

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO**

Wagner Tenório Fontes

**O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO CONTINGENCIADO PELA
CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL APÓS 1988.**

**Recife
2011**

WAGNER TENÓRIO FONTES

**O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO CONTINGENCIADO PELA
CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL APÓS 1988.**

**Dissertação apresentada como requisito
parcial para obtenção do título de Mestre
em Direito.**

**Linha de Pesquisa: Jurisdição e Direitos
Humanos.**

**Orientador: Professor Doutor Gustavo
Ferreira Santos.**

Recife

2011

F683d

Fontes, Wagner Tenório

O direito fundamental à educação contingenciado pela cláusula da reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal após 1988 / Wagner Tenório Fontes ; orientador Gustavo Ferreira Santos, 2011.

173, [12] f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Curso de Mestrado em Direito, 2011.

1. Direitos fundamentais - Brasil. 2. Direito à educação - Brasil. 3. Juízes - Decisões. 4. Direitos humanos. I.Título.

CDU 342.7(81)

**O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO CONTINGENCIADO PELA
CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL APÓS 1988.**

Wagner Tenório Fontes

**Dissertação de Mestrado submetida à Banca Examinadora como requisito
final para obtenção do título de Mestre em Direito.**

Data: 04.04.2011.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor GUSTAVO FERREIRA SANTOS

Orientador

**Professor Doutor JOÃO PAULO FERNANDES DE SOUZA ALLAIN
TEIXEIRA**

Titular Interno

Professora Doutora THERESA CRISTINE DE ALBUQUERQUE NÓBREGA

Titular Externo

RECIFE

2011

DEDICATÓRIA

Para minha esposa Sandra e minha filha Mariah, que estão em tudo presentes na minha vida, em todos os momentos, dando-me irrestrito apoio e torcendo por mim com muito amor!

AGRADECIMENTOS

A Deus, nosso criador, que me tem dado, ao longo de minha vida, muitas demonstrações de sua existência!

A meus Pais, in memoriam: o Prof. Izamar Pancrácio Fontes, minha grande referência, que deu uma das maiores provas de amor à Família por mim conhecidas e que, por quase cinco décadas, dedicou sua vida também à Universidade Católica de Pernambuco, legando-lhe toda sua biblioteca, um acervo de milhares de livros de altíssima qualidade, tendo recebido o merecido reconhecimento pela Instituição, pelos demais docentes e pelos seus alunos, conforme, inclusive, inúmeras placas em sua homenagem afixadas nos corredores dessa respeitável Casa que ajudou a construir e a desenvolver, fazendo-o com absoluta correção, determinação, dedicação, disciplina e paixão; a Sra. Maria Tenório Fontes, do lar, cujo amor, carinho, força e incentivo nunca poderão ser esquecidos por mim!

A minha esposa Sandra e a minha filha Mariah, com quem conto para tudo, e vice-versa!

Ao Banco Central do Brasil, onde trabalho há quase 34 anos e que sempre me apoiou no meu trabalho e no meu desenvolvimento, verdadeira escola de vida!

À Universidade Católica de Pernambuco, onde adquiri conhecimentos importantes para minha vida, tanto na graduação em Ciências Contábeis (1984/1988), quanto na pós-graduação em Direito do Trabalho, e agora no Mestrado em Direito.

Aos meus Professores do Mestrado, que conseguiram passar valiosíssimos conhecimentos, motivação e exemplo, especialmente aos Professores Doutores Gustavo Ferreira Santos e Marcelo Labanca Correa de Araújo.

Aos meus colegas da 5ª. Turma, cuja união e talento foram fatores importantes na minha trajetória durante o curso.

Aos servidores da Unicap, pela dedicação com que desempenharam seu trabalho, de inegável importância para o êxito do curso.

RESUMO

O povo brasileiro, em sua larga maioria, não tem iguais oportunidades (igualdade material), exatamente porque não tem como usufruir de um processo educativo que viabilize seu pleno desenvolvimento enquanto pessoa, que o prepare para o exercício da cidadania e que o qualifique para o trabalho, tudo em ordem a torná-lo, não mero passageiro, mas condutor de sua vida. Como, então, inserir, de modo sustentável, o (Dever)-(Poder) Judiciário no processo de efetivação da política pública de Estado (e não meramente de Governo!) direcionada para a educação, tal como assimilada pelo texto constitucional, tendo em vista a omissão dos dois outros Deveres-Poderes, redimensionando - com razoabilidade, proporcionalidade e no limite - a exceção da “Reserva do Possível”? Segundo conhecido aforismo, “antes de pensar a reforma, é preciso reformar o pensamento”. Por isso, o trabalho se propõe a investigar a efetivação do direito fundamental à educação pela via da decisão judicial, enfrentando o obstáculo da chamada cláusula da reserva do possível. A idéia central é traçar um diagnóstico da posição do Supremo Tribunal Federal por meio de uma pesquisa empírica que consiga catalogar, por amostragem, decisões envolvendo o direito à educação e a reserva do possível julgadas na Corte após 1988. Com isso, a dissertação busca inicialmente trabalhar o significado atual do direito fundamental prestacional à educação, bem como o que é a reserva do possível aos olhos do Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, verificar se o discurso da reserva do possível é utilizado nos seus acórdãos de forma coerente pela própria Corte ou se é utilizado de maneira casuística, sem parâmetros de controle da decisão judicial. Outrossim, procura-se investigar se o exercício da jurisdição que encerra o direito prestacional se dá predominantemente pelo método difuso ou pelo método concentrado, bem como quem mais aciona a Suprema Corte em face de tal matéria. A dissertação também objetiva trazer para o debate a idéia de que, sendo a cidadania uma cláusula pétrea, não pode nem deve ficar à mercê de omissão ou inércia de qualquer dos Deveres-Poderes, até porque omissões assim violam, por via oblíqua, o art. 60, § 4º, da Constituição Federal. Ora, cláusulas pétreas apenas são modificáveis e/ou suprimíveis por atuação do dever-poder constituinte originário. Desse modo, havendo, por inércia do Dever-Poder inadimplente, uma supressão *de fato*, seja ela parcial ou total, de direito fundamental, surge, em contraponto, a necessidade de uma resposta institucional hábil à defesa da ordem pública, aqui entendida como o regular funcionamento dos deveres-poderes, e, porque não dizer, do próprio Estado,

ostentando o Judiciário a qualificação suficiente para dar essa resposta, com destaque para o Supremo Tribunal Federal, que tem por missão precípua a guarda da Lex Mater.

PALAVRAS-CHAVE: direito fundamental prestacional à educação – reserva do possível – decisão judicial.

SUMÁRIO

TÍTULO: O Direito Fundamental à Educação contingenciado pela Cláusula da Reserva do Possível na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal após 1988.

INTRODUÇÃO9

CAPÍTULO I – O DIREITO À EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL:

I.1	Direito fundamental , direito humano e direito dos homens: distinção.....	16
I.2	Crítica à chamada “teoria das gerações dos direitos fundamentais”.....	20
I.3	O direito fundamental à educação como um direito social prestacional.....	35
I.4	Visão atual de uma constituição dirigente e a eficácia dos direitos fundamentais.....	40
I.5	Eficácia e efetividade do direito à educação.....	84

CAPÍTULO II – A FUNCIONALIDADE PÓS-MODERNA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS DEVERES-PODERES: O DEVER- PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS COMPROMISSOS CONSTITUCIONAIS:

II.1	Concepção primitiva da separação dos deveres-poderes.....	95
II.2	A expansão do Dever-Poder Judiciário no Século XX.....	99
II.3	A nova interpretação constitucional.....	107
II.4	O direito fundamental de acesso à justiça.....	117
II.5	O chamado ativismo judicial.....	127
II.6	Inconstitucionalidade do “vácuo de dever-poder”.....	141

II.7 Política de Estado e política de Governo: limites à liberdade do Executivo em matéria de direito à educação.....	143
--	------------

CAPÍTULO III – Crítica à reserva do possível:

III.1 A reserva do possível na doutrina e na jurisprudência.....	145
III.2 O papel do Judiciário na aplicação do direito em ordem a induzir, conformar, transformar e libertar para o alcance dos compromissos constitucionais.....	155
III.3 O Judiciário na construção da reserva do possível: condicionando a qualidade do gasto público em prol da dignidade da pessoa humana.....	157

CAPÍTULO IV – Radiografia, por amostragem, de decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal sobre a efetivação do direito à educação de 1988 a 2010:

IV.1 Metodologia e critérios empregados para o levantamento dos dados.....	159
IV.2 Aspectos quantitativos e atores acionantes.....	159
IV.3 Desvelando as teses utilizadas nas decisões.....	161
IV.4 Síntese do posicionamento da Corte quanto ao objeto de estudo desta dissertação de mestrado.....	164

CONCLUSÃO.....	167
-----------------------	------------

BIBLIOGRAFIA.....	169
--------------------------	------------

INTRODUÇÃO

A exclusão ¹ social, o abandono e a falta de amparo da maioria do nosso povo ², que traduzem uma desumana indiferença e uma chocante falta de solidariedade, nos coloca a todos os incluídos na incessante condição de inadimplentes constitucionais por quebra, dentre outros, do dever de solidariedade ³, fazendo emergir uma reflexão sobre a importância da educação, tema a respeito do qual ninguém melhor do que Paulo Freire, este ilustríssimo brasileiro, para nos dar um adequado direcionamento sobre a visceral vinculação entre dignidade da pessoa humana e educação. Para ele:

Este é o dilema básico, que se apresenta, hoje, de forma iniludível, aos países subdesenvolvidos – ao Terceiro Mundo. A educação das massas se faz, assim, algo de absolutamente fundamental entre nós. Educação que, desvestida da roupagem alienada e alienante, seja uma força de mudança e de libertação. A opção, por isso, teria de ser também, entre uma ‘educação’ para a ‘domesticação’, para a alienação, e uma educação para a liberdade. ‘Educação’ para o homem-objeto ou educação para o homem-sujeito. ⁴

¹ Exclusão, aqui, como falta de participação no PIB, Produto Interno Bruto.

² Povo, aqui, no sentido tradicional de elemento constitutivo do Estado.

³ Constituição Federal, art. 3º, inciso I.

⁴ FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. 31 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008, p. 43. Ainda, pela importância com os objetivos desta dissertação, passa-se a transcrever o seguinte trecho do autor: “*Não há educação fora das sociedades humanas e não há homem no vazio. O esforço educativo que desenvolveu o Autor ...não nasceu, por isso mesmo, do acaso. Foi uma tentativa de resposta aos desafios contidos nesta passagem que fazia a sociedade. Desde logo, qualquer busca de resposta a estes desafios implicaria, necessariamente, numa opção. Opção por esse ontem, que significava uma sociedade sem povo, comandada por uma ‘elite’ superposta a seu mundo, alienada, em que o homem simples, minimizado e sem consciência desta minimização, era mais ‘coisa’ que homem mesmo, ou opção pelo Amanhã. Por uma nova sociedade, que, sendo sujeito de si mesma, tivesse no homem e no povo sujeitos de sua História. Opção por uma sociedade parcialmente independente ou opção por uma sociedade que se ‘descolonizasse’ cada vez mais. Que cada vez mais cortasse as correntes que a faziam e fazem permanecer como objeto de outras, que lhe são sujeitos. Este é o dilema básico, que se apresenta, hoje, de forma iniludível, aos países subdesenvolvidos – ao Terceiro Mundo. A educação das massas se faz, assim, algo de absolutamente fundamental entre nós. Educação que, desvestida da roupagem alienada e alienante, seja uma força de mudança e de libertação. A opção, por isso, teria de ser também, entre uma ‘educação’ para a ‘domesticação’, para a alienação, e uma educação para a liberdade. ‘Educação’ para o homem-objeto ou educação para o homem-sujeito. Todo o empenho do Autor se fixou na busca desse homem-sujeito que, necessariamente, implicaria em uma sociedade também sujeito. Sempre lhe pareceu, dentro das condições históricas de sua sociedade, inadiável e indispensável uma ampla conscientização das massas brasileiras, através de uma educação que as colocasse numa postura de auto-reflexão e de reflexão sobre seu tempo e seu espaço. Estava e está convencido o Autor de que a ‘elevação do pensamento’ das massas, ‘o que se sói chamar apressadamente de politização’, a que se refere Fanon, em *Los Condenados de La Tierra*, e que constitui para ele uma forma de se ‘ser responsável nos países subdesenvolvidos’, começa exatamente por esta*”

Nessa perspectiva e considerando sermos detentores de dever-poder ideológico (que tem, diga-se de passagem, de interagir com os deveres-poderes econômico e político), bem como na condição de trabalhadores do Direito (cuja nobre função social é viabilizar, para todos os cidadãos, uma vida digna em sociedade), cabe perguntarmos a nós mesmos o que poderemos fazer com o nosso conhecimento e com nossas habilidades em prol de uma sociedade livre, justa e solidária; como fazer do nosso conhecimento algo socialmente útil, levando o Direito a ser um instrumento promotor do pleno desenvolvimento das pessoas, preparando-as para o exercício da cidadania proativa e qualificando-as para o trabalho, saindo, assim, daquela postura canhestra de produção/reprodução de conhecimento para mero deleite da intelectualidade e vaidade de alguns poucos.

