasileira. Em face dessa demora excessiva, a Corte Interamericana afastou a preliminar de esgotamento da jurisdição interna e condenou o Brasil por violação à Convenção Americana de Direitos do Homem, notadamente quanto aos artigos que garantem o processo célere e efetivo perante um tribunal local independente e imparcial.⁴³⁴

O baixo número de demandas internacionais relacionadas à celeridade processual no âmbito das Américas provavelmente decorre da ausência de legitimidade processual do indivíduo em pleitear uma indenização de forma direta perante a Corte Interamericana de Direitos do Homem, pois somente a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os Estados-partes detêm legitimidade ativa para promover ações perante a referida corte⁴³⁵. Tal restrição revela-se anacrônica e destoante de outros sistemas de proteção de direitos humanos, como, por exemplo, do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, no qual a Corte Européia recebe petições dos indivíduos.

3.1.2. A celeridade processual e o direito interno

No Brasil, pode-se afirmar que o direito ao processo em tempo razoável foi positivado mesmo antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, pois a garantia já era prevista nos arts. 8º, item 1, e 25.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa

⁴³⁴ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *Op. cit.*, p. 98-100.

⁴³⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 250.

Rica), a qual foi incorporada como direito infraconstitucional desde o ano de 1992.

É certo que a referida Convenção entrou em vigor com *status* de lei ordinária, pois na época ainda não estava em vigor a nova redação do § 3º do art. 5º da Carta de 1988, dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que conferiu, atendidas algumas condições formais, o nível de norma constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos firmados pelo Brasil.

De qualquer forma, a citada EC n. 45/2004 extinguiu qualquer dúvida sobre a força jurídica do direito ao processo sem dilações indevidas, o qual sem dúvida, atualmente, faz parte do direito positivo e é mesmo capaz de enquadrar-se como típica norma geradora de direitos subjetivos para aqueles que sofreram com a demora excessiva na tramitação de processos judiciais.⁴³⁶

Com efeito, assim prescreve o novel art. 5º, LXXVIII, da CF/88:

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Vale registrar que, modernamente, notadamente no caso brasileiro, o direito processual passou a deitar raízes diretamente no texto constitucional, dele retirando boa parte de sua força vinculante e de suas concepções teóricas essenciais. Assim, "todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional"⁴³⁷, sendo que as normas constitucionais estabelecem a organização e estrutura básica do Poder Judiciário, fixam

⁴³⁶ Há quem defenda, inclusive, o direito à indenização pelo Estado no caso de demora excessiva no trâmite dos processos. Cf., a respeito, KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *O princípio da razoável duração do processo*: propostas para sua concretização nas demandas cíveis. Dissertação de Mestrado apresentada junto à Faculdade de Direito da UFPE. Recife: aprovada em 24/03/2008, p. 101 e segs.

⁴³⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DIMAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. Malheiros: São Paulo, 2007, p. 84.

princípios processuais relevantes, impõem garantias fundamentais processuais, etc.

Pode-se mesmo falar num “direito constitucional processual”, que revela a “condensação metodológica e sistemática dos princípios do processo”⁴³⁸, de modo que não é razoável atualmente o estudo do direito processual sem a consideração dos pontos de vistas normativo-constitucionais, já que o constitucionalismo moderno inaugurado a partir das Revoluções Liberais (Americana e Francesa) do Século XVIII - e reforçado após o movimento humanista eclodido após a 2ª Guerra Mundial - sempre preocupou-se com a fixação das garantias fundamentais dos cidadãos e, por conseqüência, com o direito à prestação jurisdicional de forma justa.

A “íntima conexão” entre o direito processual e constitucional, na visão de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, implica que o:

[...] processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da Justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica, mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado.⁴³⁹

É evidente, portanto, o realce que o Direito Constitucional, notadamente aquele de índole democrática, conferiu à ciência processual, reafirmando o caráter publicista do processo e dando-lhe “uma qualidade cívica” relacionada à “garantia de acesso do cidadão à tutela jurídica declarada e assegurada pelas Constituições”⁴⁴⁰, fenômeno que bem se observa nas constituições modernas, preocupadas em reforçar

⁴³⁸ Ibidem, p. 85.

⁴³⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 100, vol. 372, p. 77-86, mar./abr. 2004, p. 77-78.

⁴⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 30, n. 125, p. 61-78, jul. 2005, p. 63.

a democracia por meio do direito de participar efetivamente do processo.⁴⁴¹

Tal movimento de inserção constitucional do processo, assim como a consideração, pelo Direito Internacional, do direito do amplo e célere acesso à Justiça como integrante do rol dos direitos humanos (e, portanto, conectado com a idéia de dignidade humana), evidentemente foram a força criadora de uma norma constitucional positiva e expressa que prevê exatamente o direito à entrega da prestação jurisdicional em prazo razoável, tal como é a norma do moderno inciso LXXIII do art. 5º da Lei Maior.

E a referida norma não é destituída de valor jurídico coativo e interpretativo, pois, como indica Frederico Koehler, existem conseqüências da positivação do princípio da celeridade processual no nosso ordenamento jurídico:

A conseqüência lógica foi tornar inequívoco o *status* constitucional do instituto. Cappelletti afirma que as garantias fundamentais do processo, por mais antigas que sejam, foram esquecidas e espezinhadas. Portanto, para que tenham uma aplicação mais efetiva, tais garantias passaram a integrar as modernas Constituições de vários países⁴⁴². Analisar-se-ão separadamente as outras conseqüências nos subtópicos a seguir: 1) incentivo à pesquisa e aos estudos doutrinários; 2) uso do princípio como razão de decidir; 3) atuação do Poder Público para concretização do mandamento constitucional; 4) inconstitucionalidade das leis que atentem contra a razoável duração do processo; e 5) indenizabilidade dos danos sofridos com a demora do processo.⁴⁴³

Dentre os efeitos citados pelo ilustre Juiz Federal, poder-se-ia ressaltar aqueles apontados nos itens 3 e 4, que dizem

⁴⁴¹ Mauro Cappelletti anota que as constituições modernas abarcaram institutos processuais, como a assistência judiciária aos pobres, que procuram facilitar o acesso à Justiça. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 17, n. 65, p. 127-143, jan./mar. 1992, p. 131.

⁴⁴² CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, a. 17, n. 65, jan./mar. 1992, p. 139.

⁴⁴³ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *O princípio da razoável duração do processo*: propostas para sua concretização nas demandas cíveis. Recife: Dissertação de Mestrado apresentada junto à Faculdade de Direito da UFPE, aprovada em 24/03/2008, p. 28.

respeito à atuação do Poder Público na concretização do princípio da duração razoável do processo, tanto no aspecto de adoção de medidas infralegais em prol da celeridade processual, como também no que concerne à competência constitucional do Poder Legislativo de criar normas jurídicas (leis) que atendem e visem alcançar a exigência constitucional de celeridade processual.

Nessa linha de pensamento, observe-se, primeiramente, que o advento da referida emenda constitucional teve o positivo efeito de provocar nos dirigentes do Poder Judiciário os estímulos necessários para que o referido Poder também tome medidas, ao lado dos demais Poderes da República, em busca da adequada celeridade processual, como bem mostra o pensamento do Ministro César Asfor Rocha, atual presidente do Superior Tribunal de Justiça:

A emenda constitucional n. 45, da reforma do Judiciário, refletiu esse anseio ao inserir entre os direitos fundamentais a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da tramitação. É difícil conciliar esses dois princípios antagônicos: celeridade x segurança.

A demanda por transparência e por celeridade processual exige uma Justiça de qualidade. Esta deve ser buscada não apenas com uma ou duas ações, mas, sim, com múltiplas iniciativas, que passam pela busca de uma gestão mais eficiente, com o aproveitamento racional dos recursos, a capacitação dos magistrados e servidores e a racionalização de procedimentos, por avanços na informatização do processo, de acordo com os procedimentos previstos na Lei 11.419/06, pela reforma processual e por tantas outras medidas.⁴⁴⁴

O ministro presidente do STJ considera que o Judiciário não deve atuar só na luta pela celeridade processual, mas em conjunto com “todos os partícipes da atividade judicial”, em prol de “uma Justiça de qualidade, efetiva e em tempo razoável”, de forma que mesmo sem a adoção de medidas legais é possível o aprimoramento da atividade judiciária por diversos meios, como a melhoria do treinamento e da

⁴⁴⁴ ROCHA, Cesar Asfor. Justiça de qualidade. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 06 set. 2008. Opinião, p. A3.

formação dos diversos atores processuais, aperfeiçoamento da gestão administrativa, incremento da utilização da informática, etc.

Para Luiz Guilherme Marinoni, o direito fundamental à duração razoável do processo incide indistintamente sobre todos os Poderes da República, especialmente sobre o Poder Judiciário, o qual resta obrigado a:

[...] organizar adequadamente a distribuição da justiça, a equipar de modo efetivo os órgãos judiciários, a compreender e a adotar as técnicas idealizadas para permitir a tempestividade da tutela jurisdicional, além de não poder praticar atos omissivos e comissivos que retardem o processo de maneira injustificada.⁴⁴⁵

Por outro lado, também há uma forte relação entre as leis processuais que instituem procedimentos mais céleres e efetivos com o princípio constitucional da duração razoável do processo, sendo certo que o Legislador é obrigado a efetivamente baixar legislação sobre o assunto, sob pena de inconstitucionalidade por omissão, assim como a revogar os entraves legislativos que impedem o rápido andamento dos feitos.

No caso dos juizados especiais, há previsão expressa da Constituição no que se refere à sua instalação, que é obrigatória, pois a Lei Maior utiliza-se, ao se referir aos juizados, do verbo "criarão" no *caput* do art. 98, o que mostra a vontade constitucional da instituição de uma Justiça simples e efetiva.

No que pertine à efetiva criação dos juizados especiais, não se pode mais falar em omissão do Legislador, pois a matéria foi regulamentada de forma apropriada em duas leis, conforme antes referido nessa dissertação, quais sejam: a Lei n. 9.099/95 e a Lei 10.259/2001, as quais trouxeram inovações consistentes para o processo civil, direcionadas à uma prestação jurisdicional mais célere, e que romperam com paradigmas tradicionais, formalistas e burocráticos, do processo civil

⁴⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. vol. 1, 2. ed., São Paulo: RT, 2007, p. 225.

tradicional, especialmente no que diz respeito à Jurisdição Federal, que foi fortemente influenciada pela Lei n. 10.259/2001.

Além das citadas leis, vale registrar que a lei da informatização do processo judicial, a Lei Federal n. 11.419/2006, também trouxe enormes avanços para a celeridade processual, pois confirmou no direito positivo algumas práticas judiciais já em uso na época no âmbito, por exemplo, dos juizados especiais federais, no sentido da realização de atos processuais e intimações por meio eletrônico.

Na verdade, não existem “receitas universalmente válidas”⁴⁴⁶ para a obtenção de um maior grau de celeridade processual e da própria eficiência da prestação jurisdicional como um todo, isto é, também considerando-se o aspecto qualitativo das decisões, que não necessitam ser, tão-somente, céleres, mas também justas e razoáveis, pois, com efeito, o *acesso à Justiça* deve implicar num resultado materialmente justo⁴⁴⁷ e não apenas expedito.

Deve-se concordar, portanto, com Humberto Theodoro Júnior, quando afirma que o “aprimoramento da prestação jurisdicional não acontecerá somente em virtude de modificações procedimentais, nem tampouco do simples crescimento numérico dos juízes disponíveis”, sendo que é pertinente a preocupação com a “reforma simultânea ou sucessiva dos agentes que irão operar as normas renovadas”.⁴⁴⁸

Além das alterações legislativas, o rompimento de paradigmas culturais, burocráticos e formalistas, arraigados na atividade do Poder Judiciário é medida de extrema importância na luta pela efetividade-celeridade do processo, como bem expõe Francisco Glauber Pessoa Alves:

⁴⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O desafio da celeridade na prestação jurisdicional. *Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 9, n. 36, 2006, p. 80.