Aí estão, em breve síntese, as raízes da escolha do tema da dissertação, o que levará naturalmente ao enfrentamento de grandes questões ainda não equacionadas de maneira sólida, porque ainda não internalizadas culturalmente.

Vivemos, como de sabença comum, a pós-modernidade, o pós-positivismo, o neoconstitucionalismo, a constitucionalização do Direito ^{5 6}.

Reaproximação do Direito à Ética ⁷, com centralidade nos Deveres – Direitos ⁸ Fundamentais constitucionalizados ⁹; força normativa à Constituição, no

auto-reflexão. Auto-reflexão que as levará ao aprofundamento conseqüente de sua tomada de consciência e de que resultará sua inserção na História, não mais como espectadoras, mas como figurantes e autoras.

Nunca pensou, contudo, o Autor, ingenuamente, que a defesa e a prática de uma educação assim, que respeitasse no homem a sua ontológica vocação de ser sujeito, pudesse ser aceita por aquelas forças, cujo interesse básico estava na alienação do homem e da sociedade brasileira. Na manutenção dessa alienação. Daí que coerentemente se arregimentassem – usando todas as armas contra qualquer tentativa de esclarecimento das consciências, vista sempre como séria ameaça a seus privilégios. É bem verdade que, ao fazerem isto, ontem, hoje e amanhã, ali ou em qualquer parte, estas forças distorcem sempre a realidade e insistem em aparecer como defensoras do [Homem, de sua dignidade, de sua liberdade, apontando os esforços de verdadeira libertação como ‘perigosa subversão’, como ‘massificação’, como ‘lavagem cerebral’ – tudo isso produto de demônios, inimigos do homem e da civilização ocidental cristã. Na verdade, elas é que massificam, na medida em que domesticam e endemoniadamente se ‘apoderam’ das camadas mais ingênuas da sociedade. Na medida em que deixam em cada homem a sombra da opressão que o esmaga. Expulsar esta sombra pela conscientização é uma das fundamentais tarefas de uma educação realmente libertadora e por isto respeitadora do homem como pessoa. FREIRE, Paulo. Educação como prática da liberdade. 31 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008, p. 43 até 45.

⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁷ Ver, por exemplo, os seguintes artigos da Constituição Federal: 5º, incisos, V, X, XLIX e LXXIII; 12, inciso II, letra “a”; 14, § 9º; 37; 73, § 1º, inciso II; 94; 101; 104, Par. Único; e 114, inciso VI.

sentido de que deve ser efetivado tudo o que nela está; alargamento da jurisdição constitucional, através da criação de cortes constitucionais com deveres-poderes mais extensos e profundos¹⁰; novas categorias de interpretação constitucional; efeito expansivo das normas constitucionais, acarretando a redefinição e uma nova compreensão de diversos institutos jurídicos em diversos ramos do Direito, são algumas das principais características de nosso atual momento.

A dignidade da pessoa humana (a pessoa como integrante do gênero humano) é o foco, o valor-fonte de todos os demais valores jurídicos, o valor-fim, o valor supremo dos sistemas jurídicos de inspiração democrática, estando superado o retrocesso sofrido em decorrência do cientificismo positivista do século XIX. Finda a Segunda Guerra Mundial, as monstruosidades praticadas contra o ser humano deixaram muito claras as impropriedades não só da metafísica jusnaturalista, como também do afastamento ético levado a cabo pelo positivismo jurídico.

Traço fundamental de um regime democrático, a igualdade de oportunidades, essencial ao respeito à dignidade da pessoa humana, tem como uma de suas bases mais importantes a educação de qualidade para todos, sendo certo ainda que o livre arbítrio, característica que diferencia o ser humano de todos os demais seres, só se verifica efetivamente quando a pessoa tem informações adequadas para o exercício consciente de suas escolhas, patamar somente alcançável pela via da educação. Em outras palavras, negar educação de qualidade é, ao mesmo tempo, promover a desigualdade de oportunidades e subtrair do ser humano aquilo que ele tem de mais exclusivo, exatamente o livre arbítrio.

Com efeito, existe a necessidade de que se operem, em nossa sociedade, mecanismos de justiça distributiva aptos a partilhar os benefícios representativos da

⁸ Em todo este trabalho, daremos preferência à expressão “Dever-Poder” em substituição ao usual e constitucionalizado termo “poder”, bem como à expressão “Dever-Direito Fundamental” em vez de “Direito Fundamental”. No primeiro caso, a razão, tal como ensinaram Celso Antônio Bandeira de Mello e outros, decorre da minha plena convicção de que o poder é simplesmente um meio, uma ferramenta, um instrumento necessário e indispensável ao cumprimento do dever. Trata-se, portanto, de uma forma de conscientização da sociedade brasileira, especialmente daqueles investidos de qualquer parcela de dever-poder público, cujo foco deve estar voltado para as responsabilidades sociais a serem adimplidas, aspecto sobretudo importante em uma sociedade como a nossa, infelizmente impregnada secularmente pela cultura do patrimonialismo, no sentido e alcance que lhe foram atribuídos por Raymundo Faoro em sua obra “Os Donos do Poder – Formação do patronato político brasileiro”, 3. Ed. 8. Reimpressão. São Paulo: Globo, 2008. No segundo caso, a razão está no fato de que: a todo direito corresponde um dever; a vida em sociedade importa sempre em deveres e nos seus correlatos direitos; o respeito aos direitos dos outros culmina na paz social.

⁹ Ver Preâmbulo, Título I e Título II, todos da Constituição Federal.

¹⁰ Ver, por exemplo, na Constituição Federal, os artigos: 102, incisos I, letra “a”, e III, bem como seus §§ 1º e 2º; 103-A. Ver também as Leis: 9.868, de 10.11.99; 9.882, de 03.12.99; 11.417, de 19.12.06.

profunda desigualdade sócio-econômica. Tais benefícios também são integrados pelo conjunto de bens mínimos necessários ao desenvolvimento pleno das potencialidades dos cidadãos, um dos quais é a educação de qualidade, ponto central na afirmação dos direitos e deveres de Justiça.

Continua sendo imprescindível que o Estado ofereça uma educação de qualidade, cujo objetivo, dentre outros, é o de formar indivíduos dotados de uma sólida cultura política, respeitadores dos deveres de Justiça Social e de Justiça Distributiva, e que cobrem dos demais e do Estado, ativamente, a observância das condições materiais e imateriais necessárias à sua existência digna, o que passa necessariamente pela boa instrução.

Mostra-se a educação não só como instrumental à garantia do cumprimento dos direitos sociais, mas também como forma excelente pela qual o indivíduo desenvolve potencialidades, em busca, cada vez mais, da felicidade subjetivo-individual. Conhecer e criar parecem ser etapas necessárias da elevação do indivíduo para além da mera subsistência, fazendo dele alguém especial.

A educação foi concebida pela nossa Constituição Federal de modo bastante positivo, inclusive merecendo aplauso a ordem em que foram expostas suas finalidades, na medida em que a preparação para o mercado de trabalho jamais poderia ser colocada à frente da preparação para o exercício da cidadania e, muito menos, à frente do pleno desenvolvimento da pessoa ¹¹.

Prevista na Constituição de 1988 como um Dever-Direito Fundamental Social Prestacional, a educação, como de resto os demais deveres-direitos fundamentais sociais prestacionais, tem encontrado barreiras para sua efetividade, fazendo com que nossa Carta Magna possa ser cognominada de *constituição-álibi* ¹².

O álbi é decorrência, dentre outros fatores, do caráter ideológico do discurso, o qual se deixa transparecer através do fenômeno da “seleção do discurso”, comum a todas as sociedades em que a produção do discurso é controlada e artificialmente articulada.

¹¹ CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e distributiva**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119.

¹² A função simbólica dos direitos humanos quer significar a artificialidade da imagem entre realidade e indivíduo. Segundo Marcelo Neves, “...o termo ‘simbólico’ é utilizado para indicar todos os mecanismos de intermediação entre sujeito e realidade” e, citando Cassirer (nota 7 de p. 6), esclarece ainda que “A rede simbólica constituiria o ‘meio artificial’ da relação entre homem e realidade” NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 2ª. Edição. São Paulo. Martins Fontes. 2007,p.6.

Como os termos podem apresentar diversos sentidos pela pluralidade de pontos de vista dos atores sociais, do que decorreria a insegurança generalizada advinda do binômio “várias opiniões – vários sentidos”, a classe dominante promove a fabricação artificial do consenso, através da neutralização dos “Outros”, que são uniformizados.

A uniformização de sentidos pela neutralização da opinião dos outros é obtida por regras pragmáticas de controle social e isto requer uma forma de poder de violência simbólica.

O simbolismo do dever-direito fundamental social prestacional à educação é facilmente revelado pelo grande número de crianças e adolescentes em situação de alto risco (moradores de rua, viciados e favelados), pelo analfabetismo funcional de parcela significativa dos escolarizados, tudo isso no século do conhecimento, da competitividade global, em que o nosso País, detentor de riquezas naturais estratégicas e abundantes, lamentavelmente ainda está às voltas com gravíssimos problemas sociais internos, tendo externamente de participar do jogo global onde impera o fundamentalismo de mercado.

Por outro lado, Clóvis Alberto Vieira de Melo em sua recente tese, comprovou a relação íntima entre corrupção¹³ e educação de má qualidade¹⁴, nos seguintes termos:

Consensualmente, a educação constitui uma das áreas de maior importância. Por esse motivo, as políticas dessa área foram escolhidas para verificar-se o impacto sofrido dos casos de corrupção. Constatou-se que, nos municípios em que a corrupção foi detectada, a estrutura educacional apresentava índices de precariedade superiores aos dos municípios sem corrupção: menor número de bibliotecas, de equipamentos pedagógicos, de dependências administrativas e de estruturas de apoio, além de turmas maiores e maior contingente de professores menos qualificados e com menor remuneração.

De fato, há relação estatisticamente significativa entre os casos de corrupção constatados e os indicadores educacionais, de modo que, a maior corrupção, correspondem menor aprovação e maior taxa de alunos abandonando a escola, baixas notas de proficiência em matemática e português e notas inferiores no IDEB. Em suma, os alunos dos municípios com corrupção passam a contar com menor quantidade de

¹³ Enquanto existirem recursos desviados pela corrupção, chega a ser acintoso falar-se em exceção da reserva do possível.

¹⁴ MELO, Clóvis Alberto Vieira de. **Corrupção e políticas públicas : uma análise empírica dos municípios brasileiros**. 2010, p. 9. 230 f. Tese (doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política – Centro de Filosofia e Ciências Humanas -Universidade Federal de Pernambuco.

insumos educacionais, o que resulta em deficiência de aprendizagem.

Desse trabalho científico acima referido, pode-se concluir a existência de um círculo vicioso: não se tem educação de qualidade porque existe corrupção, sendo esta alimentada pela falta de educação.

Objetivando dar efetividade à Constituição Federal, com superação da violência simbólica e despertando um educativo sentimento constitucional¹⁵, vem o Dever-Poder Judiciário, diante da inação parcial ou total dos Deveres-Poderes Legislativo e Executivo, saindo de seu ultrapassado e inconstitucional *passivismo* para gradativamente assumir uma postura compatível com suas responsabilidades político-constitucionais, em ordem a implementar os ditames de nossa Carta dirigente.