⁴⁴⁷ Sobre o tema da “justiça das decisões” como parte integrante do direito ao acesso à Justiça, cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DIMAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. Malheiros: São Paulo, 2007, p. 40-41.

⁴⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 30, n. 125, jul. 2005, p. 70.

No entanto, o *plus* da equação é, como tudo na atividade humana, a vontade de dar vazão a isso como valor. Ela é a premissa obrigatória em toda essa busca. Essencial que se forme uma cultura jurídica de prestígio à rapidez, em detrimento de expedientes culturalmente arraigados que se constituam num entrave a essa necessária empresa.⁴⁴⁹

Na verdade, o problema da morosidade processual é de natureza complexa e multifacetada e envolve diversos meios para sua solução, que passam pela reforma das leis processuais, pela mudança de mentalidade dos operadores, pela utilização, no processo, de instrumentos tecnológicos eletrônicos disponíveis na modernidade, pela melhor estruturação física e pessoal do Poder Judiciário e também pela adoção de modernas posturas gerenciais da máquina pública no referido Poder, etc.⁴⁵⁰

Por outro lado, ainda que o princípio da razoável duração do processo tenha hoje acolhida expressa e específica no texto constitucional, ele também está inserido dentro da normatividade de outro princípio constitucional de grande importância, ou seja, a partir da abrangência normativa do princípio da inafastabilidade da jurisdição, também chamado de direito ao amplo acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Lei Maior⁴⁵¹, de forma que só se pode falar em amplo acesso à Justiça se tal acesso ocorrer de forma célere, sem dilações indevidas, e dentro de um prazo razoável. Existe uma evidente interdependência entre o direito ao acesso à Justiça e o direito à rápida prestação jurisdicional, sendo que, no nosso entendimento, o direito à celeridade processual pode perfeitamente ser enquadrado como uma faceta do princípio da inafastabilidade do acesso à Justiça, desde que se considere este em

⁴⁴⁹ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. A efetividade como axiologia: premissa obrigatória para um processo célere. In: FUZ, Luiz; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 146-152, p. 152.

⁴⁵⁰ Alguns doutrinadores referem-se à necessidade de alterações legislativas e avanços no funcionamento administrativo dos tribunais em geral. Cf., entre outros, ZARIF, Cláudio Cintra. Da necessidade de repensar o processo para que ele seja realmente efetivo. In: FUZ, Luiz; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 139-145, p. 145.

⁴⁵¹ DANTAS, Frederico Wildson da Silva. O princípio constitucional da inafastabilidade: estudo com enfoque no ativismo judicial. *Revista da Escola da Magistratura Federal de Pernambuco*, Recife: TRF da 5ª Região, n. 17, mar/2008, p. 99.

sentido amplo e não como o simples de direito de acionar o Judiciário, sem considerações com a efetiva e adequada tutela jurisdicional.

O princípio constitucional do acesso à Justiça abrange a “noção ampla do acesso à ordem jurídica justa” que compreende diversos direitos processuais, incluindo-se o direito à tutela jurisdicional “efetiva, célere e adequada”⁴⁵².

Pode-se, igualmente, inserir o direito à duração razoável do processo dentro do campo normativo do devido processo legal⁴⁵³, entendido este como “base de sustentação dos princípios processuais da Constituição os quais, em última análise, podem ser reconduzidos à noção de processo justo e de tutela jurisdicional adequada”⁴⁵⁴. Parcela da doutrina, antes mesmo do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, considerava, com razão, que o princípio da celeridade processual como garantia da Constituição podia ser derivado da cláusula do devido processo legal⁴⁵⁵, pois a noção de processo justo e adequado não se compatibiliza com uma demora excessiva no tempo de tramitação dos processos.⁴⁵⁶

Com efeito, no dizer de Cláudio Cintra Zarif:

Nessa seara, em que pese nosso entendimento já esposado, no sentido de que a simples existência da cláusula do devido processo legal já é por si só suficiente a podermos afirmar que já estava implícito em nossa Constituição Federal a obrigação de que o processo deveria ser resolvido com a maior brevidade possível.⁴⁵⁷

⁴⁵² CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUZ, Luiz; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 662-683, p. 674.

⁴⁵³ Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DIMAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. Malheiros: São Paulo, 2007, p. 93.

⁴⁵⁴ DANTAS, Frederico Wildson da Silva. O princípio constitucional da inafastabilidade: estudo com enfoque no ativismo judicial. *Revista da Escola da Magistratura Federal de Pernambuco*, Recife: TRF da 5ª Região, n. 17, p. 83-113, mar. 2008, p. 97.

⁴⁵⁵ Trata-se de posição de vários doutrinadores, conforme estudo de: ZARIF, Cláudio Cintra. Da necessidade de repensar o processo para que ele seja realmente efetivo. In: FUZ, Luiz; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 139-145, p. 143.

⁴⁵⁶ BARRUFFINI, Frederico Liserre. Possibilidade de efetivação do direito à razoável duração do processo. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 31, n. 139, p. 265-279, set. 2006, p. 268.

⁴⁵⁷ ZARIF, Cláudio Cintra. Op. cit., p. 143.

Entretanto, no plano dogmático pátrio, a referência constitucional atual da celeridade processual é sem dúvida o novel inciso LVXXIII do art. 5º da Carta Política de 1988, incluído pela EC n. 45/2004, de forma que não é mais necessário – ainda que tal fosse juridicamente possível – inferir o direito à celeridade processual diretamente dos princípios do acesso à Justiça e/ou do devido processo legal, normas essas insertas no conceito amplo de direitos fundamentais, na modalidade garantia fundamental.⁴⁵⁸

Questão interessante diz respeito à possibilidade da norma em estudo produzir efeitos imediatos, ou seja, se presente, ou não, uma auto-aplicabilidade do inciso LXXVIII do 5º. Sobre a eficácia da referida norma constitucional, em princípio não se deve concordar com as posições doutrinárias que a consideram como mera “promessa” constitucional”.⁴⁵⁹

De fato, o constitucionalismo moderno, de caráter pós-positivista, rejeita a idéia de normas constitucionais com pouca força vinculante, reafirmando a necessidade de conferir maior eficácia ao texto constitucional, o que se amolda perfeitamente à realidade constitucional brasileira no que diz respeito à dogmática dos direitos fundamentais, que “estão vivendo o seu melhor momento na história do constitucionalismo pátrio”⁴⁶⁰, ao menos no que se refere à possibilidade de concretização mais efetiva, ainda que tal se dê de forma gradual.

Por isso é que goza de extremo prestígio na doutrina constitucional nacional o conceito de força normativa da Constituição, na medida em que esta “não é apenas uma carta de intenções políticas, mas

⁴⁵⁸ É bastante conhecida a tradicional divisão dos direitos fundamentais em direitos fundamentais propriamente ditos e em garantias fundamentais, no sentido de que as garantias são instrumentais e visam assegurar os bens jurídicos protegidos essenciais pelos direitos fundamentais. Cf. SANTOS, Gustavo Ferreira. Direitos fundamentais e pré-condições da democracia. *Revista da Escola da Magistratura Federal do TRF da 5ª Região*. Recife: TRF da 5ª Região, n. 15, p. 151-157, ago. 2007, p. 152.

⁴⁵⁹ No mesmo sentido, conferir a posição de: BARRUFFINI, Frederico Liserre. Possibilidade de efetivação do direito à razoável duração do processo. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 31, n. 139, p. 265-279, set. 2006, p. 269.

⁴⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 82.

que está dotada de caráter jurídico imperativo".⁴⁶¹ E no plano do direito constitucional positivo pátrio tal constatação doutrinária é plenamente reforçada pela norma constitucional do art. 5º, § 1º, da CF/88, como nos ensina Ingo W. Sarlet:

Por estas razões, há como sustentar, a exemplo do que ocorrido na doutrina, a aplicabilidade imediata (por força do art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental) de todos os direitos fundamentais constantes do Catálogo (arts. 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais.⁴⁶²

Entende-se, como Sarlet, que é plenamente possível referir-se a uma "presunção em favor da aplicabilidade imediata e da plenitude eficaz dos direitos fundamentais"⁴⁶³, sem prejuízo do reconhecimento do fato de que certas normas constitucionais gozam de baixa densidade normativa e, às vezes, necessitam de integração legislativa para sua completa aplicação. Todavia, não existe norma constitucional meramente programática⁴⁶⁴, destituída de todo e qualquer efeito jurídico, sempre sendo possível extrair de normas constitucionais abertas (ou predominantemente principiológicas) algum tipo de eficácia jurídica.

No que diz respeito à norma constitucional sob análise ("Art. 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"), pode-se concluir que se trata de norma dotada de eficácia imediata, ainda que a sua formulação também indique uma razoável abertura semântica, que possibilita a intervenção do legislador ordinário para uma melhor configuração do direito fundamental,

⁴⁶¹ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUZ, Luiz; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 662-683, p. 664.

⁴⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 275-276.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 289.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, p. 279.

tendo em vista as diversas possibilidades de aplicação da norma de acordo com circunstâncias fáticas as mais variadas possíveis.

Nesse sentido, a norma citada impõe tarefas ao legislador, obrigando-o a legislar⁴⁶⁵, o que lhe dá certo caráter programático, mas, por outro lado, deixa-se permitir ser utilizada diretamente pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário na interpretação de textos legais, em favor da solução que melhor se ajuste ao princípio da celeridade processual.

Outro modo de ser da eficácia imediata do direito ao processo célere dá-se com a possibilidade da norma servir de fundamento para a decretação da inconstitucionalidade de norma legal que implique no atraso injustificado do processo ou na hipótese de afirmação, pelo Poder Judiciário, da inconstitucionalidade de omissão do legislador, no caso de ausência de criação de normas ou estruturas materiais e humanas aptas para proporcionar a celeridade processual.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni menciona o direito fundamental à efetividade do processo, entendido em termos amplos, relacionando-o aos deveres de proteção do Estado, os quais não seriam apenas exigíveis do Legislador, mas também do Estado-Juiz:

Ou seja, há direito, devido pelo Estado-legislador, à edição de direito material de proteção, assim como normas de direito instituidoras de técnicas processuais capazes de propiciar efetiva proteção. Mas o Estado-juiz também possui dever de proteção, que realiza no momento em que profere a sua decisão a respeito de direitos fundamentais.⁴⁶⁶

Deve o juiz, portanto, "se comportar de acordo com o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional"⁴⁶⁷, ou seja, tomando decisões judiciais com base em interpretações permitidas pelas garantias constitucionais do amplo acesso à Justiça e, especialmente, da razoável duração do processo. Nas palavras de Marinoni:

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 279.

⁴⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 187.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 189.

Por tal razão o juiz tem o dever de interpretar a legislação à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional, estando obrigado a extrair da regra processual, sempre com a finalidade de efetivamente tutelar os direitos, a sua máxima potencialidade, desde – e isso nem precisaria ser dito – que não seja violado o direito de defesa.⁴⁶⁸

Por outro lado, o dever de proteção do direito à celeridade processual também se estende ao Estado-juiz enquanto administrador público, isto é, antes mesmo da atuação dita judicial propriamente dita. É que também compete ao Poder Judiciário seguir os mandamentos constitucionais que informam a Administração Pública, notadamente o princípio da eficiência administrativa, inscrito no art. 37, caput, da Constituição de 1988.

Como consequência desse dever, deve o Poder Judiciário adotar modernas técnicas de gestão visando à otimização dos recursos públicos direcionados à prestação jurisdicional e também fazer as escolhas razoáveis quanto à alocação de juízes e servidores, procurando atender as varas nas quais a demanda jurisdicional é mais intensa.

Nota-se claramente, portanto, nas hipóteses citadas, que o art. 5º, LXXVIII, da Carta Política de 1988 apresenta típico caráter de norma dotada de eficácia imediata, pois permite que dela se extraiam conteúdos obrigacionais impositivos ao Estado, independentemente mesmo da intervenção do legislador, como no caso dos deveres do juiz na interpretação razoável dos textos legais em prol da efetividade do processo e também no que se refere às obrigações administrativas do Poder Judiciário.

Também é possível defender que a norma constitucional do direito à razoável duração do processo sirva como fundamento para a prolação de sentença condenatória contra o Estado para determinar o pagamento de indenização por perdas e danos, conforme explicitado anteriormente neste tópico.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 189.

O que não pode considerar, em nenhuma hipótese, é tratar a norma constitucional do art. 5º, LXXVIII, como simples norma programática, destituída de qualquer efeito jurídico.

3.2. Os direitos fundamentais sociais e os juizados especiais federais cíveis

Alguns importantes direitos fundamentais sociais estão conectados diretamente aos juizados especiais federais cíveis, como os são os direitos previdenciários, os direitos de assistência social e os direitos do homem trabalhador aplicados aos servidores públicos federais.

Desnecessário até mesmo reafirmar que tais direitos apresentam caráter de direitos fundamentais, tendo em vista a expressão previsão no rol art. 6º, *caput* e incisos, da Constituição de 1988, como já analisado anteriormente.

No que pertine aos direitos previdenciários e assistenciais, a competência processual dos juizados especiais federais cíveis decorre tendo em vista que compete a uma autarquia federal, o Instituto Nacional de Seguro Social – INSS⁴⁶⁹, a operacionalização e pagamento dos benefícios pecuniários devidos pela Previdência Social e pela Assistência Social, o que atrai a competência da Justiça Federal por força da norma do art. 109, I, da Constituição de 1988.

A Lei Federal n. 8.213/91 disciplina quais os benefícios previdenciários suportados pelo Estado, por meio do Regime Geral de Previdência Social, prevendo a concessão de aposentadorias diversas (idade, tempo de contribuição, invalidez, especial), pensão por morte, auxílio-doença, salário-maternidade, salário-família, auxílio-reclusão, etc., nos termos do regramento do art. 18 da citada norma legal.

Já a Lei n. 8.742/93 regulamenta a Assistência Social, ramo da Seguridade Social que não exige contribuição dos particulares,

⁴⁶⁹ Trata-se de autarquia criada pelo Decreto nº 99.350, de 27 de junho de 1990, mediante a fusão do IAPAS com o INPS.

prevendo o seu art. 20 o direito ao pagamento de um benefício pecuniário mensal de caráter assistencial, no valor de um salário mínimo, para os idosos e os deficientes considerados pobres. Também se trata de prestação pecuniária com fundamento constitucional, já que o art. 203, V, da Carta Política prevê de forma expressa esse benefício.

Os direitos salariais dos servidores públicos federais, ativos e inativos, também podem ser demandados nos juizados especiais federais cíveis, notadamente no caso de omissão do Estado de pagamento de verbas remuneratórias ou pagamento incorreto, a menor.

Como o nosso país se constitui de uma federação "fraca", ou seja, fortemente centralizada na União e sem uma descentralização mais abrangente para os Estados-membros, observa-se uma grande estrutura administrativa do poder central e, com isso, um grande número de servidores federais das mais variadas categorias e níveis. Assim, também são bastante comuns ações judiciais propostas por servidores contra órgãos federais visando ao pagamento correto de direitos remuneratórios nos juizados especiais federais.

Todavia, como mostram as estatísticas adiante relatadas, a grande maioria dos processos com ordens de pagamento expedidas nos juizados especiais federais diz respeito aos benefícios previdenciários ou assistenciais, o que se explica pelo fato de que a imensa desigualdade social e de renda que perdura no nosso país acaba criando um ambiente favorável para a concessão de benefícios dessa natureza pelo Poder Judiciário, exatamente em função da própria finalidade igualadora dos direitos sociais.

Por outro lado, como a competência dos juizados federais cíveis, delineada pelo art. 3º da Lei n. 10.259/2001, é limitada às causas com valor de até 60 salários mínimos e os benefícios previdenciários e assistenciais pleiteados são, em regra, de baixo valor, muitas vezes de valor equivalente ao mínimo, ocorreu a quase que completa transferência das causas previdenciárias e assistenciais das varas federais comuns para os juizados especiais.

E os direitos pleiteados nesses processos configuram típicos direitos prestacionais de cunho social.⁴⁷⁰

Entretanto, como já explicitado anteriormente, a doutrina tem anotado o caráter indivisível ou inter-relacional das diversas dimensões ou gerações dos direitos fundamentais, pois seria impossível a realização dos direitos civis de defesa – liberais clássicos – e políticos sem a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais⁴⁷¹, já que estes preparam o ser humano para uma condição de vida materialmente digna que lhe permite utilizar sua liberdade de forma proveitosa para o desenvolvimento de sua personalidade.⁴⁷²

Ou seja, não cabe falar em liberdade individual, ou mesmo em igualdade jurídica formal, sem compreender que o pleno gozo desses direitos básicos depende do implemento de um mínimo de requisitos materiais básicos para a sobrevivência do homem e seu desenvolvimento como pessoa.⁴⁷³ Assim também no que se refere aos direitos políticos, pois apenas há possibilidade de participação na vida política se existe uma mínima condição material para o desenvolvimento do indivíduo que lhe permite se manifestar adequadamente por meio de votos, opiniões, etc.

Os direitos sociais são considerados direitos de segunda geração (ou dimensão, como preferem alguns) e refletem uma reação ao liberalismo burguês capitalista que permitiu exageros e desigualdades na classe trabalhadora na época da industrialização da Europa no Século XIX.

⁴⁷⁰ A propósito, uma classificação razoável dos direitos fundamentais é aquela exposta pelo constitucionalista português José Carlos Vieira de Andrade, que os divide em: direitos de defesa (de cunho liberal), direitos de participação (políticos) e direitos prestacionais (nos quais estão incluídos os direitos sociais em geral), já exposta antes no trabalho. Vide p. 73 e segs., nas quais a divisão dos direitos fundamentais apresenta-se mais detalhada.

⁴⁷¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: AMARAL JR., Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia Maria (org.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999, p. 29.

⁴⁷² Grande parcela da doutrina pátria ressalta que, no plano constitucional brasileiro, a Constituição de 1988 tenta superar o modelo tradicional de democracia formal, pela “via da constitucionalização dos direitos sociais e da criação de instrumentos de judicialização dessas pretensões de caráter positivo”. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Integração Social e Perspectivas da Democracia*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Constituição e Crise Política*. Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p. 464.

⁴⁷³ Para Peces-Barba Martínez, a “liberdade promocional” tem três dimensões: suprimento das necessidades básicas e vitais do ser humano, de sua manutenção e de sua melhoria, as quais complementam a liberdade clássica de não interferência. Cf. MARTÍNEZ. Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 140-143.

Nesse sentido, os direitos sociais são baseados nos valores da igualdade material e da solidariedade e têm uma “função equilibradora das desigualdades sociais”, contrária à “cômoda ideologia individualista do *laissez faire*”.⁴⁷⁴ O Estado Social e, portanto, a concepção normativa dos direitos sociais, tem a função de permitir que grupos menos privilegiados possam efetivamente utilizar os direitos formais divididos igualmente.⁴⁷⁵

E essa igualdade material também é condição para o livre desenvolvimento pessoal e cultural do homem na sociedade, que é um pressuposto necessário para um melhor usufruto das liberdades políticas⁴⁷⁶ que permitem ao indivíduo participar, ativamente e efetivamente, das decisões políticas da comunidade estatal que integra.

No plano do Direito Constitucional brasileiro, vale registrar que a “agenda social”⁴⁷⁷ está inserida logo no começo da Carta Constitucional de 1988, o que já mostra a importância dos direitos sociais a partir da (e na) redemocratização do país, inclusive tendo em vista que consta um capítulo específico para os direitos sociais no texto de 1988, o que mostra a clara opção do Constituinte de 1988 para a “superação das desigualdades sociais e regionais”.⁴⁷⁸

Resta evidente, portanto, uma conexão entre os juizados especiais federais e os direitos fundamentais sociais, tais como saúde, previdência social, justa remuneração dos aposentados e servidores, etc., pois todos esses direitos podem ser demandados perante os juizados especiais federais.

Tal aspecto já foi ressaltado pelo Ministro Gilmar Mendes, o qual apontou a existência de um “significativo papel social” dessa nova instituição judiciária brasileira, que, de fato, acabou por tornar

⁴⁷⁴ LUÑO, Antonio-Henrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madri: Editorial Tecnos, 2007, p. 183-184.

⁴⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 83-84.

⁴⁷⁶ Para Peces-Barba, existem três dimensões da liberdade: a de não interferência, de cunho clássico; a promocional, de caráter social, e a de participação política. Cf. MARTÍNEZ. Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 140-146.

⁴⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Integração Social e Perspectivas da Democracia. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Constituição e Crise Política*. Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p.465.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 465.

uma espécie de agente decisivo na concretização de direitos de assistência social e previdenciária".⁴⁷⁹

Para Luiz Guilherme Marinoni, há uma verdadeira obrigação de criação de "órgãos e procedimentos jurisdicionais diferenciados para permitir o acesso dos economicamente menos favorecidos à justiça"⁴⁸⁰, a qual, como analisado anteriormente, está conectada aos deveres de proteção dos direitos fundamentais. No que tange aos direitos sociais, não é possível, em face do princípio da dignidade humana, que o ordenamento jurídico não formate "o Poder Judiciário de modo a atender aos mais pobres, pena de deixá-los à margem da legalidade e entregues às relações de força, o que certamente conduziria a uma perigosa desestabilização social"⁴⁸¹.

Há, assim, uma forte conexão entre os direitos fundamentais sociais e a necessidade de criação de órgãos judiciais especialmente encarregados da entrega da prestação jurisdicional de bens de menor valor, sendo que, indiretamente, tal conexão vem a reforçar os parâmetros democráticos, na medida em que não existe democracia efetiva na ausência de reais direitos de participação, de forma livre e consciente, na vontade da comunidade política. E tal participação, forçosamente dotada de livre arbítrio e com efetiva possibilidade de manifestação consistente, só pode ocorrer se a todos indivíduos da coletividade for assegurado um mínimo de condições materiais de existência, notadamente nas esferas da saúde, educação, moradia e renda mínima.

Alguns direitos sociais, portanto, são "pré-condições" da democracia⁴⁸², na medida em que apenas pessoas em boas condições de vida podem escolher livremente seus governantes e cobrar uma atuação estatal eficiente em defesa dos reais interesses coletivos.

⁴⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Integração Social e Perspectivas da Democracia. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Constituição e Crise Política*. Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p. 473.

⁴⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 103.

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 103-104.

⁴⁸² SANTOS, Gustavo Ferreira. Direitos fundamentais e pré-condições da democracia. *Revista da Escola da Magistratura Federal do TRF da 5ª Região*. Recife: TRF da 5ª Região, n. 15, p. 151-157, ago. 2007, p. 152.

Por isso, a importância da concretização dos direitos sociais na comunidade, sendo de grande relevância a atuação do Poder Judiciário na concretização desses direitos no caso de falhas ou omissões dos demais poderes estatais como um todo. O Poder Judiciário, na verdade, não é o único, nem o mais importante, concretizador dos direitos fundamentais sociais, os quais devem ser implementados pela comunidade política globalmente considerada, principalmente pela atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

3.3. Duração dos processos nos Juizados Especiais Federais de Recife/PE: análise dos dados estatísticos oficiais

A fim de melhor ilustrar a realidade prática dos juizados especiais federais no que pertine à concretização dos direitos fundamentais sociais, procedeu-se a uma análise dos dados estatísticos dos Juizados Especiais Federais Cíveis de Recife-PE, com o objetivo de aferir, entre outros parâmetros, o tempo de tramitação dos processos que envolvem direitos sociais, como os direitos previdenciários, assistenciais e salariais.