Trata-se de uma atitude que merece ser prestigiada pela cidadania brasileira, porque representa algo novo que poderá trazer resultados bastante positivos ao processo de inclusão social, sendo certo que, após séculos de um status quo perverso para a dignidade da pessoa humana da maioria de nosso Povo, não devemos inibir essa tentativa de mudança, pois, afinal de contas, se a exclusão em grande escala já existe, que temor maior poderia existir para a maioria de nosso Povo excluído!

O presente trabalho se justifica, assim, pela necessidade de reforçar caminhos que levem à conquista da maior efetividade possível ao direito à educação. Em outra perspectiva, justifica-se também pela necessidade de se traçar o perfil do Supremo Tribunal Federal no exame do direito fundamental social prestacional à educação, notadamente quando em jogo o uso do argumento da reserva do possível. Com isso, espera-se constatar a necessidade de o Supremo Tribunal Federal avançar no seu papel político-constitucional de dar efetividade ao direito à educação.

Terão destaque questões como: o preenchimento, pelo dever-poder Judiciário, do “vácuo” decorrente da inação parcial ou total dos deveres-poderes Legislativo e Executivo; a tradução do Princípio da Separação dos Deveres-Poderes no contexto da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu um Estado Constitucional Social Democrático e Republicano de Direito; se, diante da extensa e profunda pauta axiológica constitucionalmente consagrada, o Dever-Poder Judiciário deve adotar uma

¹⁵ Um sentimento de que a qualidade de nossas vidas depende em larga escala da efetividade da nossa Constituição Federal (VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política**. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. 1ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense. 2004.).

posição de neutralidade em relação a esses valores; se o Dever-Poder Judiciário tem coresponsabilidade na concretização das políticas públicas de Estado (não meramente de Governo!); se os riscos da judicialização da política (imperialismo da moral; antigarantismo; elitização/aristocratização do Direito; populismo judicial; ditadura do Judiciário; depreciação dos Deveres-Poderes Legislativo e Executivo; instalação do Direito Alternativo etc) devem ser assumidos, já que o déficit de cidadania em nossa Sociedade, além de enorme, é multissecular.

Finalizando esta introdução, registro que elaborei este trabalho no pressuposto de que os conceitos devem estar a serviço da vida, e não a vida a serviço dos conceitos, bem como na crença de que os estudos acadêmicos brasileiros não devem simplesmente importar soluções estrangeiras que deram certo para os estrangeiros; nossos estudos devem, isto sim, buscar as soluções ótimas para os nossos problemas, considerando nossa realidade e nossas peculiaridades, soluções ótimas essas que poderão contemplar ou não aquelas adotadas por outros Estados, tudo isso requerendo uma adequada análise crítica.

CAPÍTULO I – O DIREITO À EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL.

I.1 (Dever -) Direito fundamental , (Dever-) direito humano e (Dever-) direito dos homens: distinção.

Versando este trabalho sobre o dever-direito fundamental social prestacional à educação, é preliminar que o vocábulo “fundamental” tenha o seu respectivo significado previamente definido, para a melhor compreensão de seu uso no texto.

A doutrina, a jurisprudência e o direito positivo nacionais e internacionais contemplam expressões heterogêneas, ambíguas e polissêmicas quando se referem, por exemplo, a: “direitos do homem”; “direitos humanos”; “direitos humanos fundamentais”; “direitos fundamentais da pessoa humana”; “direitos fundamentais do homem”; “direitos individuais”; “direitos subjetivos públicos”; “direitos do povo trabalhador e explorado”; “liberdades públicas”; “liberdades fundamentais”.

Para Peces-Barba, há uma grande importância prática na compreensão adequada dos direitos fundamentais:

Por sua función reguladora de la legitimidad de los sistemas políticos y de los ordenamientos jurídicos, y por la convicción de muchos hombres de que constituyen una garantía para su dignidad, y un cauce, el cauce principal, para su libertad y su igualdad, la comprensión adecuada de los derechos es no sólo una tarea teórica, sino de un gran alcance práctico¹⁶

De fato, a própria Constituição Federal de 1988 apresenta uma variedade semântica, ao utilizar, por exemplo, a locução: “direitos humanos” no inciso II do art. 4º; “direitos e garantias fundamentais” para enunciar o Título II e o § 1º do art. 5º; “direitos e liberdades constitucionais” no inciso LXXI do art. 5º; e “direitos e garantias individuais” no inciso IV do § 4º do art. 60.

Por “direitos do homem” devemos entender os que, em face de sua dimensão jusnaturalista-universalista e de seu caráter atemporal e inviolável, são válidos para todos os povos e em todos os tempos, porque inerentes à própria natureza humana

¹⁶ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. **Curso de Derechos Fundamentales**: Teoria General. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 21.

¹⁷, embora não positivados, ou seja, pelo só fato de ser humano, tais direitos são automaticamente reconhecidos, mesmo sem estarem albergados em norma escrita nacional, supranacional ou internacional.

“Direitos Humanos”, a seu turno, são aqueles reconhecidos pelo direito positivo internacional, o que lhes confere uma dimensão histórica e relativa.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada e proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas de 10.12.1948, densificou o sentido e alcance da expressão “Direitos Humanos” utilizada na Carta das Nações Unidas, estabeleceu o balizamento necessário à formação paulatina de uma cultura universal que se preste à defesa e ao desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, além de firmar as características essenciais à compreensão dessa pauta axiológica, ou seja, deixou claro que os Direitos Humanos são:

- a) universais;
- b) inalienáveis;
- c) irrenunciáveis;
- c) indivisíveis;
- d) inter-relacionados;
- e) interdependentes;
- f) interatuantes e
- g) exemplificativos/não-exaustivos.

Cabe destacar, ainda, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos erigiu a pessoa física à condição de sujeito de direito nas relações internacionais, o que antes era reservado exclusivamente aos Estados soberanos.

Dentre as questões que, a partir da segunda metade do século XX, se emanciparam do Estado, dele se desterritorializaram porque passaram a interessar simultaneamente a várias ordens jurídicas (o fenômeno do transconstitucionalismo)¹⁸, muitas delas não estatais, estão as relativas aos direitos humanos.

Os direitos humanos representam hoje o parâmetro de controle da legitimidade de todas as condutas em qualquer Sociedade, de modo que o desrespeito a eles é um desrespeito à própria democracia e um sinal de crise da organização social.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. Ed. 2ª. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1992, p. 529.

¹⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

Já os “Direitos Fundamentais” são aqueles positivados em determinado Estado e, por conseqüência, contingenciados pelo espaço e pelo tempo, referindo-se às pessoas enquanto membros de um ente público concreto ¹⁹. Possuem eles contornos mais apurados que os dos direitos humanos, justamente pela positivação que ostentam nos ordenamentos jurídicos dos países.

Com a constitucionalização ²⁰ dos direitos humanos - que passam então a ser chamados, como visto, de direitos fundamentais, por serem verdadeiras *bússolas das Constituições* ²¹ -, eles: adquirem força coercitiva em um determinado território, aspecto essencial à sua proteção e efetividade; servem de limitação ao dever-poder estatal, tanto para suas ações, quanto para suas omissões; e reclamam, por isso mesmo, um devido processo legal adequado à sua máxima satisfação.

Tendo em vista serem essenciais à existência humana e ao pleno desenvolvimento da vida em sociedade, representarem o conteúdo da dignidade da pessoa humana e serem a coluna-mestra do sistema ético de referência de todo o ordenamento jurídico, os direitos fundamentais, dotados de expansividade e de cumulatividade, devem ser satisfeitos prioritariamente por qualquer das formas de expressão do dever-poder estatal, observados, em sua atual concepção, os princípios da separação e da harmonia previstos no art. 2º da Constituição Federal.

Na prática, os direitos fundamentais, para assim serem concebidos, necessitam de um regime jurídico peculiar e diferenciado que sirva de escudo contra ações ou omissões arbitrárias por parte dos deveres-poderes constituídos, tal como existe em nossa Constituição Federal, que os qualifica como diretamente aplicáveis através do seu art. 5º, § 1º (nele há expressa referência aos direitos e garantias fundamentais, dentre eles os sociais, os da nacionalidade e os políticos), e os incorporou como cláusula pétreia (art. 60, § 4º, inciso IV), lembrando a este respeito que todos os direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição, mesmo aqueles não integrantes do Título II, são, em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que parte deles tenha *expressão coletiva*. É o indivíduo que tem assegurado e exerce o direito de voto, é o indivíduo que tem direito à educação, à saúde, à assistência social, à

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 38.

²⁰ Designa-se por *constitucionalização* a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se, assim, o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário. Stourzh *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. Ed. 2ª. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1992, p. 508.

²¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 615.

aposentadoria, a um meio-ambiente saudável e equilibrado (o dano ambiental gera um direito de reparação para cada prejudicado!) ²².

Nem todos os direitos fundamentais, importante frisar, estão expressos no catálogo exemplificativo de nossa Constituição Federal (Princípio da não-tipicidade dos direitos fundamentais), conclusão a que facilmente se chega através da leitura dos §§ 2º e 3º do seu art. 5º, e que nos remete à distinção entre fundamentalidade formal e fundamentalidade material.

Genericamente falando, ela é formal quando o direito fundamental está desse modo reconhecido pela Constituição, o que acarreta: seu posicionamento no ápice da pirâmide normativa ²³; dificuldade ou até impossibilidade de ser restringido; sua condição de parâmetro material de escolhas, de ações e de decisões pelos Deveres-Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário ²⁴.

A fundamentalidade é material quando a substância do direito, pela sua relevância, integra as estruturas básicas do Estado e da sociedade, esteja ele ou não expresso como tal na Constituição, o que permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constitucionalizados, aos quais se aplicará, na extensão e profundidade adequadas, o regime jurídico pertinente à fundamentalidade formal ²⁵.

Vale registrar, por oportuno, a ausência de identidade entre o rol dos direitos humanos e o dos direitos fundamentais especificamente previstos em cada uma das constituições dos Estados, havendo situações em que a “Lei das leis” ostenta elenco maior do que o dos direitos humanos, a exemplo da Lex mater brasileira.

Não obstante as apontadas distinções entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, é possível afirmar existir uma tendência de aproximação e de harmonização entre eles, a ponto de haver a concepção embrionária de uma constituição global ou de um direito constitucional internacional, tudo isso fruto do fenômeno batizado pelo nome de *transconstitucionalismo*, exatamente porque, como acima mencionado, a questão dos direitos humanos é de interesse simultâneo de várias ordens

²² SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet (coord), **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**: Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo:Revista dos Tribunais e Coimbra, 2009, p. 224 e 229.

²³ Não desconheço que existe a visão trapezoidal do ordenamento jurídico, sobretudo em face da experiência vivenciada pela União Européia.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. Ed. 2ª. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1992, p. 509.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit*, p. 509.

jurídicas e também porque, em decorrência da própria globalização, não pode ser ela contingenciada às fronteiras de um determinado Estado.

Peces-Barba, diante da multiplicidade terminológica, assume a expressão “direitos fundamentais” como a forma lingüística mais precisa e procedente sob os pontos de vista ético e jurídico²⁶.

I.2 Crítica à chamada “teoria das gerações dos direitos fundamentais”

O Direito é ferramenta indispensável à convivência social e, simultaneamente, é um mecanismo por excelência de dominação, sempre dependente do poder econômico, daí porque a dialética social se traduz na etiologia dialética do Direito e a evolução da Humanidade se reflete na conquista de novos direitos.

Considerando, então, que a perspectiva histórica é um valioso instrumento da hermenêutica e tendo em vista a necessidade de serem repensados institutos criados outrora, em contextos sociais, econômicos, políticos e culturais profundamente modificados ao longo do tempo, é imprescindível, para uma melhor compreensão das chamadas “gerações” ou “dimensões” dos direitos fundamentais, discorrer, ainda que de modo muito resumido, sobre a história da Humanidade, com a qual se confunde, em certa medida, a história dos direitos fundamentais, das lutas e das conquistas da maioria subjugada ao poder econômico e político. A história dos direitos fundamentais é a história da limitação do poder, tanto no que se refere às suas ações, quanto às suas omissões.