A pesquisa restringiu-se aos processos dos juizados especiais federais em tramitação na cidade de Recife/PE, tendo em vista a impossibilidade prática de análise dos dados de várias varas federais, bem como pelo fato de que, conforme será explicitado adiante, apenas nas capitais dos Estados conta-se com juizados especiais federais autônomos, pelo menos no âmbito do TRF da 5ª Região, tribunal que engloba seis Estados da Região Nordeste.

Com efeito, na capital do Estado de Pernambuco foram instalados, a partir da edição da Lei n. 10.259/2001, 3 (três) juizados especiais federais⁴⁸³ com competência exclusiva para causas cíveis de

⁴⁸³ Os três juizados especiais federais de Recife correspondem às 14ª, 15ª e 19ª Varas Federais de Pernambuco e estão instalados em prédio próprio, no centro da cidade de Recife-PE, de fácil acesso à população. As demais varas federais, cíveis, criminais e de execução fiscal, encontram-se instaladas em outra localidade, mais afastada do centro urbano.

menor complexidade, entendidas estas como as de valor inferior a 60 (sessenta) salários mínimos.

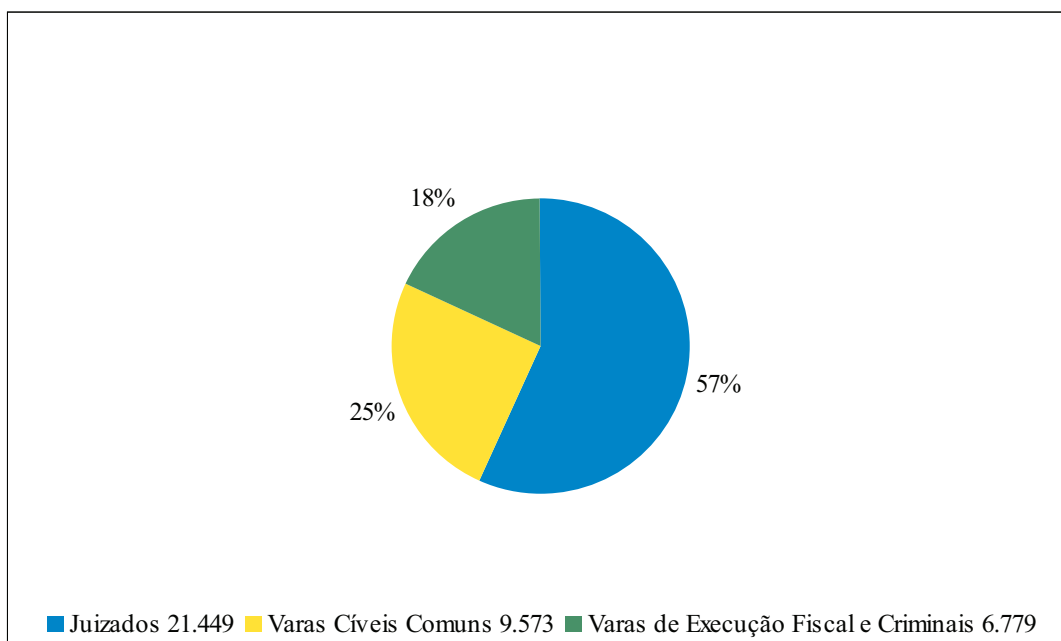
Tais juizados integram a Seção Judiciária de Pernambuco, que por sua vez compõe a jurisdição do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, também integrado pelos Estados de Sergipe, Alagoas, Paraíba, Rio Grande do Norte e Ceará. Os juizados especiais federais cíveis do Recife, ao contrário de alguns juizados especiais federais do interior do Estado de Pernambuco e de outros Estados da 5ª Região da Justiça Federal, são dotados de estrutura de uma vara federal autônoma, de forma equivalente à estrutura das demais varas federais de competência diversas (execução fiscal, criminal e cível).

Eles funcionam na prática como varas privativas de processos cíveis submetidos ao rito das Leis ns. 9.099/95 e 10.259/2001. Já os juizados especiais federais das cidades do interior nas quais há Vara Federal instalada, assim como os juizados criminais do interior e também das capitais, são estruturados de forma não-autônoma, isto é, funcionando dentro das estruturas de outras varas federais, as quais podem ter as mais diversas competências e processar uma variedade de ritos que não o rito da Lei 9.099/95. Nessa situação, portanto, não se pode falar em juizados especiais propriamente ditos, pois o que existe, na verdade, é uma Vara Federal comum que detém a competência de processar feitos pelo rito dos juizados especiais, além de poder fazer tramitar outros tipos de processos. Dessa forma, há uma descaracterização da entidade como juizado especial, não fazendo sentido pesquisar a duração da tramitação dos processos submetidos ao rito dos juizados especiais, tendo em vista a profusão de ritos diversos verificada nessas varas federais comuns.

Assim, considera-se razoável a delimitação do objeto da pesquisa quanto aos juizados especiais da capital, pois tais juizados especiais federais consistem em amostra bastante considerável da totalidade de processos em tramitação no Estado de Pernambuco.

Para ter-se uma idéia inicial da importância quantitativa dos juizados especiais em Recife, convém apresentar alguns números que ilustram a distribuição de processos no ano de 2008. Com efeito, até o dia 31 de julho de 2008, foram distribuídos 21.449 processos nos juizados especiais federais de Recife, enquanto que nas varas federais comuns desta cidade chegou-se ao número de 16.352 de novos processos ajuizados, incluindo-se nesse montante, além dos processos cíveis, os executivos fiscais e os processos criminais.

Considerando-se apenas os processos distribuídos nas varas federais cíveis comuns, ou seja, de competência para as causas cíveis de maior complexidade, foram distribuídos, até 31 de julho de 2008, cerca de 9.573 processos.⁴⁸⁴ Os processos ajuizados no juizados especiais federais de Recife implicam em cerca de 57% (cinquenta e sete por cento) do total de demandas novas distribuídas em 2008, como bem mostra o gráfico abaixo⁴⁸⁵:



⁴⁸⁴ Os dados foram colhidos das estatísticas publicadas pela Corregedoria-Geral do TRF da 5ª Região. Disponível em: <http://www.trf5.gov.br/content/view/185/274>. Acesso em 19/08/2008.

⁴⁸⁵ Os dados do gráfico foram importados de planilhas elaborados no programa EXCEL, da Microsoft, e arredondados de acordo com as casas decimais após a vírgula, da seguinte forma: se o percentual ficou superior a 50, após a vírgula, o arredondamento dá-se para cima e vice-versa. Exemplo: o percentual de 24,70% foi arredondado para 25%.

Por outro lado, considerando-se, para fins de comparação, apenas a proporção *processos dos juizados especiais federais x processos de natureza cível* (excluindo-se os autos da execução fiscal e os criminais), o número de processos ajuizados nos juizados especiais federais de Recife foi cerca de 124% (cento e vinte e quatro por cento) superior ao número de processos protocolados nas varas cíveis comuns. Já em relação ao número total de processos ajuizados nas varas federais ordinárias (cíveis, de execução fiscal e criminais), que não são de competência dos juizados especiais, o quantitativo de processos dos juizados especiais federais foi 31,2% (trinta e um vírgula dois por cento) superior.

Tais números mostram a importância da função jurisdicional dos juizados especiais de Recife no contexto da jurisdição federal em Pernambuco. E esta importância também diz respeito à jurisdição federal em todo o território nacional.

Com efeito, pode-se constatar-se, a partir do estudo das estatísticas nacionais, que o fenômeno de ampliação quantitativa dos processos dos juizados especiais federais também se repete em nível nacional, pois, desde o mês de janeiro de 2002, data na qual foram efetivamente instalados os juizados especiais federais, percebe-se uma prevalência quantitativa dos processos de competência dos juizados especiais em comparação aos processos das demais varas federais tradicionais.

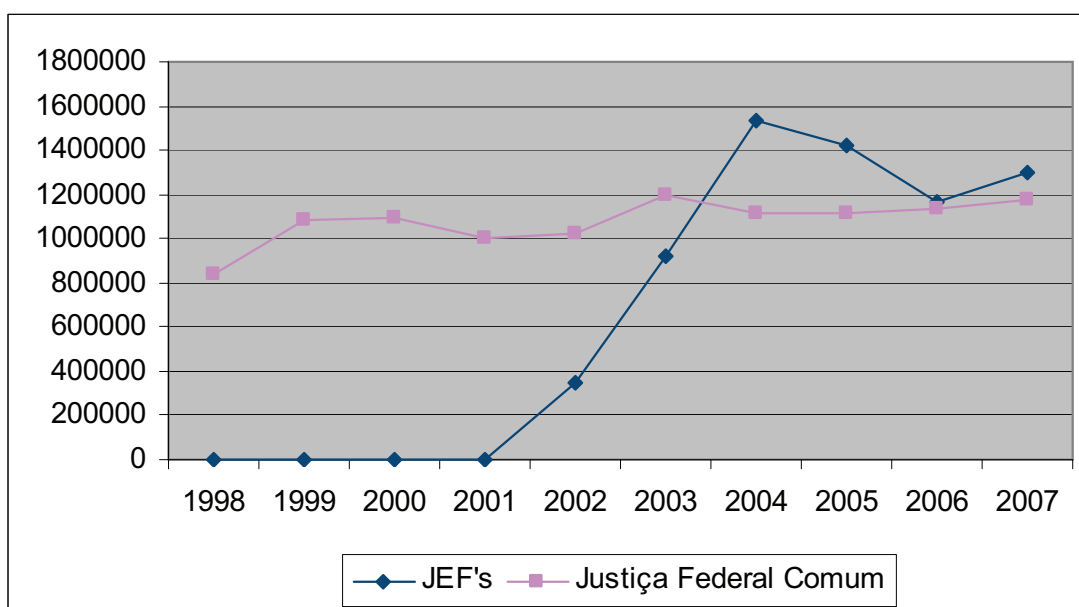
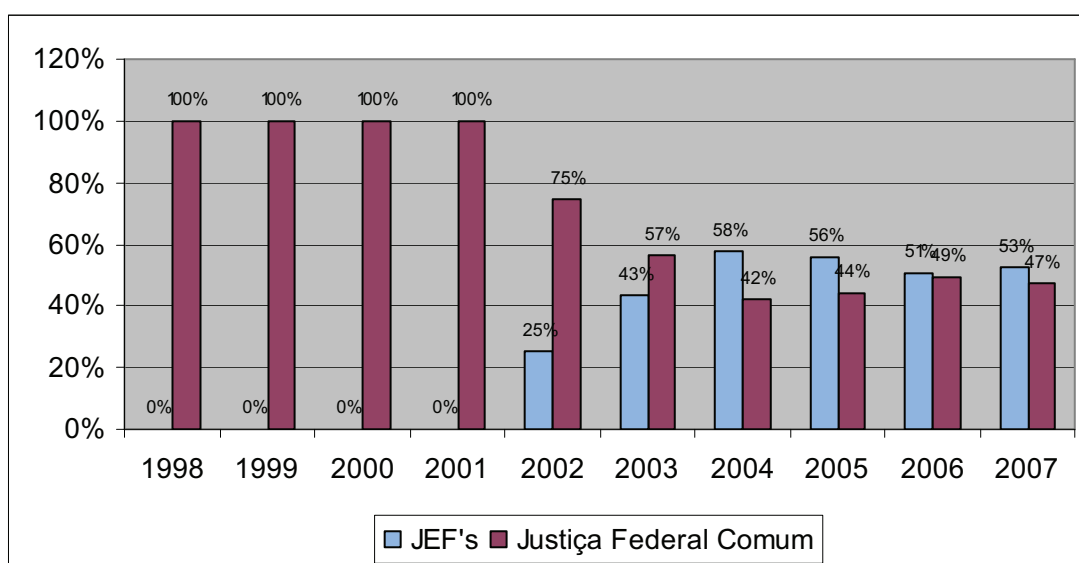
De fato, já no ano de 2003, ou seja, apenas 1 (um) ano após a instalação dos juizados especiais federais, a quantidade de processos ajuizados pelo novo rito processual superou o montante dos processos ajuizados nas demais varas federais de todas as competências.

No ano de 2004, por exemplo, os processos dos juizados especiais federais representaram cerca de 58% (cinquenta e oito por cento) do total dos processos ajuizados em toda a Justiça Federal nacional. Em 2007, o número caiu um pouco para 53% (cinquenta e três por cento), mas ainda é significativa a circunstância de que os juizados

especiais recebem a maior parte dos processos de competência da Justiça Federal atualmente.

No presente ano, até 31-07-2008, a proporção se mantém, conforme mostra o gráfico anterior.

Confira-se, para uma melhor ilustração da questão, os seguintes gráficos que mostram a citada comparação, até o ano de 2007⁴⁸⁶:



⁴⁸⁶ Os dados foram colhidos do sítio eletrônico oficial do Conselho da Justiça Federal, órgão constitucional Coordenador da Justiça Federal no Brasil. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/atlas/proctramdisjulrem.htm>. Acesso em 27/08/2008.

O seguinte gráfico mostra a quantidade de processos ajuizados na Justiça Federal desde o ano de 1998, indicando o número absoluto de processos distribuídos em cada ano, detalhando-se também a proporção entre os processos dos juizados especiais federais e os das demais varas federais:

Seções	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Seções (total)	838.643	1.079.158	1.097.964	1.002.095	1.368.061	2.107.941	2.643.324	2.538.362	2.298.107	2.474.704
JEF's	0	0	0	0	348.809	916.442	1.533.647	1.421.702	1.166.005	1.302.255
Justiça Federal Comum	838.643	1.079.158	1.097.964	1.002.095	1.019.252	1.191.499	1.109.677	1.116.660	1.132.102	1.172.449
JEF's	0%	0%	0%	0%	25%	43%	58%	56%	51%	53%
Justiça Federal Comum	100%	100%	100%	100%	75%	57%	42%	44%	49%	47%

A presente análise dos dados, todavia, é mais restrita, envolvendo apenas os processos que tramitaram nos juizados especiais de Recife-PE. O universo pesquisado corresponde aos processos que tiveram ordens de pagamento (requisição de pequeno valor - RPV ou precatório) expedidas no ano de 2007, entre 01/01/2007 e 31/12/2007, e que envolveram direitos fundamentais sociais, aqui entendidos os referentes a benefícios previdenciários, assistenciais e à remuneração dos servidores públicos e militares.

Para que o processo fosse incluído na pesquisa, a respectiva RPV teve que ser expedida, ou seja, assinada pelo juiz no período acima referido, mesmo que o processo tenha iniciado nos anos anteriores a 2007. O que importou para a inclusão na pesquisa foi o ano do pagamento da condenação, entendido este como sendo o ano de expedição da RPV.

Sabe-se que as RPV's vêm sendo pagas na Justiça Federal no prazo de até 60 (sessenta) dias da data da expedição, de forma que para os efeitos da pesquisa o pagamento presume-se ocorrido sempre no mesmo ano da expedição, ainda que, efetivamente, para as

RPV's expedidas nos meses de novembro e dezembro de 2007, o pagamento real tenha ocorrido no início do ano de 2008.

Por fim, para a medição do tempo de tramitação dos processos, só foram analisados os processos com sentença favorável aos particulares, pois só nesse caso é possível medir o tempo necessário para a concretização de direitos fundamentais, na medida em que, nos casos de improcedência do pedido, na verdade não houve a realização judicial de um direito fundamental, mas antes ocorreu a negação da existência desse direito, considerada a situação *in concreto* da parte demandante, que não se subsumia a um direito fundamental reconhecido pelo ordenamento.⁴⁸⁷

Em suma, os critérios para a delimitação dos processos pesquisados foram os seguintes:

- a) processos que tiveram sentença favorável aos cidadãos e foram pagos no ano de 2007, ou seja, com RPV expedida no referido ano;
- b) processos nos quais foram discutidos direitos fundamentais sociais (previdenciários, assistenciais e questões salariais dos servidores federais).

A partir dos dados extraídos do sistema informatizado de processo eletrônico dos juizados especiais federais da 5ª Região da Justiça Federal, denominado de Sistema Creta, foi possível localizar o total de 5.330 (cinco mil trezentos e trinta) requisições de pequeno valor (RPV's) expedidas no ano de 2007, entre 1º de janeiro e 31 de dezembro

⁴⁸⁷ A título ilustrativo, a velocidade de julgamento dos processos em geral, no âmbito dos juizados especiais federais de Recife, incluindo tanto os processos com sentença procedente como os com sentença improcedente, é da seguinte ordem: 117 dias, conforme extrato do sistema informatizado denominado CRETA tirado em 02/12/2008. Disponível em: <<http://ww1.jfpe.gov.br/cretape/>>.

do referido ano, pelos três juizados especiais federais de Recife-PE e que se referem às prestações pecuniárias de direito fundamental social.⁴⁸⁸

Antes da análise dos prazos de tramitação, para uma melhor contextualização dos dados, procurou-se ilustrar outros aspectos quantitativos dos juizados em relação a fatos relevantes, como: o tipo do direito pleiteado; a existência ou não de acordo para a solução do litígio, para verificar se a finalidade de conciliação dos juizados especiais está sendo atendida; se houve ou não a intervenção de advogado habilitado, no sentido de esclarecer se há uma maior facilidade de acesso à Justiça pelos particulares; o valor das requisições expedidas, que indica a importância econômica dos juizados na área de atuação; e a realização ou não de audiência de conciliação.

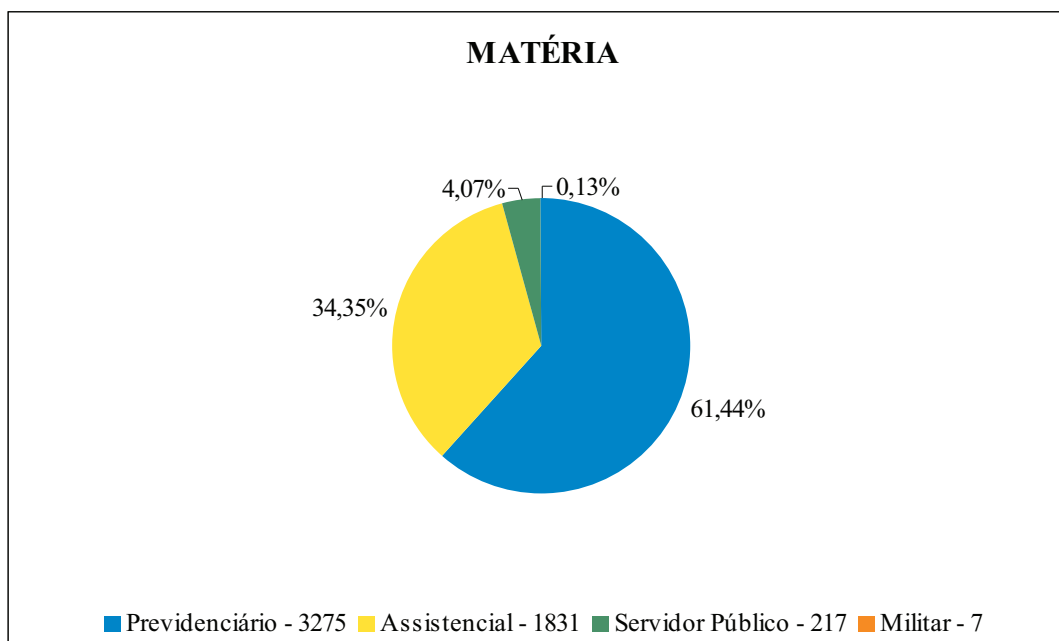
O primeiro item analisado diz respeito ao tipo de direito social pleiteado, que pode ser de 4 (quatro) espécies para os fins do presente estudo: direito de caráter previdenciário, assistencial, remuneratório de servidor público e de servidor militar:

A seguinte tabela mostra a repartição das RPV's segundo a classificação proposta, ficando claro que a grande maioria dos direitos sociais reconhecidos pelos Juizados Especiais Federais diz respeito a benefícios previdenciários (cerca de 61,44%). Esses processos envolvem tanto a concessão de novos benefícios previdenciários, como a revisão do valor de pagamento dos mesmos. Em relação aos direitos de natureza assistencial, todos os processos estudados dizem respeito à concessão do benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição Federal, ou seja, ao direito ao pagamento mensal de uma prestação de um salário mínimo para os idosos ou deficientes pobres:

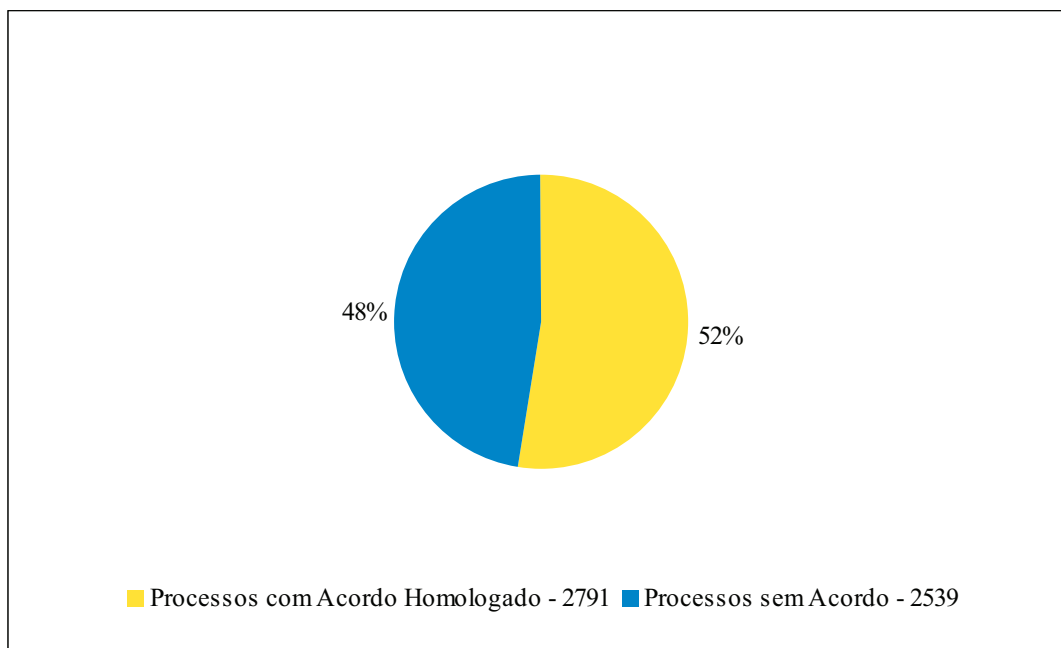
Matéria		
Previdenciária	3.275	61,44%
Assistencial	1.831	34,35%

⁴⁸⁸ Os dados foram extraídos do Sistema Processual CRETA, em uso na 5ª Região da Justiça Federal, Versão 3.3, por meio de rotinas executadas pela equipe de informática que presta assessoria técnica ao TRF da 5ª Região. Disponível em: <<http://ww1.jfpe.gov.br/cretape/>>.