Didaticamente, a história da Humanidade tem sido dividida assim:

- a) Pré-história: anterior a 4000 a.C., em que houve a invenção da escrita;
- b) Antiguidade: de 4000 a.C. até 476 d.C., com o fim do Império Romano do Ocidente;

²⁶ “...tengo preferència por <derechos fundamentales>, como forma lingüística más precisa y procedente. Es más precisa que la expresión derechos humanos y carece del lastre de la ambigüedad que ésta supone. Puede abarcar las dos dimensiones en las que aparecen los derechos humanos, sin incurrir en los reduccionismos iusnaturalista o positivista. Derechos fundamentales puede comprender tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una Idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.” PECES-BARBA, Gregório. *Op. Cit.*, p. 36-37.

- c) Idade Média: de 476 d.C. até 1453 d.C., com a tomada de Constantinopla e o fim do Império Romano do Oriente;
- d) Idade Moderna: de 1453 d.C. até 1789 d.C., com a Revolução Francesa;
- d) Idade Contemporânea: de 1789 d.C. em diante.

Somente a partir do reconhecimento dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições é que assume relevo o tema pertinente às gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, isto porque elas (as gerações/dimensões) são reflexo direto do surgimento de novas forças sociais e de novas necessidades sociais básicas, decorrentes, por exemplo, do mercantilismo, da revolução industrial, da tecnologia sempre em desenvolvimento e da globalização, mudanças essas que acarretaram também alterações no próprio formato do Estado, o que rendeu ensanchas ao surgimento do Estado Liberal (Estado mínimo ou Estado-polícia, mínima participação do Estado, defesa da liberdade), depois ao Estado Social (Estado de serviço, máxima participação do Estado, defesa da igualdade de oportunidades) e mais recentemente ao Estado Constitucional Democrático de Direito (Estado subsidiário, definição de limites para intervenção do Estado, prioridade para os serviços públicos essenciais e defesa da dignidade da pessoa humana).

Os marcos históricos desse reconhecimento foram a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e, logo em seguida, a Declaração Francesa, de 1779²⁷.

Pelas razões acima expostas, irei fazer a associação entre a história da Humanidade e a história dos Direitos Fundamentais somente a partir do feudalismo, que foi o sistema típico da Idade Média e que perdurou por 10 séculos.

Nele, houve o surgimento dos impérios feudais, a expansão do cristianismo e do islamismo, o renascimento do comércio e das cidades medievais. Suas características gerais são: poder descentralizado (nas mãos dos senhores feudais), economia baseada na agricultura e utilização do trabalho dos servos. Quanto à estrutura Política do Feudalismo, prevaleceram na Idade Média as relações de vassalagem e suserania. O suserano era quem dava um lote de terra ao vassalo, sendo que este último deveria prestar fidelidade e ajuda ao seu suserano. O vassalo oferecia ao senhor, ou

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 51.

suserano, fidelidade e trabalho, em troca de proteção e de um lugar no sistema de produção. Todos os poderes - jurídico, econômico e político - concentravam-se nas mãos dos senhores feudais, donos de lotes de terras (feudos). A Sociedade feudal era estática (com pouca mobilidade social) e hierarquizada. A nobreza feudal (senhores feudais, cavaleiros, condes, duques, viscondes) era detentora de terras e arrecadava impostos dos camponeses. O clero (membros da Igreja Católica) tinha um grande poder, pois era responsável pela proteção espiritual da sociedade. Era isento de impostos e arrecadava o dízimo. A terceira camada da sociedade era formada pelos servos (camponeses) e pequenos artesãos. A Economia feudal baseava-se principalmente na agricultura. Existiam moedas na Idade Média, porém eram pouco utilizadas. As trocas de produtos e mercadorias eram comuns na economia feudal. O feudo era a base econômica deste período, pois quem tinha a terra possuía mais poder. O artesanato também era praticado na Idade Média. A produção era baixa, pois as técnicas de trabalho agrícola eram extremamente rudimentares. A religião nesse período tinha a prevalência da Igreja Católica. Detentora do poder espiritual, a Igreja influenciava o modo de pensar, a psicologia e as formas de comportamento na Idade Média. A igreja também tinha grande poder econômico, pois possuía terras em grande quantidade e até mesmo servos trabalhando. Os monges viviam em mosteiros e eram responsáveis pela proteção espiritual da sociedade. Passavam grande parte do tempo rezando e copiando livros e a Bíblia.

Quando adquiriu poder econômico, a burguesia, para melhor defesa dos seus interesses, passou a desejar também o poder político, que não tinha no feudalismo, onde a sociedade, como antes referido, era estamental, sem mobilidade: um servo seria sempre servo e um senhor feudal sempre senhor feudal!

Foi quando a burguesia, tendo por aliada a Igreja Protestante e para conseguir poder político e social, resolveu apoiar o Rei, que não tinha poder econômico.

Veio a Idade Moderna em fins do século XV e com ela a invenção da imprensa, o fortalecimento dos Estados nacionais monárquicos (os reis recuperaram os poderes que tinham perdido no feudalismo e se tornaram senhores absolutos de suas nações!), a expansão marítima e colonial (com o início da navegação, o Novo Mundo – as Américas – foi descoberto e tem início a Expansão Marítimo-Comercial.), o fortalecimento e expansão do capitalismo (correspondendo ao mercantilismo, 1ª. fase do capitalismo, vindo em seguida as fases do capitalismo industrial e do capitalismo financeiro) – que se torna a forma de produção predominante –, o renascimento cultural

e científico, a fermentação revolucionária do iluminismo e a independência norte-americana.

Sentindo-se muito forte, o Rei, com o decurso do tempo, começou a abusar da burguesia, inclusive mediante a cobrança de altos impostos, o que levou a burguesia a derrubá-lo, advindo as primeiras revoluções burguesas e, a seu reboque, a Idade Contemporânea.

Temos, então, que, quando o Poder Econômico não detinha o Poder Político, promoveu as reformas políticas necessárias à adequação do Estado aos seus interesses, utilizando o Direito para conter, no que lhe convinha, os exercentes do Poder Político. Nessa época, foram constitucionalizados, conforme visto, os direitos de cunho individualista, que permitiram o indivíduo opor-se ao Estado, criando uma zona de autonomia individual em que ao Estado era vedado intervir, direitos esses também conhecidos como direitos de defesa, direitos negativos (voltados para a abstenção do Estado), direitos de resistência ou direitos de oposição ao Estado.

Nessa época, o pensamento econômico (liberalismo), dando suporte aos interesses da classe dominante, cujo poder econômico lhe permitia o uso pleno das liberdades individuais, poderia ser resumido à clássica frase “Laissez-faire, laissez-passer, le monde va de lui-même”, ou seja, “deixai fazer, deixai passar, que o mundo vai por si mesmo”.

Para essa corrente econômica, o mercado seria auto-regulável através da lei da oferta e da procura, isto é, quanto maior a procura do produto, maior o seu preço, o que sempre foi e sempre será uma lógica muito favorável apenas para quem detém capital em ordem a, com força, competir no mercado e plenamente satisfazer suas necessidades. Em outras palavras, o melhor Estado, para eles, seria aquele que menos governasse, que menos interviesse e que se restringisse à manutenção da ordem (claro, manutenção do status quo em prol dos que estavam no topo da pirâmide social!), da propriedade (óbvio, porque iria beneficiar apenas os proprietários, nunca os despossuídos!) e da liberdade individual (muito compreensível porque, sem infraestrutura econômica, a liberdade individual, na prática, não existe!). Ninguém duvida, pois, que os tais direitos de defesa eram muito cômodos e suficientes para a felicidade da classe dominante, servindo o Estado como avalista de um modelo perverso de concentração de renda e, conseqüentemente, de poder.

Veio a Revolução Industrial, que teve início no século XVIII, na Inglaterra. A partir dela e das duas revoluções políticas, a norte-americana e a francesa

– bem como da expansão mundial do capitalismo, surgiu algo sem precedentes na História, qual seja a formação das primeiras sociedades de massas.

A burguesia industrial, ávida por maiores lucros, menores custos e produção acelerada, buscou alternativas para melhorar a produção de bens, tendo havido, paralelamente, um crescimento populacional determinante de um aumento na demanda.

A Inglaterra saiu na frente no processo da Revolução Industrial do século XVIII porque possuía grandes reservas de carvão mineral em seu subsolo, ou seja, a principal fonte de energia para movimentar as máquinas e as locomotivas a vapor. Além da fonte de energia, os ingleses possuíam grandes reservas de minério de ferro, a principal matéria-prima utilizada nesse período. A mão-de-obra disponível em abundância também ajudou a Inglaterra, uma vez que havia uma massa de trabalhadores procurando emprego nas cidades inglesas do século XVIII. A burguesia inglesa tinha capital suficiente para financiar as fábricas, comprar matéria-prima e máquinas, e contratar empregados. O mercado consumidor inglês também pode ser destacado como importante fator que contribuiu para o seu pioneirismo.

Houve um grande salto tecnológico nos transportes e máquinas. As máquinas a vapor, principalmente os gigantes teares, revolucionaram o modo de produzir: houve redução do preço das mercadorias e aceleração do ritmo de produção.

Na área de transportes, o destaque ficou para a invenção das locomotivas a vapor. Com esses meios de transportes, foi possível transportar mais mercadorias e pessoas, num tempo mais curto e com custos mais baixos.

Por outro lado, a Revolução Industrial trouxe problemas. Houve aumento do número de desempregados, já que as máquinas foram substituindo, aos poucos, a mão-de-obra humana. A poluição ambiental, o aumento da poluição sonora, o êxodo rural e o crescimento desordenado das cidades também foram conseqüências nocivas para a sociedade.

Além de tudo isso, o trabalho nas fábricas se desenvolvia em condições muito precárias. Eram ambientes com péssima iluminação, abafados e sujos. Os salários recebidos pelos trabalhadores eram muito baixos e eram utilizados os trabalhos infantil e feminino. Os empregados chegavam a trabalhar até 18 horas por dia e estavam sujeitos a castigos físicos dos patrões. Não havia direitos trabalhistas como, por exemplo, férias, décimo-terceiro salário, auxílio-doença, descanso semanal remunerado

ou qualquer outro benefício. Quando desempregados, ficavam sem nenhum tipo de auxílio e passavam necessidades.

Os trabalhadores reagiram e, em muitas regiões da Europa, eles se organizaram para lutar por melhores condições de trabalho, formando, por exemplo, as trade unions (espécie de sindicatos). Houve também movimentos mais violentos como o ludismo. Também conhecidos como "quebradores de máquinas", os ludistas invadiam fábricas e destruíam seus equipamentos numa forma de protesto e revolta com relação à vida dos empregados.

No século XIX, várias teorias, dentre elas o marxismo ou socialismo científico, procuraram dar respostas aos vários problemas sociais que se desenvolviam no seio da sociedade capitalista, com destaque para a brutal desigualdade de renda.

Dessa dialética entre classe trabalhadora e Poder Econômico surgiram os direitos sociais, econômicos e culturais.

Por outro lado, a produção em série e a padronização do consumo ensejaram, em menos de dois séculos, modos de vida homogêneos em todos os quadrantes da Terra, isso relativamente a vestuário, alimentação, registros horários, estrutura linguística, atribuição de prenomes às pessoas, práticas de esporte e lazer etc. Toda essa camada cultural uniforme, contudo, passou a encobrir, ainda por efeito da expansão mundial do capitalismo, uma desigualdade cada vez mais pronunciada de níveis de vida, não apenas dentro do mesmo país, mas também entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos.

O fenômeno da globalização, o desenvolvimento das comunicações e de novas tecnologias, inclusive da informática, verificados especialmente a partir do final da Segunda Guerra Mundial, ocasionaram o despertar de novas necessidades humanas fundamentais que passaram a ser reconhecidas e reguladas pelo Direito, a exemplo do dever-direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, do dever-direito à paz e do dever-direito ao desenvolvimento.

Especificamente sobre o desenvolvimento das comunicações, o sistema percebeu que a junção da imprensa com o cinema, e em seguida com o rádio e a televisão, constituía o meio mais eficaz de se forjarem mentalidades novas e de levar as multidões a obedecer cegamente, e até de modo entusiástico, às orientações veiculadas por esses canais de difusão unilateral de mensagens, fazendo do discurso um fortíssimo instrumento de dominação, erigindo a mídia em mais um poder de natureza privada.

Demonstrado o liame entre as mudanças histórico-econômicas e a expansão dos deveres-direitos fundamentais, passo a discorrer sobre as várias dimensões de tais deveres-direitos, bem como sobre as críticas quanto à terminologia adotada para traduzir o seu surgimento progressivo e permanente.