Remuneração público	217	4,07%
Remuneração militar	7	0,13%
Total	5.330	100,00%

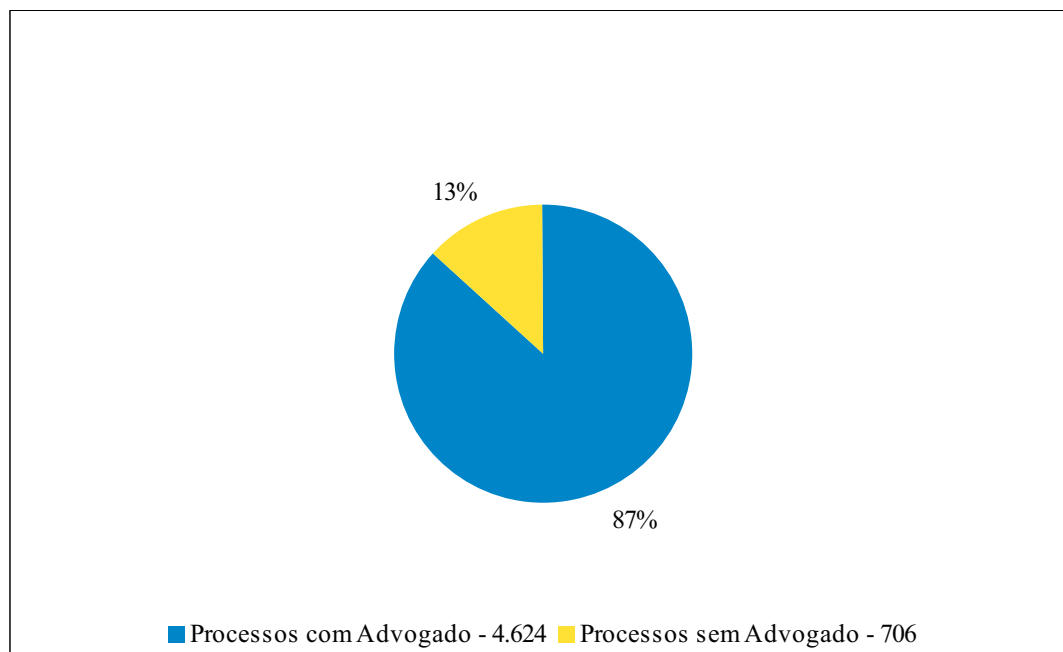


No que pertine à eficácia do sistema de conciliação, percebe-se de plano que uma parte relevante, ou seja, mais da metade dos processos analisados (52% - cinquenta e dois por cento), foi resolvida por meio de transação judicial, conforme mostra a tabela a seguir:



Trata-se sem dúvida de número de grande relevância, pois comprova o forte potencial dos juizados especiais federais no sentido de uma Justiça mais célere e efetiva, devendo-se tal resultado à norma do art. 10, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001, que autoriza, de forma expressa, os advogados públicos a celebrar acordos para a resolução de controvérsias de pequena monta. E o sucesso dessa norma também só pode ocorrer em face da nova mentalidade conciliatória instaurada no âmbito da Justiça Federal, que impregnou magistrados, funcionários, advogados e as próprias partes, que preferiram resolver logo suas pendências jurídicas, mesmo que à custa de uma perda econômica parcial de seu direito.

A título ilustrativo, também é importante mostrar o quantitativo de processos que foram ajuizados sem a atuação de um advogado legalmente constituído, sendo que 13% (treze por cento) dos processos estudados não necessitaram da atuação de advogados.



No que pertine ao montante pago pelo Estado para saldar as RPV's, temos os seguintes números:

Valor Total do Pagamento (RPV/Precatório): R\$ 38.621.475,23

Valor Médio do Pagamento (RPV/Precatório): R\$ 7.246,06

Esses números refletem a importância econômica dos juizados especiais federais em Recife e Região Metropolitana, pois houve um ingresso na economia local de quase 40 milhões de reais em um ano. Por outro lado, o valor médio de pagamento das RPV's foi da ordem de 7 mil reais, aproximadamente, que não é valor desprezível considerando-se que boa parte da clientela dos juizados especiais federais é de pessoas com escassos recursos financeiros.

A propósito, vale registrar que há estudo mostrando que, no âmbito da 3ª Região da Justiça Federal⁴⁸⁹, o valor total das RPV's pagas no ano de 2004 foi superior a dois bilhões de reais, quantia essa

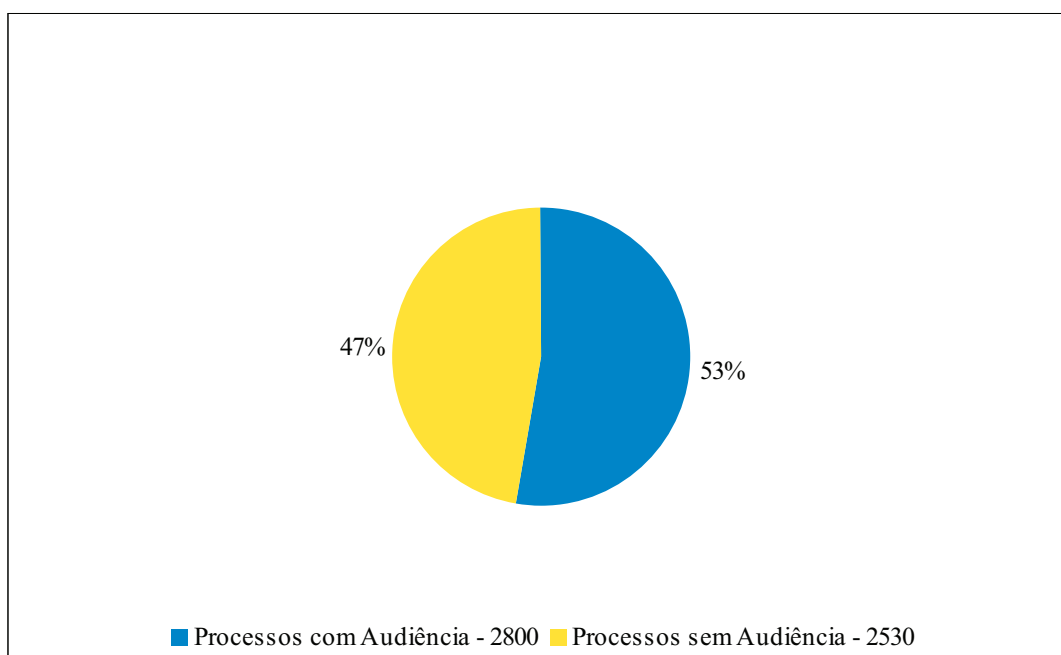
⁴⁸⁹ Abrange São Paulo e Mato Grosso do Sul.

superior à totalidade dos precatórios pagos no mesmo ano em toda a Justiça Federal, incluindo-se os precatórios originados de São Paulo.⁴⁹⁰

Tal dado mostra a força econômica dos juizados especiais federais, os quais, ao concretizarem direitos fundamentais sociais, permitiram o ingresso de cifras relevantes na economia nacional.

Outro parâmetro importante pesquisado consistiu no quantitativo de processos que demandaram a realização de audiência, sendo que parte considerável dos processos, aproximadamente 47% (quarenta e sete por cento), dispensou a realização do referido ato processual.

Processos com Audiência	2.800	53%
Processos sem Audiência	2.530	47%



Tal número reflete, com toda a certeza, a realidade específica das causas em tramitação na Justiça Federal, as quais muitas vezes tratam de grandes questões de direito federal, que não apresentam a necessidade de produção de prova em audiência, como, por exemplo,

⁴⁹⁰ COSTA, Yvete Flávio da; SOUZA, Peterson de. A efetividade do Processo nos Juizados Especiais Federais. *Revista Direito Federal*, a. 23, n. 83. p. 259-266, Brasília: AJUFE, jan./mar. 2006, p. 264.

ocorre nos processos de revisão do valor dos benefícios previdenciários ou de concessão de reajuste salarial para os servidores públicos.

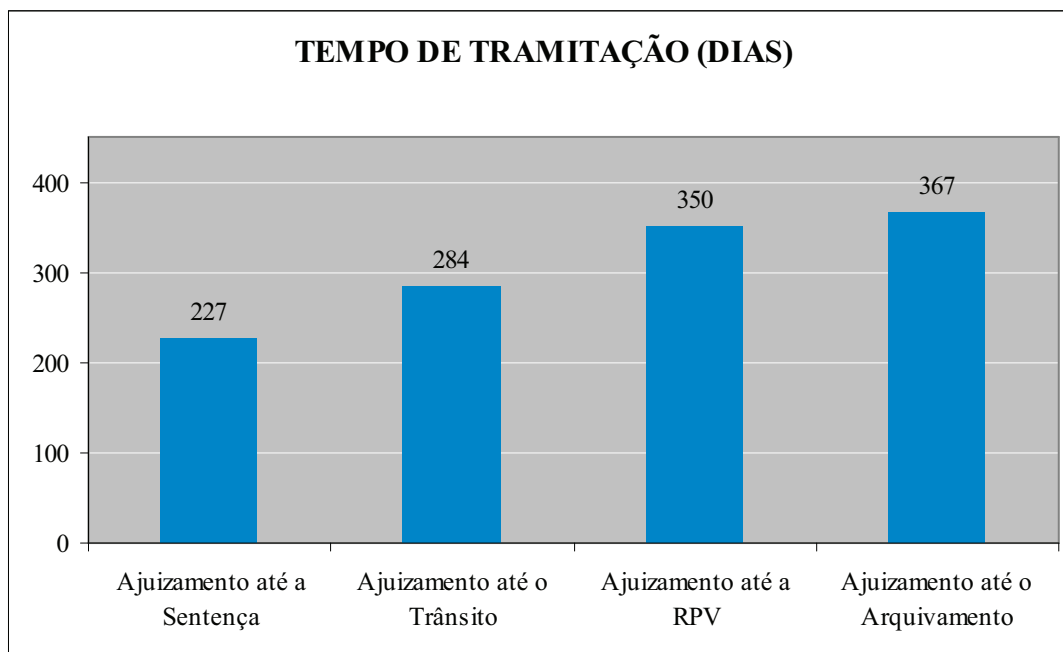
Nesses tipos de demandas judiciais, em regra, não há necessidade de realização de audiência para a oitiva do depoimento pessoal e de testemunhas, bastando a análise do ordenamento jurídico e de documentos anexados pelas partes.

Por fim, cabe analisar os resultados diretamente relacionados com o objetivo final da pesquisa, que era o de medir a velocidade de tramitação dos processos dos juizados especiais federais, no que pertine às causas envolvendo direitos sociais.

Para tanto, estabeleceu-se 4 lapsos processuais e procurou-se medir o tempo de tramitação em cada um deles: o primeiro, cobre o período intermediado entre a data do ajuizamento e a prolação da sentença; o segundo, entre o ajuizamento e o trânsito em julgado; o terceiro, a partir do ajuizamento até a expedição da ordem de pagamento e o quarto, por fim, do ajuizamento até o arquivamento do processo.

A partir dos dados colhidos do Sistema Creta, constatou-se os seguintes prazos de tramitação dos processos, como mostram os quadros abaixo:

Data do ajuizamento até a sentença	227
Data do ajuizamento até o trânsito em julgado	284
Data do ajuizamento até a expedição da RPV	350
Data do ajuizamento até o Arquivamento	367



Os resultados mostram que o tempo de tramitação total dos processos dos juizados especiais federais envolvendo direitos sociais, considerando-se o lapso compreendido entre o ajuizamento da ação e o arquivamento é, em média, um pouco superior a um ano, ou seja, de 367 dias.

Vale ressaltar que, dentro desse período, ocorrem todos os atos processuais necessários à entrega efetiva da prestação jurisdicional em concreto, a saber: cadastramento e distribuição, citação, perícia (se for o caso), audiência (quando cabível), sentença, julgamento de eventual recurso, realização do cálculo e o pagamento do direito social demandado.

Já em relação à expedição da RPV, o tempo de tramitação resta um pouco inferior a um ano, por volta de 350 dias. Note-se que o trânsito em julgado nos processos pesquisados tem ocorrido em prazo razoavelmente inferior, ou seja, em cerca de 284 dias, mais ou menos, sendo que a demora verificada entre essa data e a expedição da RPV justifica-se pela necessidade de elaboração de cálculo ou também pelo tempo demandado para a implantação da obrigação de fazer, que pode ocorrer antes da RPV, no caso de necessidade de apurar o valor da

renda mensal inicial do benefício previdenciário antes da realização dos cálculos.