Uma das características marcantes dos deveres-direitos humanos e dos deveres-direitos fundamentais reside no fato de serem eles exemplificativos, não-exaustivos, não-taxativos, e há uma forte razão para isso.

As necessidades humanas são ilimitadas e, a cada dia, em face do próprio desenvolvimento tecnológico, novas necessidades são despertadas, as quais se acumulam, se complementam, se adicionam às já existentes ²⁸. Quando essas novas necessidades dizem respeito à dignidade da pessoa humana, devem ser reconhecidas e garantidas nos textos constitucionais como deveres-direitos fundamentais. Cada conjunto acrescido ou agregado de novos deveres-direitos fundamentais tem sido preferencialmente cognominado de “gerações” ou “dimensões” de direitos.

Existe uma grande celeuma a respeito da terminologia empregada para caracterizar o fenômeno acima mencionado. Para alguns, a palavra “gerações” pode passar a idéia de que haveria uma alternância entre os deveres-direitos fundamentais, isto é, os de 2ª. geração, por exemplo, teriam surgido em substituição aos de 1ª. geração. Ingo Sarlet opta pela expressão “dimensões” ²⁹.

Essa discussão não tem sentido, porque ela parte de uma presunção irrazoável, qual seja a de alguém imaginar, por exemplo, que o direito à vida (de primeira geração) teria sido substituído por um direito social (de segunda geração), o que é algo inconcebível, até porque todas as gerações ou dimensões posteriores à primeira nada mais são do que densificação das palavras (significantes) que formam o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), e que, na lição de Bonavides ³⁰, retratam um processo cumulativo e qualitativo, o qual tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição à universalidade abstrata e, em certo sentido, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII.

Primeira dimensão dos Direitos Fundamentais (Direitos Individuais).

²⁸ Em 2005, quando morava no Canadá, assisti a um evento em que se discutia o estatuto jurídico do clone.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 54.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.563.

A primeira dimensão (geração, etapa, expansão) dos direitos fundamentais, isto é, o conjunto deles que historicamente foi, pela primeira vez, constitucionalmente reconhecido sob as óticas formal e material, compreende os direitos à vida, à liberdade (inclusive à liberdade de expressão, de imprensa, de manifestação, de reunião, de associação etc), à propriedade, à igualdade perante a lei (igualdade meramente formal), à participação política (direito de voto, capacidade eleitoral passiva, embora sem universalidade) e às garantias processuais (devido processo legal, habeas corpus, direito de petição). Tais direitos são, de acordo com Paulo Bonavides, também conhecidos por “direitos civis e políticos”, marcam, em sua grande parte, a primeira fase do constitucionalismo ocidental ³¹ e são fruto do chamado *paradigma liberal* que inspirou as Constituições do Século XVIII até o início do Século XX.

Eram constituições que tinham a preocupação maior de conter o Estado, impedindo-o de intervir na vida privada dos cidadãos, inclusive na própria economia, e de evitar o arbítrio. O objetivo deles consistia em nitidamente dividir o que era da esfera jurídica do indivíduo e o que era atribuição do Estado, restringindo o papel deste a assegurar a autonomia e liberdade individuais. A burguesia, que detinha o poder econômico, precisava de uma proteção institucional que a deixasse livre para acumular riqueza e amparada o mais possível contra o poder político. O mercado deveria fluir naturalmente, conduzido pela “mão invisível”³². Em razão de tudo isso, criaram-se não apenas os instrumentos jurídicos considerados necessários a esse desiderato e que correspondem aos direitos de primeira dimensão, onde figura a incondicional proteção à propriedade privada e à liberdade contratual, como também os instrumentos políticos vocacionados para o mesmo sentido, a exemplo do princípio da separação dos poderes, do voto censitário (só poderia votar e ser votado quem tivesse renda em determinado patamar, o que excluía a grande maioria do povo na composição do Poder legislativo, reservando-o aos economicamente poderosos!), e do princípio da legalidade (ascendência do legislativo num momento histórico em que era composto pelos economicamente fortes, ou seja, por legisladores em causa própria!).

³¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.563.

³² O suporte teórico do liberalismo está basicamente resumido no Princípio da Mão Invisível, que pertence à Ciência Econômica e foi enunciado em 1776 por Adam Smith, na sua obra "A Riqueza das Nações". Segundo ele, num mercado livre, em que cada agente econômico atua exclusivamente em função dos seus próprios objetivos, é atingida uma situação eficiente que beneficia todos. Em suma, liberdade de competição sob a regência da lei da procura e da oferta.

Essa primeira dimensão, por conseguinte, vislumbrava apenas o indivíduo, daí as denominações *direitos de autonomia* e *direitos de defesa*. Por sua vez, o Estado - que, pelo passado histórico a que antes já me referi, representava a grande ameaça aos direitos fundamentais “convenientemente” percebidos na dimensão da época - deveria ser inexoravelmente amarrado.

Com isso, instalou-se um campo fértil para o aprofundamento grave das desigualdades sociais, e o que é pior, sob a tutela do Estado, que ficou literalmente a serviço de tais desigualdades. Ora, se a proteção à propriedade privada era incondicional, naturalmente que os não-proprietários estavam excluídos, ou seja, esse sistema não servia à maioria; se a liberdade contratual também era incondicionada, todos os que não detinham poder de barganha (a maioria do povo !) estavam automaticamente entregues à própria sorte.

Segunda dimensão dos Direitos Fundamentais (Direitos Sociais)

Em sua segunda dimensão, os direitos fundamentais, através de um processo de objetivação e de socialização, passaram a incluir os direitos sociais, econômicos, culturais e coletivos (saúde, educação, trabalho, moradia, assistência social, sindicalização, greve etc), que podem ser considerados como “créditos” do cidadão contra o Estado, tendo sido reconhecidos de maneira sistemática e pela primeira vez na Constituição mexicana de 1917, seguida pela Constituição Alemã, de Weimar, em 1919, tendo esta última influenciado a nossa Constituição de 1934, sendo comum sua previsão nas constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial. No caso da nossa Constituição, sua identidade é profundamente marcada pelo Princípio do Estado Social e pelos direitos fundamentais sociais, que são dois de seus elementos essenciais, estando intimamente vinculados ao nosso projeto de Estado.

Eles traduzem, como nota mais distintiva, uma exigência de comportamento ativo do Estado na realização da justiça social (Estado ativo e não Estado passivo), que fica obrigado a combater as contradições e desigualdades sociais, intervindo para corrigi-las e objetivando com isso incluir o maior número de pessoas no processo de participação no Produto Interno Bruto, em ordem a conferir, ao menos, o mínimo de dignidade de pessoa humana a todos os cidadãos. Em outras palavras, os direitos sociais passam a ser vistos como complementares e, portanto, como pressupostos integrados aos direitos de 1ª. dimensão, mas, ao contrário destes, que

demandam abstenção estatal, os direitos sociais exigem, como dito, a intervenção do Estado através de prestações.

Os direitos de segunda dimensão, em um País com gravíssimas questões sociais a exemplo do Brasil, erigem-se como aqueles que mais empoderam o Estado no cumprimento de sua missão transformadora da realidade social, são os que mais se afinam com a natureza dirigente das Constituições com tal característica e são eles que, pela sua constitucionalização, juridicizam a liberdade de conformação legislativa, executiva e judiciária.

Vale ressaltar, porém, que nem todo direito social é prestacional, porque, por exemplo, a liberdade sindical e a greve são direitos fundamentais sociais dos trabalhadores que, se exercidos na conformação do modelo institucionalizado, exigem apenas um dever de abstenção do Estado.

O reconhecimento (não a efetividade!) dos direitos sociais decorreu de um processo de luta das classes menos favorecidas, que reivindicaram melhores condições de vida.

Essas lutas foram reflexo do modelo socialmente excludente representado pelo liberalismo, origem de graves problemas sociais, cuja causa imediata, naquele contexto histórico, pode ser atribuída à Revolução Industrial, que atraiu a população cada vez mais para os centros urbanos, gerando grande concentração de massa e fazendo emergir uma nova classe social, a do proletariado.

As doutrinas socialistas lato sensu, no essencial reforçadas pela doutrina social da Igreja ³³, por sua vez, ajudaram a perceber que a infra-estrutura econômica determina, e continua a determinar, a superestrutura ideológica, e que havia uma significativa diferença entre, de um lado, o reconhecimento jurídico da liberdade e da igualdade, e, do outro, o efetivo desfrute desses direitos, sempre contingenciados pela capacidade econômica de seu titular.

O comunismo, antítese do liberalismo, tinha um discurso com inegável capacidade de seduzir, em proporções crescentes, massas de explorados e de despossuídos, o que trouxe para a burguesia o temor de perda de poder, levando-a a anuir com o reconhecimento de direitos aos trabalhadores, surgindo assim um novo paradigma, o do constitucionalismo social.

³³ Ver, por exemplo, a Carta-Encíclica *Rerum Novarum*, de 15.05.1891, do Papa Leão XIII, sobre a condição dos operários e os direitos e deveres do capital e do trabalho.

Com ele, o Estado é normativamente conduzido a sair da passividade, a deixar de ser somente abstencionista, de se preocupar apenas com a manutenção da ordem preservadora do status quo, sendo-lhe conferida a prerrogativa de ser ativista, de ser dirigente ³⁴, podendo, desse modo, intervir na ordem social para corrigir suas mazelas, redirecionando-a de maneira a construir o bem-estar coletivo, sem abandono do bem-estar individual, embora relativizando-o.

O novo paradigma mexeu formalmente ³⁵ com algumas pedras basilares do Estado Liberal: a propriedade privada foi relativizada em virtude da função social que lhe foi adjectada ³⁶; a liberdade contratual foi contingenciada, especialmente em algumas áreas onde se reconheceu a condição de hipossuficiente para uma das partes ³⁷; o voto passou a ser universal ³⁸; entre os deveres-poderes, teve início uma visão genético-funcional unitária, no sentido de que todos eles devem estar comprometidos com as metas constitucionais, atuando também por cooperação, como no exemplo clássico do exercício, pelo dever-poder Executivo, de capacidade normativa de conjuntura outorgada, por delegação do Legislativo, como meio de o Estado apresentar respostas rápidas e complexas a mudanças repentinas e impactantes para a ordem pública, geralmente ocasionadas por flutuações na conjuntura econômica ³⁹.

Não obstante, em países como o Brasil, os direitos fundamentais de segunda dimensão, apesar de serem a grande aspiração desses povos, carecem muito de efetividade, o que sobremodo dificulta a paz social e o processo de consolidação da democracia, bem como atrasa o respectivo desenvolvimento social, político, econômico e cultural.

Isso é um paradoxo, porque no Brasil, por exemplo, o povo, pela letra da Constituição, é soberano e, pelo menos em tese, tem a capacidade de se autodeterminar. Todavia, a maioria da população é heterodeterminada, em prejuízo de suas justas

³⁴ Não meramente contemplativo, mas com todas as suas ações legislativas, executivas e judiciárias harmoniosamente focadas na concretização dos programas e metas constitucionalmente estabelecidos – logo, programas e metas de Estado e não apenas de Governo –, objetivando com isso viabilizar a dignidade da pessoa humana ao seu povo.

³⁵ Digo formalmente, porque o sistema sempre cria mecanismos, inclusive informais, de neutralização das mudanças que contrariem ou ameacem contrariar seus interesses, tornando-as simbólicas, sem efetividade, conforme veremos ao longo deste trabalho.

³⁶ Mesmo assim, a maioria das pessoas continua sem propriedade. Além disso, a função social dela não resolveu sequer o problema da miséria.

³⁷ Nem por isso o Poder Econômico deixa de prevalecer quando seu interesse é suficiente o bastante.

³⁸ Não obstante, o sistema dispõe de eficientes mecanismos de captura das instituições, que transformam os eleitos pelo povo em representantes genuínos e servis da Classe Dominante.

³⁹ Esse tipo de exceção à separação dos poderes não encontra resistência forte, porque o Poder Econômico dele necessita, a ponto de afastar a “mão invisível” e defender a intervenção do Estado nesse particular aspecto.

expectativas, o que só ocorre em razão de mecanismos distorcidos da prática da cidadania.

Historicamente, tais direitos, num primeiro momento, tiveram sua eficácia posta em dúvida, ao argumento de estarem concebidos por normas qualificadas de *programáticas*, na verdade um alibi criado pelo sistema para tornar inútil a previsão normativa desses direitos, isto porque a classe dominante nunca teve interesse de despender recursos do Estado com direitos aos quais ela sempre teve acesso, além do que os recursos públicos poderiam, a seu sentir, ter uma destinação que atendessem melhor às suas expectativas, ainda que em detrimento da maioria do povo.

Essa concepção socialmente inútil sobre as normas que consagram os direitos de 2ª. dimensão está sendo paulatinamente superada pelo fato de que recentes Constituições, a exemplo da brasileira, foram expressas quanto à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, havendo uma tendência promissora de eles se tornarem tão justificáveis quanto os de primeira dimensão, contrariamente ao que, até então, ocorria em vários sistemas jurídicos, exatamente a idéia (fruto do ranço egoísta/individualista e da dominação exercida pelas elites) de que só os direitos de liberdade seriam imediatamente exigíveis, enquanto os direitos sociais, a seu turno, só o seriam pela via mediata do legislador (*interpositio legislatoris*), como se possível fosse, e quem é esclarecido sabe que não é possível, exercer a liberdade sem os meios necessários a tanto. Em outras palavras, quero deixar cristalino sobre este último pensamento que reconhecer o direito à liberdade e negar os direitos sociais é uma flagrante *contraditio in adjecto*.

Terceira dimensão dos Direitos Fundamentais (Direitos Difusos)

São os direitos vinculados à fraternidade (solidariedade), de que são exemplos o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, à paz, ao desenvolvimento (tanto dos Estados, quanto dos indivíduos), aos recursos naturais, ao progresso e a outros direitos difusos, interessando não apenas à geração atual, como também às futuras gerações, mas que ainda se encontram em fase de consolidação (*Law in making*), possuindo natureza aberta a novas possibilidades e abrangendo titulares indeterminados.

Bonavides ⁴⁰ sustenta que a consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos fundamentais, daí surgindo um novo pólo jurídico de altíssimo teor de humanismo e universalidade, composto pelos direitos de terceira dimensão.

Sobre as atuais maneiras de expressão do direito ao desenvolvimento, o referido Autor colaciona posição de Etienne-R Mbaya, que relaciona três:

- a) o dever de todo Estado de levar em conta, nos seus atos, os interesses de outros Estados (ou de seus súditos);
- b) ajuda recíproca (bilateral ou multilateral), de caráter financeiro ou de outra natureza, para a superação das dificuldades econômicas (inclusive com auxílio técnico aos países subdesenvolvidos e estabelecimento de preferências de comércio em favor desses países, a fim de liquidar déficits; e
- c) uma coordenação sistemática de política econômica.

Infelizmente, tenho de confessar que não consigo ver o mundo assim!

Primeiro, porque nas relações internacionais não há nações amigas, mas nações interessadas. Depois, vivemos a era da globalização, leito no qual recrudescer intensamente o fundamentalismo de mercado, onde o que interessa às elites globais em primeiro e último lugar, bem como nas posições intermediárias, é o lucro a qualquer custo e por qualquer meio. Por último, tenho fundado receio da dominação do direito internacional público pela política autoritária das grandes potências mundiais, ou seja, do uso político da retórica dos direitos humanos para fins de imposição dos interesses dessas grandes potências, especialmente pelo fato de o Brasil ser, em riquezas naturais, o mais rico do mundo e o seu povo ser desprovido de cidadania.

Na verdade, os direitos humanos, enquanto significantes, são assim encobertos por um rótulo simbólico ⁴¹ de significados mutáveis ao sabor dos interesses das elites opressoras que detêm o poder econômico canalizado pelas potências mundiais e que conduzem ao entendimento distorcido da realidade, em resultado da manipulação

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.569 e 570.

⁴¹ A função simbólica dos direitos humanos quer significar a artificialidade da imagem entre realidade e indivíduo. Segundo Marcelo Neves (in *A Constitucionalização Simbólica*. 2ª. Edição. São Paulo. Martins Fontes. 2007,p.6), "...o termo 'simbólico' é utilizado para indicar todos os mecanismos de intermediação entre sujeito e realidade" e, citando Cassirer (nota 7 de p. 6), esclarece ainda que "A rede simbólica constituiria o 'meio artificial' da relação entre homem e realidade".

de informações pelos meios de comunicação midiáticos, também dominados pelo poder econômico, que se vale da indústria do cinema, da televisão, do rádio, da internet etc para definir linguagens, valores, modelos comportamentais e necessidades, ou seja, para dar significados aos significantes.

Nesse âmbito, os textos normativos têm pouca efetividade, sendo inegável a função predominantemente simbólica da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), da garantia desses na Carta das Nações Unidas (1945), assim como das diversas cartas ou convenções proclamadoras de direitos humanos. Tal situação é reforçada pela falta, no âmbito da ONU, de uma real “divisão de poderes”, o que tem ensejado a ascendência do Conselho de Segurança - que também desempenha funções de natureza “quase legislativa” e de caráter jurisdicional (por exemplo, decisões sobre casos de violação aos direitos humanos) - tanto sobre a Corte Internacional de Justiça quanto sobre a Assembléia Geral das Nações Unidas.

Sem dúvida, a retórica e o simbolismo dos direitos humanos apresentam um lado bastante conveniente às grandes potências mundiais, sendo suficiente o exemplo da intervenção militar para fins de proteção dos direitos humanos, intervenção essa que, na verdade e muitas vezes, encobre ilegítimas ações discricionárias, seletivas, do Conselho de Segurança.

Ora, a abertura do conceito de ameaça à “paz e segurança internacionais”, a serem preservadas segundo as decisões do Conselho de Segurança da ONU (art. 39 da Carta da ONU ⁴²), tem possibilitado intervenções ilegítimas, porque, na prática, a atividade intervencionista do Conselho é muitas vezes manipulada ⁴³, o que naturalmente lhe acarreta uma carência de legitimidade.

Desse modo, o Conselho está apto, como acima dito, a realizar intervencionismo arbitrário sob a retórica dos direitos humanos, traduzindo um verdadeiro imperialismo cínico.

⁴² Artículo 39

El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá que medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales./p>

⁴³ Em que pese a Comissão Internacional sobre Intervenção e Soberania Estatal (International Commission on Intervention and State Sovereignty - ICISS) haver estabelecido alguns requisitos autorizadores de uma intervenção: justa causa, intenção correta, último recurso, meios proporcionais, razoáveis chances de sucesso e autoridade correta. . Disponível em: <http://www.iciss.ca/report2-en.asp> . Acesso em: 09/08/2010.

Fica então bastante clara a subordinação do direito ao poder, a ponto de o Conselho de Segurança ignorar até mesmo competências da Corte Internacional de Justiça, sem que de tal procedimento tenha advindo qualquer sanção.

Ainda sobre as prefaladas maneiras de expressão do direito ao desenvolvimento, devo dizer que sua distância abissal da realidade de nosso mundo global pode ser muito bem traduzida pelo documentário *The Corporation*⁴⁴. Nele se percebe claramente que o fundamentalismo de mercado não conhece limite algum para alcançar o lucro.

Essas maneiras de expressão, porém, não deixam de ser válidas, na medida em que tentam sensibilizar corações e mentes para uma visão menos desumana da sociedade.

É importante, para finalizar este tópico, o registro de que a 2ª. dimensão de direitos fundamentais e todas as demais que lhe são ou vierem a ser posteriores nada mais significam do que alargamento do conteúdo dos direitos de 1ª. dimensão, funcionando como pressupostos para a melhor concretização destes últimos. Isso explica o intenso vínculo entre eles, tanto que não é possível usufruir adequadamente dos direitos de 1ª dimensão sem a efetividade dos direitos inerentes a outras dimensões, e vice-versa. Adicionalmente, convém ressaltar que os direitos de 1ª dimensão apresentam dependência cada vez maior de recursos públicos (característica tradicionalmente imputada aos direitos de 2ª. dimensão) para instalação, manutenção e expansão das estruturas garantidoras desses mesmos direitos, sendo certo ainda que os direitos de 1ª. dimensão estão com o respectivo exercício contingenciado pelos direitos das dimensões subseqüentes.

Quarta e Quinta dimensões dos Direitos Fundamentais

Bonavides⁴⁵ considera como de quarta geração os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Quanto à quinta dimensão, tipifica o direito à paz.

Essas são concepções ainda muito embrionárias, razão pela qual me limitarei à breve menção acima realizada.

⁴⁴ DVD produzido pela Imagem Filmes, com base no Best-seller de Joel Bakan (*The Corporation: The Pathological Pursuit of Profit and Power*).

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 571.

I.3 O direito fundamental à educação como um direito social prestacional.

A educação é o principal instrumento de que dispõem as sociedades democráticas para promoverem a mobilidade social. É o acesso ao ensino que garante as condições necessárias para o desenvolvimento da pessoa, para o exercício da cidadania e dos direitos individuais, e para a aquisição da consciência social indispensável à realização, pela sociedade brasileira, de seus objetivos fundamentais, que estão definidos no art. 3º de nossa Constituição Federal. Através da educação, a pessoa humana se capacita para a compreensão do mundo e adquire liberdade para se autodeterminar e formatar sua existência.

Não por outra razão, o tema da educação, especialmente do ensino fundamental e de sua prestação às crianças e aos adolescentes, é tratado pela nossa Constituição com especial atenção e de forma minuciosa, tanto pelos artigos 205 até 214, como pelo art. 227, destacando-se a determinação constitucional de absoluta prioridade na concretização desse direito relativamente à criança, ao adolescente e ao jovem.

O direito à educação deve ser concebido em uma acepção ampla, que inclui, na própria dicção do art. 205, o desenvolvimento pleno da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A educação é um direito fundamental porque:

a) nuclear da dignidade da pessoa humana, que é o valor supremo de nossa Constituição, seu valor-fonte, fonte de sua unidade e coerência, tudo devendo convergir para a sua construção e em seu benefício, sendo o mais importante fundamento de nosso Estado. Na dicção do prefalado art. 205 de nossa Carta, que resume lapidarmente a extrema relevância da educação, tem ela por objetivos o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Além disso, cabe acrescentar que, sendo o livre arbítrio a característica que distingue o ser humano de todos os demais seres, quanto maior for a quantidade e qualidade de informações adquiridas pelo ser humano, mais apto ele estará para exercitar sua mais íntima e particular essência, decorrendo da educação de qualidade esse adequado acúmulo de conhecimentos, razão por que a educação pode ser entendida como um necessário processo de *humanização* da pessoa humana;

b) está expressamente catalogada como tal pela nossa Constituição em seu art. 6º, o qual integra o Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Como anteriormente assinalado, a previsão constitucional, no que tange à fundamentalidade de um direito, é o aspecto formal mais significativo.

Como direito fundamental social, a educação integra o conjunto de direitos de status positivus que permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado no intuito de que este, presente o princípio da igualdade de oportunidades, garanta os pressupostos materiais viabilizadores dos direitos de Segunda Dimensão, os quais, por sua vez, quando efetivados, repercutem fortemente na realização dos direitos de Primeira Dimensão, na medida em que ensejam a real liberdade em seu sentido lato, na forma e pelas razões antes apresentadas. O adjetivo *social* se justifica, em outras palavras, pelo fato de tais direitos representarem um suporte para o desenvolvimento, em todos os aspectos, de todas as pessoas que integram a coletividade (expressão coletiva de direito individual).

O indivíduo, então, tem o direito de receber algo, a que se dá o nome de prestação, que pode ser material ou imaterial, daí porque a educação é um direito fundamental social prestacional ⁴⁶.

Como todo direito fundamental e dentro da linha de análise que enquadra todos os direitos fundamentais como faticamente dependentes de ações negativas e positivas do Estado (materiais ou normativas), o direito à educação apresenta duas perspectivas, a objetiva e a subjetiva.

Os direitos fundamentais em sua perspectiva subjetiva têm foco principal no sujeito, no titular do direito, evidenciam-se como direitos subjetivos individuais essenciais à dignidade da pessoa humana, permitindo, assim, que seus titulares exijam comportamentos, negativos ou positivos, dos destinatários públicos ou privados.