A comparação desses dados com os prazos de tramitação das varas federais comuns e também dos processos judiciais em geral, notadamente na Justiça Comum, mostra que o arcabouço normativo dos juizados especiais federais está de acordo com o princípio da razoável duração do processo, já que o prazo de um ano não pode ser considerado excessivo ou fora de um parâmetro "razoável". De fato, se o pagamento da condenação dá-se dentro do período de 367 dias, tal significa que os avanços trazidos pelas Leis ns. 9.0995/95 e 10.259/2001 permitem o alcance da celeridade processual.

Por outro lado, é fato notório que processos judiciais em varas ordinárias costumam tramitar por longos anos, como se nota também da extensa literatura jurídica sobre o tema no Brasil, de modo que o microssistema processual dos juizados especiais federais pode ser considerado de boa qualidade e estimulado para abarcar cada vez mais competências, desde que, evidentemente, acompanhada de uma infraestrutura material e humana adequada.

Pode-se afirmar, portanto, no que se refere aos direitos fundamentais sociais que usualmente são pleiteados nos juizados especiais federais, os processos em tramitação têm atendido ao direito à duração razoável, já que o prazo de cerca de um ano para a tramitação total do feito, até a data do pagamento da condenação, não pode ser considerado fora dos padrões razoáveis, mesmo em comparação à duração de processos que tramitam na Justiça de países desenvolvidos.

De fato, como visto antes, mesmo no âmbito dos países do Conselho da Europa, há processos envolvendo direitos sociais que duraram longos anos e que, por isso, a Corte Européia de Direitos Humanos vem determinando o pagamento de indenização aos indivíduos lesados pela demora excessiva.

Conclusões

Os direitos fundamentais – que hoje podem ser compreendidos como a positivação dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos – surgem de forma paulatina na história humana, pelo menos desde a Idade Média, na qual ideais de liberdade e justiça exercitáveis contra os soberanos já começavam a se delinear.

Estes direitos básicos de liberdade e igualdade perante a lei serviram-se dos ideais iluministas apresentados nos Séculos XVI a XVIII para se transformarem nos direitos humanos universais que passaram a ser inscritos nos textos constitucionais dos primórdios do constitucionalismo, notadamente nos Estados Unidos da América e na França revolucionária do Século XVIII, onde se previu que para que existisse uma constituição haveria de se prever a garantia de direitos, como nos mostra o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Já os direitos fundamentais sociais evoluem posteriormente aos direitos liberais e são considerados direitos relacionados ao princípio da igualdade fática na comunidade política e estão intimamente conectados ao princípio da solidariedade social que deve reger uma comunidade de pessoas livres e iguais.

Eles surgem como reação jusfilosófica contra a perspectiva radical dos direitos liberais clássicos, que não cumpriram de modo perfeito com os ideais de igualdade exigidos pelo princípio da solidariedade social e antes atendiam apenas aos interesses burgueses preocupados tão-somente com a liberdade individual, a qual lhes permitiu o amplo desenvolvimento como classe social dominante e que gerou, como conseqüência, graves problemas sociais em relação às classes trabalhadoras, não detentoras do capital.

Assim, e também com fundamento nas doutrinas socialistas, os direitos sociais, econômicos e culturais aos poucos

passaram ser inseridos em textos constitucionais, como no caso da Carta do México de 1917 e também na Constituição de Weimar de 1919, sofrendo um retrocesso no período das grandes Guerras Mundiais.

No Pós-Guerra, entretanto, com a predominância do Estado Social e Democrático de Direito na maior parte da Europa e o restabelecimento do valor da dignidade humana na comunidade internacional chocada pelos horrores nazistas, os direitos sociais foram sendo largamente reconhecidos e efetivados no chamado "primeiro mundo", sem prejuízo da concretização dos direitos liberais tradicionais, não esquecidos pela doutrina do Estado Social de Direito.

Também no plano do Direito Internacional deu-se o reconhecimento paulatino dos direitos sociais, econômicos e culturais, havendo, atualmente, uma tendência à universalização dos direitos humanos e a uma maior interdependência entre o Direito Internacional, que se pretende mais efetivo e dotado de efeitos práticos, e as constituições locais. De fato, o exemplo do Conselho da Europa mostra que é possível a aplicação direta de textos normativos internacionais – no caso, a Convenção Europeia de Direitos Humanos – no âmbito dos países integrantes, inclusive por meio de conseqüências diretas, como mostram, por exemplo, as condenações que vêm sendo aplicadas aos Estados europeus pela Corte Europeia dos Direitos do Homem, especialmente quando o tema é a razoável duração do processo.

No que tange ao problema da eficácia normativa dos direitos fundamentais sociais, convém ressaltar que ela apresenta características peculiares, pois a maioria desses direitos envolve a exigência de oferecimento de prestações jurídicas e materiais por parte do Estado, ao contrário do que ocorre com os direitos individuais liberais, que, em regra, apenas exigem abstenções estatais.

É certo, entretanto, que os direitos fundamentais sociais podem, de acordo com certas limitações materiais, serem pleiteados judicialmente, ainda que a eficácia integral ou direta dos

direitos não seja totalmente aceita no que pertine aos direitos prestacionais. Todavia, a tendência, pelo menos no âmbito da jurisdição constitucional brasileira, é a aceitação da eficácia direta dos direitos sociais, notadamente o direito à saúde o à educação.

E essa tendência se justifica pelo fato de que os direitos fundamentais sociais, tal como previsto na Carta Política de 1988, ostentam um caráter de fundamentalidade de similar dimensão ao dos direitos liberais clássicos, ou seja, os chamados direitos de defesa contra o arbítrio estatal.

O constitucionalismo moderno pátrio caminha – sob os influxos, especialmente, das doutrinas constitucionais europeias do Pós-Guerra, hauridas do ambiente democrático lá prevalecente na segunda metade do Século XX - no sentido da busca da maior efetividade das normas constitucionais, que tendem a ser interpretadas de forma menos positivista e dogmática. A nova interpretação constitucional decorre do amplo sistema de valores humanos e sociais colhidos racionalmente e acolhidos pelas constituições democráticas modernas e, especialmente, pela Constituição Federal de 1988, o que tem levado a parcela da doutrina e a jurisprudência a admitir uma forte intervenção do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais prestacionais, sem, contudo, operar-se o abandono dos princípios da soberania popular e da separação dos poderes.

E outro não poderia ser o caminho a ser seguido, pois é norma expressa da Constituição de 1988 que os direitos fundamentais têm “aplicação imediata” (art. 5º, § 1º), de forma que, portanto, o legislador ordinário e os governos de ocasião estão plenamente vinculados aos direitos fundamentais.

Em que pese a discricionariedade legislativa constituir-se de característica ainda presente na teoria juspolítica moderna, ela é temperada e mitigada pela forte vinculação do legislador aos direitos fundamentais reconhecidos pelo pacto normativo supremo da coletividade.

E um dos limites à intervenção do Poder Judiciário constitui-se da chamada “cláusula da reserva do possível”, que apresenta dois aspectos: o fático e o jurídico, mas que não implica em óbice absoluto à concretização judicial de direitos sociais, conforme, aliás, vem decidindo o Supremo Tribunal Federal em determinadas matérias, o qual parece exigir que a ausência de recursos financeiros para a realização do direito tem que ser demonstrada de forma clara pelo Estado em cada caso concreto.

Ressalte-se, inclusive, que a jurisprudência recente da nossa Corte Suprema vem conferindo uma maior efetividade aos direitos sociais que demandam a entrega pelo Estado de prestações materiais positivas na área de saúde e de educação, o que merece elogios, tendo em vista a nossa grande desigualdade social e a tradicional e notória deficiência dos administradores públicos no tema.

Assim, portanto, a concretização judicial desses direitos atende à desejada “força normativa da constituição”, além de impelir os agentes públicos a melhor cuidar dos serviços públicos essenciais, sob pena de sofrerem o controle jurídico da própria comunidade prejudicada, por meio de ações judiciais dotadas de força condenatória e não meramente sugestiva.

No que tange à concretização judicial dos direitos fundamentais sociais, destacam-se a instituição jurídica dos juizados especiais federais, por meio dos quais direitos sociais podem ser, de modo e tempo razoáveis, perseguidos judicialmente.

Os juizados especiais federais foram criados pela Lei n. 10.259/2001, em cumprimento ao mandamento constitucional do art. 98 da CF/88. A referida lei introduziu na Jurisdição Federal pátria enormes modificações, rompendo com paradigmas formalistas, burocráticos e elitistas que sempre acompanharam a imagem da Justiça Federal desde sua criação, tendo em vista que esta era reconhecida como uma Justiça mais afastada da sociedade e dos problemas do dia-a-dia da comunidade.

Ao adaptar a Justiça Federal para a realidade dos então existentes juizados especiais estaduais criados pela Lei n. 9.099/95, a Lei n. 10.259/2001 permitiu uma maior celeridade processual por meio da criação de um rito simplificado, informal, e dinâmico – que inclusive proporcionou a aplicação de idéias criativas pelos juízes e servidores em prol da maior efetividade processual - e também pelo afastamento dos privilégios processuais da Fazenda Pública.

A simplificação e celeridades processuais no âmbito da Justiça Federal implicaram na aproximação desta com as camadas menos favorecidas da população, notadamente aqueles indivíduos que necessitam de auxílio pecuniário do Estado para uma sobrevivência digna.

Os resultados imediatos comprovaram o sucesso da iniciativa legal e, automaticamente, estimularam o redirecionamento das demandas de competência da Justiça Federal das varas federais tradicionais para o novo microssistema processual, que atualmente recebe mais processo do que todas as outras varas federais cíveis comuns, criminais e de execução fiscal.

Passados mais de 6 (seis) anos da instalação efetiva dos juizados especiais federais, pode-se claramente concluir pelo seu sucesso, notadamente no que se refere à celeridade processual. Em que pese a existência de problemas menores pendentes que ainda interferem na efetividade processual, não se pode desmerecer trabalho do legislador e também do Poder Judiciário na implantação desse novo microssistema processual.

De fato, o presente estudo das estatísticas oficiais mostra que, pelo menos no âmbito dos juizados especiais federais de Recife-PE, os processos envolvendo direitos sociais e que têm sentença favorável aos particulares estão sendo finalizados em aproximadamente um ano (367 dias, em média), inclusive com o pagamento do valor da condenação dentro desse período. Em alguns casos, questões previdenciárias relacionadas a benefícios por incapacidade podem ser resolvidas em menos de 8 meses, quando ocorre a conciliação em

audiência ou quando o INSS não interpõe recurso contra a sentença de procedência, tendo em vista a inexistência de reexame necessário.

E a experiência mostra que isto ocorre com muita frequência, ao contrário do que sucedia quando o direito ao benefício previdenciário era discutido em ação ordinária nas varas federais, sujeita ao reexame necessário e aos demais trâmites burocráticos, o que muitas vezes levava o processo a durar anos.

O microssistema dos juizados especiais federais tem amplo respaldo no princípio constitucional da razoável duração do processo, positivado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, o qual goza de eficácia imediata, tendo em visto o seu *status* de direito-garantia fundamental, na forma do § 1º do art. 5º da Carta Política de 1988.

Por outro lado, pode-se considerar que o princípio da celeridade processual já se encontrava presente no texto constitucional antes mesmo da referida emenda constitucional, tendo em vista sua adequação ao conteúdo normativo do direito fundamental ao amplo acesso à Justiça ou mesmo do devido processo legal, que já amparavam o direito ao processo célere e efetivo antes da positivação levada a efeito recentemente.