Muito embora seja a perspectiva subjetiva, na prática, a de maior destaque, é essencial que os direitos fundamentais não sejam vislumbrados apenas em função da posição jurídica que conferem a seus titulares, mas que sejam também

⁴⁶ Há direitos sociais que não são prestacionais, a exemplo da liberdade sindical e do direito de greve (Constituição Federal, arts. 8º e 9º) e, por outro lado, há direitos prestacionais que estão catalogados como individuais, a exemplo do direito à assistência judiciária gratuita, previsto no art. 5º, inciso LXXIV, da nossa Constituição. Pode-se concluir, então, que nem todo direito social é prestacional e que nem todo direito prestacional é social.

percebidos intensamente em sua ótica objetiva, até porque entre ambas existe um relação de recíproca complementariedade.

Por espelharem interesses essenciais da sociedade, necessários a uma saudável convivência que tem como pressuposto a adequada construção e preservação da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais funcionam como limites ao dever-poder estatal (também aos particulares, pelo dever-poder constitucional de solidariedade, previsto no seu art. 3º, inciso I) e, ao mesmo tempo, como diretrizes para a sua atuação (também para os particulares, em face do referido dever-poder constitucional de solidariedade), na medida em que apontam quais os bens jurídicos mais importantes para uma dada sociedade e os valores básicos em torno dos quais gravita todo o sistema jurídico.

Em outras palavras, os direitos fundamentais não se limitam a função de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do Estado ou contra particulares, mas também constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição e com eficácia em toda a ordem jurídica.

Um primeiro aspecto da dimensão eficaz objetiva é apresentar os direitos fundamentais como normas de competência negativa para o dever-poder público e para os particulares. O que é dado para o indivíduo de liberdade de ação, de livre conformação, é objetivamente retirado do Estado e dos demais indivíduos, subtraído da competência dos órgãos estatais e do pólo ativo dos demais indivíduos.

Um segundo aspecto da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é gerar um efeito de irradiação. Assim, as autoridades estatais e os particulares devem produzir, interpretar e aplicar todo o direito infraconstitucional de acordo com os direitos constitucionais, existindo, pois, uma necessidade de interpretação conforme os direitos fundamentais. Paralelamente, há a eficácia horizontal no âmbito dos direitos privados, o que permite a conclusão de que o processo de filtragem constitucional pela peneira dos direitos fundamentais alcança os atos do dever-poder público e as relações privadas, ou seja, a eficácia irradiante faz com que todo o ordenamento jurídico seja condicionado pelo respeito e pela vivência dos direitos fundamentais.

O terceiro aspecto diz respeito à eficácia dirigente dos direitos fundamentais, na medida em que eles criam para o Estado e para os particulares o permanente dever de concretizar o conteúdo desses direitos, não os deixando como se fossem um alibi ou meros símbolos inúteis para o segmento dominado da sociedade, o que faz muito sentido já que o Estado, em tese, existe para realizar o bem comum, os

particulares estão jungidos ao dever de solidariedade e os direitos fundamentais, como sugere o próprio nome, são os bens e valores mais significativos da sociedade que os consagrou, cabendo ao Estado e aos particulares o dever de sempre agir para protegê-los, implementá-los e expandi-los, facilitando-lhes o acesso.

O quarto aspecto se prende ao dever que o Estado e os particulares têm de proteger/defender os direitos fundamentais, mesmo que ainda não titularizados por um sujeito, contra violações ou ameaças de violação por parte do próprio Dever-Poder Público ou de particulares. É que, em sede de direitos fundamentais, o Estado (Estado-legislador; Estado-administrador e Estado-juiz) é parceiro na realização deles e não seu adversário, assim como também são todos os membros da sociedade, por conta do dever de solidariedade, cabendo-lhe, em consequência, sua diuturna proteção no mais amplo sentido.

O quinto aspecto está relacionado com os deveres de organização e de procedimento, que impõem a criação de órgãos (órgãos públicos, Ong's etc) e vias dialógicas ensejadoras da tutela garantidora dos direitos fundamentais, bem como viabilizadoras desses direitos. Em outros termos, há direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.

O sexto aspecto se configura no dever de satisfação, que é cumprido através de uma conduta material e concreta em prol do titular de um determinado direito fundamental ameaçado ou violado e que tem o respectivo usufruto assegurado e efetivado.

A propósito da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, ensina Paulo Bonavides⁴⁷ que ela produz os seguintes efeitos:

- a) A irradiação e a propagação dos direitos fundamentais a toda a esfera do Direito Privado; [...];*
- b) a elevação de tais direitos à categoria de princípios, de tal sorte que se convertem no mais importante pólo de eficácia normativa da Constituição;*
- c) a eficácia vinculante, cada vez mais enérgica e extensa, com respeito aos três Poderes, nomeadamente o Legislativo;*
- d) a aplicabilidade direta e a eficácia imediata dos direitos*

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p 603 e 604.

fundamentais, com perda do caráter de normas programáticas; e) a dimensão axiológica, mediante a qual os direitos fundamentais aparecem como postulados sociais que exprimem uma determinada ordem de valores e ao mesmo passo servem de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição; f) o desenvolvimento da eficácia inter privatos, ou seja, em relação a terceiros (Drittwirkung), com atuação no campo dos poderes sociais, fora, portanto, da órbita propriamente dita do Poder Público ou do Estado, dissolvendo, assim, a exclusividade do confronto subjetivo imediato entre o direito individual e a máquina estatal; confronto do qual, nessa qualificação, os direitos fundamentais se desataram; g) a aquisição de um “duplo caráter”(Doppelcharakter; Doppelgestalt ou Doppelqualifizierung), ou seja, os direitos fundamentais conservam a dimensão subjetiva – da qual nunca se podem apartar, pois, se o fizessem, perderiam parte de sua essencialidade – e recebem um aditivo, uma nova qualidade, um novo feitio, que é a dimensão objetiva, dotada de conteúdo valorativo decisório, e de função protetora tão excelentemente assinalada pelos publicistas e juízes constitucionais da Alemanha; h) a elaboração do conceito de concretização, de grau constitucional, de que se têm valido, com assiduidade, os tribunais constitucionais do Velho Mundo na sua construção jurisprudencial em matéria de direitos fundamentais; i) o emprego do princípio da proporcionalidade vinculado à hermenêutica concretizante, emprego não raro abusivo, de que derivam graves riscos para o equilíbrio dos Poderes, com os membros da judicatura constitucional desempenhando de fato e de maneira insólita o papel de legisladores constituintes paralelos, sem todavia possuírem, para tanto, o indeclinável título de legitimidade; e j) a introdução do conceito de pré-compreensão (Vorverständnis), sem o qual não há concretização .

Diante do significado das duas perspectivas dos direitos fundamentais acima analisadas (ao subjetiva e a objetiva), é possível afirmar que a nossa Constituição não admite a inércia do Estado frente aos direitos sociais, ou seja, impele o Dever-Poder público a concretizá-los da melhor forma possível, estando todas as funções do dever-poder - a legislativa, a executiva e a judiciária, cada uma com suas particularidades - unidas e comprometidas com os objetivos fundamentais de nossa República,

estampados no seu art. 3º, não havendo que se falar, por conseguinte, em liberdade absoluta de conformação para qualquer do nominados deveres-poderes.

A compreensão dessas perspectivas eficaciais ajuda muito no entendimento a respeito da capacidade dirigente de uma ordem constitucional, objeto do tópico seguinte, bem como na averiguação adequada das opções políticas, inclusive no que tange à alocação de recursos orçamentários (repercussão do dirigismo constitucional sobre as políticas públicas, verdadeiro desafio para a efetividade da Constituição!), permitindo assim o cotejamento de tais opções com os programas constitucionais, em ordem a aferir omissões totais ou parciais.

I.4 Visão atual de uma constituição dirigente e a eficácia dos direitos fundamentais⁴⁸.

Segundo ensina CANOTILHO, uma teoria da constituição só adquire um sentido útil juridicamente, só é constitucionalmente adequada, quando voltada para uma dada constituição positiva, interessando, especialmente, a compreensão e análise da efetividade de seu valor e força normativos⁴⁹, bem como a construção de soluções para os problemas relativos à sua carência de efetividade, em outras palavras, para a eliminação do seu simbolismo.

Quando uma constituição apresenta um conteúdo programático-finalístico, os paradigmas hermenêuticos devem-se ser aptos a movimentar todo o sistema para a transformação desejada pelo Poder Constituinte, pena de consolidar-se o imobilismo e de manter-se o status quo. É o que a doutrina considera *função promocional do Direito*, que convive ao lado da sua tradicional função repressora.

A percepção da Ciência Jurídica como meramente descritiva, em que o sujeito não estabelece nem deve estabelecer com o objeto de estudo relação alguma, porque a ciência perderia a objetividade necessária à precisão dos resultados a serem obtidos, traduz uma concepção ideológica preservadora do status quo, uma manipulação do direito, ao lhe retirar a função transformadora, uma inaceitável inércia e impotência à dimensão crítica e promotora do Direito, o que é incompatível com a sua condição de

⁴⁸ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. Ed. 2ª. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1992, p. 35..

ciência interpretativa e construtiva do seu próprio objeto, em cujo âmbito se opera uma relação dialógica sujeito-objeto, demarcada pela reflexão hermenêutica.

Não é meramente abstrata ou lógico-conceitual a atividade reflexiva que orienta a ciência jurídica, devendo priorizar-se através da razão prática, resolvendo os problemas que se apresentam de modo constitucionalmente adequado.

Um dos grandes problemas a serem enfrentados em nosso País é a falta de efetividade das normas constitucionais programáticas, num ambiente: onde existem as linhas teóricas de estado-mínimo, direcionadas para o encolhimento do Estado Social; onde a própria capacidade regulatória do Estado vem sofrendo limitações diante de fenômenos transconstitucionais robustecidos pelas condições complexas da globalização; no qual há um forte embate pelo controle das políticas públicas.

A vida das pessoas depende da Constituição e a Ciência Jurídica deve, por compromisso ético, funcionar como um instrumento garantidor de que a realidade reproduza, ao máximo, os seus objetivos, operando as mutações necessárias à resiliência de seu texto, até porque é uma ciência prática, voltada para a ação, e não meramente especulativa ou teórica; é normativa (Law in action e não Law in books), desenvolvendo sobre os textos atividade de compreensão crítico-reflexiva e projetiva, idealizando-os na conformidade da moldura constitucional.

Nesse sentido, é necessário robustecer a linha teórica adequada ao problema brasileiro, onde o texto constitucional está muito distante da realidade da maioria de seu Povo, e isso será possível mediante a otimização das políticas públicas de Estado, exatamente aquelas postas no texto constitucional e umbilicalmente ligadas aos objetivos delineados pela Carta Magna, do que necessariamente resultará a retomada do espaço público indevida e secularmente “usucapido” pelo setor privado.

A Constituição deve ser o mais eficiente instrumento de combate à atividade arbitrária ou à inatividade abusiva do dever-poder estatal, estando o Supremo Tribunal Federal, centro de nosso sistema jurídico, responsável por sua guarda.

É preciso blindar a Constituição contra tudo o que se oponha à sua efetividade, especialmente contra os influxos socialmente predatórios do poder econômico, ciceroneado pelo capitalismo financeiro, este o principal ícone da globalização neoliberal, desumanizada pelo fundamentalismo de mercado.

Não tem conseguido sucesso, até o momento, no caso brasileiro, o projeto de Estado Constitucional Democrático Social Republicano e Federal de Direito, porque há uma forte defasagem entre as promessas constitucionais e o baixo nível de

qualidade de vida de nossa Gente, aspecto que não se harmoniza com a vasta riqueza de nosso território e a enorme força e capacidade de trabalho de nosso Povo.

Esse quadro exige, daqueles que cientificamente estudam como normatizar melhor o convívio social, uma urgente e apurada reflexão, aliada à crítica e à elaboração de soluções propositivas, que se voltem para eliminar os problemas de baixa constitucionalidade, expressão aqui utilizada no sentido de mínima efetividade dos comandos da Lei Maior, reforçando a importância do dirigismo constitucional permanentemente atualizado quanto ao seu texto e ao seu contexto. O dirigismo é uma teoria e, como tal, deve ser desenvolvida sempre a partir de problemas práticos que sejam relevantes e tragam desafios para a existência humana, até porque a ciência é uma atividade essencialmente destinada à solução de problemas, é uma *problem-solving activity*.