Daí decorre que deve ser rechaçada qualquer tentativa de diminuição da abrangência dos juizados especiais federais ou mesmo de alteração de aspectos normativos pontuais que possam reduzir o potencial de celeridade atualmente incrustado no microssistema processual. Pode-se falar até mesmo na existência de uma "proibição de retrocesso"⁴⁹¹ constitucional quanto à proteção processual conferida aos cidadãos, especialmente os hipossuficientes, pelo sistema dos juizados especiais federais.

Deve-se lembrar que, nos juizados especiais federais, ao contrário do que sucede nos juizados especiais estaduais, há uma forte demanda de direitos sociais - notadamente dos direitos previdenciários e

⁴⁹¹ Sobre a proibição do retrocesso, oriunda da tradição jurisprudencial constitucional germânica, Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 442 e segs.

assistenciais - por parte das camadas menos favorecidas da população, de forma que o sistema processual não pode retroceder em termos de resultados, sob pena de violação de direitos sociais básicos que relacionam-se fortemente com o princípio da igualdade material e, portanto, com a própria dignidade humana.

Pelo contrário, o sistema dos juizados especiais federais ainda pode ser aperfeiçoado em favor de uma ainda mais célere prestação jurisdicional, notadamente por meio de melhorias legais e estruturais, tais como: diminuição das possibilidades de interposição de recursos para a Turma Nacional de Uniformização ou para o STJ, ainda previstas pela Lei n. 10.259/2001; restrições materiais para a admissão de recursos para as instâncias nacionais, como, *ex. gr.*, a instituição de uma "repercussão geral"; previsão de maior verba orçamentária para o pagamento de peritos médicos; melhoria da Defensoria Pública da União (instituição essencial à função jurisdicional do Estado, na forma dita pelo art. 134 da CF/88), que é condição fundamental para a efetiva defesa judicial dos hipossuficientes, por meio da contratação de um maior número de defensores públicos e também pela reestruturação material do órgão; maior avanço na mentalidade conciliatória dos advogados da União, que não acompanharam o perfil conciliador e altamente elogiável dos procuradores do INSS ou dos advogados da Caixa Econômica Federal.

Apesar das imperfeições ainda existentes, os resultados analisados indicam que o fortalecimento dos juizados especiais federais é o "caminho certo" a seguir para uma melhor prestação jurisdicional no âmbito da Jurisdição Federal.

E o exemplo dos juizados especiais federais pode ser seguido pelos juizados especiais estaduais, principalmente pela admissão da Fazenda Pública como ré, a ser feita mediante alteração legislativa, e pela utilização de modernos sistemas de informática em prol da celeridade e desburocratização do processo.

Os juizados especiais federais, portanto, consistem em sistema processual adequado ao atendimento, no âmbito da Justiça

Federal, da garantia fundamental da razoável duração do processo, conforme previsão expressa do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

E a razoável duração do processo tem grande importância nos processos que envolvem os direitos sociais fundamentais, tendo em vista a finalidade específica desses direitos, que é a de equalização das desigualdades humanas, único meio de se atingir o pleno desenvolvimento de uma comunidade política justa, fundada no princípio da dignidade humana.

Referências

AARNIO, Aulis. *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social: Ensayos sobre Filosofía Del Derecho*. México D.F.: Distribuciones Fontamara, 1995.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales: Madri, 1997.

_____. *Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales*. México D. F.: Distribuciones Fontamara, 2005.

_____. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. A efetividade como axiologia: premissa obrigatória para um processo célere. In: FUZ, Luiz; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 146-152.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. São Paulo: RT, 1999.

ALVIM, J. E. Carreira. *Juizados Especiais Federais*. Forense: Rio de Janeiro, 2002.

ALVIM, J. E. Carreira. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais. Lei 9.099/95*. Curitiba: Juruá, 2003.

ALVIM, J. E. Carreira; ALVIM, Luciana Gontijo Carreira. *Comentários à Lei dos juizados especiais federais cíveis*. Curitiba: Juruá, 2005.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais no Século XXI*. Disponível em: < <http://www.georgelima.xpg.com.br/andrade.pdf>>. Acesso em: 26/10/2007.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

ARANGO, Rodolfo. Direitos Fundamentais Sociais, Justiça Constitucional e Democracia. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 56, p. 89-103, Porto Alegre: Livraria do Advogado, set./dez. 2005.

ARAÚJO, Eugênio Rosa de. O princípio da reserva do possível e ponderação com regras a ele pertinentes: viagem na irrealidade do cotidiano financeiro. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n. 15, p. 19-34, 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Jurisdição Constitucional da Liberdade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 1-41,

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: *Interpretação constitucional*. SILVA, Virgílio Afonso da (org.). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 271-316.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 49-118.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, ano 15, n. 58, p. 129-173, jan./mar. 2007.

BARRUFFINI, Frederico Liserre. Possibilidade de efetivação do direito à razoável duração do processo. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 31, n. 139, p. 265-279, set. 2006.

BAYÓN, Juan Carlos. *Derechos, democracia y constitucion*. Disponível em: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12925071916700495109213/discusiones1/Vol1_05.pdf>. Acesso em: 13/05/2007.

BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista do Ministério Público*, n. 53, mai./set./2004, Porto Alegre.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.

BOCHENEK, Antônio César. *Competência Cível da Justiça Federal e dos Juizados Especiais Federais*. São Paulo: RT, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUZ, Luiz; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 662-683.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, a. 17, n. 65, jan./mar. 1992.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1988.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos juizados especiais cíveis*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DIMAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. Malheiros: São Paulo, 2007.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. A função realizadora do Poder Judiciário e a realização das políticas públicas no Brasil. *Revista Direito Federal*. a. 22, n. 78. Brasília: AJUFE, out./dez. 2004, p.75-106.

COSTA, Yvete Flávio da; SOUZA, Peterson de. A efetividade do Processo nos Juizados Especiais Federais. *Revista Direito Federal*, a. 23, n. 83. p. 259-266, Brasília: AJUFE, jan./mar. 2006.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo* 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

DANTAS, Frederico Wildson Lacerda. Universalismo versus relativismo cultural: a afirmação universal dos direitos humanos no âmbito do Direito Constitucional Internacional. *Revista da Escola da Magistratura Federal da 5ª Região*, n. 14, mar. 2007.

_____, Frederico Wildson Lacerda. O princípio constitucional da inafastabilidade: estudo com enfoque no ativismo judicial. *Revista da Escola da Magistratura Federal de Pernambuco*, Recife: TRF da 5ª Região, n. 17, p. 83-113, mar. 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos Juizados Cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIPPEL, Horst. *Constitucionalismo moderno. Introducción a uma Historia que necesita ser escrita*. Disponível em: <<http://hc.rediris.es/06/articulos/html/numero06.html>>. Acesso em: 27/03/2007.

DIPPEL, Horst. *História do Constitucionalismo Moderno: novas perspectivas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

FACHIN, Luís Edson. Defesa da Constituição, Cortes Supremas e Estado Social Democrático. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, ano II, n. 3, p. 100-105, abr. 2007.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Direito à saúde, escassez e o Judiciário. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 10 ago. 2007, Opinião, Caderno A3.

FERRY, Luc. *Aprender a viver: filosofia para os novos tempos*. Objetiva: Rio de Janeiro, 2007.

FRISCHEISEN. Luíza Cristina Fonseca. A Constituição Brasileira de 1988 e a justiciabilidade dos direitos sociais. *Revista Direito Federal*. a. 20, n. 68. Brasília: AJUFE, out./dez. 2001, p. 263-268.

GARCIA, Emerson. Princípio da Separação dos Poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. *Revista Direito Federal*. a. 23, n. 81. Brasília: AJUFE, out./dez. 2005, p.115-146.

GRECO, Leonardo. A reforma do Poder Judiciário e o acesso à justiça. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 27. São Paulo: Dialética, jun./2005, p. 67-87.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. V. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e Direito Subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.

HÄBERLE. Peter. Novos horizontes e desafios do constitucionalismo. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, p. 67-86, abr./jun./2007.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *O princípio da razoável duração do processo: propostas para sua concretização nas demandas cíveis*. Dissertação de Mestrado apresentada junto à Faculdade de Direito da UFPE. Recife: aprovada em 24/03/2008.

LEIVAS. Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA, George Marmelstein. *Proteção Judicial dos Direitos Fundamentais: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha*. Disponível em <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/alemanha.pdf>>. Acesso em: 06/08/2007.

LUÑO, Antonio-Henrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madri: Editorial Tecnos, 2007.

MACHADO, Agapito. A nova reforma do Poder Judiciário. *Revista Direito Federal*, a. 23, n. 79. Brasília: Bookseller, mar./abr./mai. 2005, p. 59-88.

MAIA, Antônio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 09/08/2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. vol. 1, 2. ed., São Paulo: RT, 2007.

MARTÍNEZ. Gregorio Peces-Barba. *Derechos Sociales y Positivism Jurídico: Escritos de Filosofía Jurídica y Política*. Madri: Dykinson, 1999.

MARTÍNEZ. Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MELLO, Cláudio Ari. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 56, p. 105-138, Porto Alegre: Livraria do Advogado, set./dez. 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. Integração Social e Perspectivas da Democracia. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del Rey: 2006, p. 461-477.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Derechos liberales y derechos sociales*. Disponível em: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01361620824573839199024/cuaderno15/volII/doxa15_09.pdf>. Acesso em: 05/07/2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo processo civil brasileiro*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos. v. 8. São Paulo: RT, 2005.

NOBRE Jr., Edílson Pereira. Juizados Especiais Federais. *Revista Direito Federal*. a. 21, n. 72. Brasília: AJUFE, out./dez. 2002, p. 123-154.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 100, vol. 372, p. 77-86, mar./abr. 2004.

OLIVEIRA, Rodrigo Navarro de. A avaliação de produtividade dos juízes federais e as causas limitadoras da prestação jurisdicional. *Revista do Centros de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, ano X, n. 32, p. 57-65, mar. 2006.

PEREIRA, Guilherme Bollorini Pereira. *Juizados Especiais Federais Cíveis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 119-192.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RAMOS. André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, Carlos Enrique. A promessa de duração razoável do processo e o Direito Processual Público. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 32. São Paulo: Dialética, nov./2005, p. 21-31.

REINALDO Filho, Demócrito Ramos. *Juizados Especiais Cíveis: comentários à Lei n. 9.099/95*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 5, p. 439-461, jan./jun. 2005

ROCHA, Cesar Asfor. Justiça de qualidade. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 06 set. 2008. Opinião, p. A3.

ROCHA, Daniel Machado da (coord.). *Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio (coords.). *Curso de Especialização em Direito Previdenciário. Direito Previdenciário Constitucional. Vol. 1*. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SANTOS. Gustavo Ferreira. Direitos fundamentais e pré-condições da democracia. *Revista da Escola da Magistratura Federal do TRF da 5ª Região*. Recife: TRF da 5ª Região, n. 15, p. 151-157, ago. 2007.

SANTOS Filho, Orlando Venâncio dos. *A dogmatização da ampla defesa: óbice à efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

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

SILVA, José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 30, n. 125, p. 61-78, jul. 2005.

TOURINHO Neto, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 10.259, de 10/07/2001*. São Paulo: RT, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: AMARAL JR., Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia Maria (org.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999, p. 13-51.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões. Estado de Direito e fundamentalidade dos direitos humanos nos paradigmas liberal, social e democrático. *Revista Direito Federal*. a. 22, n. 77. Brasília: AJUFE, out./dez. 2004, p. 75-103.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FISCHER, Octávio Campos; FERREIRA, William Santos (coords.). *Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Madri: Minima Trotta, 2005.

ZARIF, Cláudio Cintra. Da necessidade de repensar o processo para que ele seja realmente efetivo. In: FUZ, Luiz; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 139-145.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Introdução ao Estudo do Direito*. Trad. Gercélia Mendes. Belo horizonte: Del Rey, 2006.