A defesa do dirigismo constitucional se justifica enquanto proposta para solucionar, dentre outros problemas, o da falta de efetividade das normas constitucionais programáticas e de direitos sociais, cuja solução é importante e impositiva, porque almeja, como prioridade, diminuir o grau de exclusão e de desigualdade existente no contexto brasileiro, marcado pela concentração de riqueza, pelo individualismo cego, por altos índices de exclusão social, ou seja, caracterizado pela negativa das condições existenciais e de cidadania. Nesse desiderato, o dirigismo se propõe a interferir sobre as políticas públicas que tenham foco nos problemas sociais, tentando com isso corrigir os efeitos dos vícios do processo político-democrático, em cujas raízes está a falta ou insuficiência, qualitativa e quantitativa, de uma política pública na área da educação. Urge, pois, que nossa Constituição deixe de ser *dirigida* e, na prática, no dia-a-dia de nosso Povo, ela seja sentida como algo que efetivamente norteia, transforma e resgata, enfim, que *dirige*.

Dentro dessa idéia de tornar a ciência jurídica mais humana e menos dogmática, mais prática, mais real e, conseqüentemente, mais útil para a grande maioria, bem como de colocar os conceitos a serviço da vida e não a vida a serviço dos conceitos, é necessário vitalizar a teoria normativa da constituição dirigente juridicamente vinculante do legislador aos programas constitucionais como um todo e da ação política do Estado concretizada através de políticas públicas, até porque interessa à grande parcela do Povo brasileiro só conceber e acreditar em um Estado Constitucional Democrático Republicano Federal de Direito se ele for um Estado que

intervenha para, também de fato, edificar uma sociedade livre, justa e solidária, valendo ressaltar que, para isso, concepções do neoconstitucionalismo⁵⁰ são úteis.

Numa interação entre teoria e prática, o ponto central, o núcleo, o foco na reformulação e atualização dirigente é o da falta de efetividade.

Para que as normas programáticas saíssem do papel e deixassem de ser álibi para justificação do status quo, houve a necessidade de refundação da reflexão teórica em derredor da constituição, do que proveio a teoria da constituição dirigente, sustentando a vinculação do legislador através de uma nova compreensão sobre as normas programáticas, o que significou uma grande reviravolta nas relações ordinariamente mantidas entre legislador e constituição, porque antes se entendia que a constituição lhe conferia livre e ampla disposição sobre os direitos e determinações constitucionais.

A teoria da constituição dirigente, apostando na força conformadora do direito constitucional, deve buscar sempre uma contínua adequação, tanto ao texto quanto ao contexto, na medida em que sua compreensão acontece conjuntamente com sua interpretação e aplicação, tudo isso exigindo um contínuo esforço de atualização que dá ensejo a uma *living constitution*, mantendo abertos, mas dirigidos, os caminhos relativos às opções políticas fundamentais e ao desenvolvimento das políticas públicas denotadoras da intervenção do Estado, nota típica do Estado Social.

É pela reflexão hermenêutica que é possível operar a adequação substancial da teoria da constituição dirigente ao texto e contexto brasileiros.

Por outro lado, sabe-se que a efetividade de uma Constituição também depende da consciência de sua importância no seio da sociedade, depende da vontade e do sentimento de Constituição. Se o Povo não recebe um processo de educação de qualidade e se a Constituição não realiza as promessas que contém, ela perde credibilidade, a cultura de valorização da Constituição se deprecia ou não se forma, e o seu simbolismo fica mais fácil e mais forte.

⁵⁰ NEOCONSTITUCIONALISMO: conjunto de fenômenos determinantes do efeito expansivo das normas constitucionais: redefinição de institutos nos diversos ramos, tudo com vistas ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3 MARCOS: HISTÓRICO: derrota do Nazismo e do Fascismo; TEÓRICO: Força-Normativa à Constituição (tudo que está na Constituição tem força normativa); Expansão da Jurisdição Constitucional (Constitucionalização dos Direitos Fundamentais e criação de Cortes Constitucionais); Novas categorias de interpretação constitucional; FILOSÓFICO: Pós-positivismo – confluência do jusnaturalismo com o positivismo. Aproximação do Direito à Ética – Centralidade nos Direitos Fundamentais.

A teoria da constituição dirigente trouxe perspectivas, soluções, mas também algumas dificuldades, dentre elas: a constitucionalização da política e os respectivos limites, o que acarreta, como problema derivado, a questão da judicialização da política, a qual, por sua vez, faz emergir as discussões sobre sua adequação ou conflito com o Princípio da Separação dos Poderes e sobre o déficit democrático do Dever-Poder Judiciário para valorar e adotar decisões referentes a políticas públicas. Também carrou, como problemas, o da sobrecarga do Estado Social e das pressões por sua desmontagem que são promovidas pela globalização econômica neoliberal e pelo capitalismo financeiro, fluido e volátil.

O dirigismo deve estar habilitado a superar teorias que desconsiderem o caráter vinculante das direções constitucionais, sendo o caso das que sustentam serem as normas programáticas eficazes apenas no sentido de nortear a interpretação, de ab-rogar o direito pré-constitucional com elas incompatível e de ensejar a inconstitucionalidade de leis manifestamente contrárias ao programa, não admitindo em qualquer hipótese que consubstanciem parâmetro para o controle das políticas públicas.

Para ser uma teoria adequada a cumprir com seu mister, é necessário tenha o dirigismo uma perspectiva multidimensional, transdisciplinar, inerente ao pensamento complexo, em face de sua necessária interação: com o Direito Administrativo, uma vez que não há dirigismo sem intervenção e regulação pelo Estado (Social); com o direito tributário, pois o tributo, como expressão de solidariedade social, é instrumento de redistribuição da riqueza, é mecanismo de obtenção de receita por parte do Estado e, em conseqüência, uma das ferramentas para controle da exceção da reserva do possível; com o Direito Financeiro, na medida em que as leis orçamentárias, conhecidas como leis de meios, traduzem financeiramente as opções e prioridades em termos de políticas públicas, aspecto fundamental, estratégico e condicionante do desenvolvimento das políticas sociais, necessitando o dirigismo, por isso mesmo, de fazer um controle sobre elas, tendo como parâmetro os objetivos e as políticas públicas de Estado agasalhadas pela Constituição ; com a Ciência Política⁵¹ e a Teoria do Estado, para entender a falta de legitimidade da própria política, que fica sob o crivo do Poder Econômico, especialmente do Sistema Financeiro (*bancocracia*), e para estabelecer uma conexão com a política e a realidade social; com a Economia, tendo em vista que os programas constitucionais determinam, com a constituição econômica, a direção da

⁵¹ O dirigismo é antecedente e conseqüente da constitucionalização da política, haja vista as direções para a formulação e adoção de políticas públicas.

ordem econômica e a intervenção estatal no mercado para a concretização dos objetivos postos para o projeto de Estado configurado pela Lex Mater^{52 53 54 55}.

Historicamente, o surgimento do dirigismo constitucional resultou de fragilidades ocorridas no âmbito do constitucionalismo social, o que gerou a necessidade de uma nova compreensão a respeito tanto das relações entre constitucionalismo e democracia, entre Constituição e lei, como das técnicas constitucionais impositivas de atividades prestacionais do Poder Público, próprias ao Estado Social.

Essas referidas técnicas consistem basicamente na consagração de direitos sociais que requerem prestações positivas do Estado e na inclusão de normas programáticas, que contemplam tarefas mais ou menos concretas para a intervenção do Estado sobre a atividade econômica.

Numa visão atual, pode-se afirmar que o constitucionalismo dirigente⁵⁶, inspirado pela solidariedade também dirigente e dirigido para e pela dignidade da pessoa humana, é um constitucionalismo social de segunda geração, porque representa a continuidade e aprofundamento de um processo de luta empreendido pelo constitucionalismo social, surgido por conta da grande defasagem entre, de um lado, os direitos sociais do texto e a programaticidade constitucionais, e, do outro, a realidade circundante, havendo entre o constitucionalismo social e o constitucionalismo dirigente uma relação genética, já que é co-natural ao dirigismo o fortalecimento e a refundação do Estado Social.

Fazendo uma breve retrospectiva do próprio constitucionalismo⁵⁷ e não apenas do constitucionalismo dirigente, tem-se que o constitucionalismo moderno,

⁵² No caso brasileiro, é dever do Estado intervir para promover a realização da ideologia constitucionalmente consagrada, notadamente no art. 170 da Constituição Federal. Logo, havendo uma constituição econômica, automaticamente fica demonstrada que a ordem econômica não é naturalmente ordenada e regulada.

⁵³ A economia, por sua vez, não pode ignorar os efeitos que sobre ela promovem ou devem promover os programas e as direções constitucionalmente vinculantes da política econômica e social.

⁵⁴ O mercado apresenta falhas e é arena de jogos de poder. Para tentar minimizar seus efeitos negativos, devem ser implementadas políticas públicas de ajuste, fruto do intervencionismo estatal social.

⁵⁵ O Direito opera sobre o mercado precipuamente a partir das políticas públicas.

⁵⁶ O constitucionalismo dirigente se move não apenas no sentido da expansão das garantias protetivas da pessoa humana em face das múltiplas e variadas formas de exercício arbitrário de poder, seja ele econômico, político, ideológico ou qualquer outro que possibilite a exploração pela sujeição, mas também com o propósito de promover os objetivos fundamentais elencados pela Lex Legum -

⁵⁷ Existe uma progressiva evolução do constitucionalismo: constitucionalismo moderno, constitucionalismo social e neoconstitucionalismo, que é conexo com o dirigismo constitucional. Em todas as fases, embora por diferentes formas e meios, há a tendência de satisfação da necessidade de proteção da pessoa humana mediante a limitação do poder.

responsável pela fundação do Estado de Direito ⁵⁸, apresenta uma concepção racional-normativa de constituição, pela qual se busca a racionalização e a contenção do exercício do poder através da positivação de limites e garantias num texto escrito e dotado da especial característica da rigidez. Ele, o constitucionalismo moderno, é a resultante da simbiose de concepções filosóficas, políticas, econômicas e jurídicas que se erigiram contra o exercício arbitrário do poder político pelo Estado absolutista e em prol da liberdade individual, notadamente das concernentes à atividade econômica, do que advieram constituições vocacionadas para a afirmação do primado da liberdade sobre o poder e reconhecidas como o mais autorizado instrumento de limitação desse mesmo poder.

O ideário do constitucionalismo moderno se integrou ao movimento iluminista, notadamente pelo culto à razão, compondo-se das doutrinas contratualistas (que deslocaram a titularidade da soberania do Estado para o Povo e passaram a fundamentar os direitos individuais), da separação dos poderes (técnica importantíssima de limitação do exercício do poder), do jusnaturalismo racionalista (que sustentava existir uma ordem e direitos preexistentes ao Estado, inatos ao ser humano e fruto da reta razão e da justiça, alimentador das concepções contratualistas e substituto do jusnaturalismo de fundamentação divina) e do liberalismo político e econômico (potencializador da liberdade no âmbito político e econômico).

A necessidade de limites ao exercício do poder político foi uma decorrência dos abusos do Estado Absolutista, em que o poder era personalíssimo, pertencia ao soberano, que se confundia com o próprio Estado, fundava-se em razões divinas ou tradicionais-nobiliárquicas, variava segundo os humores do soberano, era marcado pela ausência de racionalidade, não apresentando ou almejando qualquer referência pertinente à coerência, à ordenação e, muito menos, à adequação axiológica, e tinha na força o grande elemento de sua afirmação e de sua autoridade.

Erguendo-se contra o Estado Absolutista (Estado de Não – Direito, onde o Poder atuava sem limite jurídico, inclusive quanto ao poder de tributar e ao poder de punir, e o indivíduo não tinha proteção de sua liberdade), nada mais natural ao constitucionalismo moderno do que impor freios ao poder político, independentemente de quem venha a exercê-lo. Esses limites não alcançaram o legislador, mas pelo menos assegurou as liberdades tidas por fundamentais contra o Executivo e o Judiciário,

⁵⁸ Direito que, no Estado Moderno, se reduzia à lei, com exceção dos Estados do common Law.

sobretudo pela aplicação do Princípio da Legalidade, que vinculou e submeteu ambos os poderes à tutela do Legislativo, que já naquela época era controlado pelas elites.

À medida que o constitucionalismo moderno se erigiu em obstáculo ao Estado Absolutista, o poder passou a se submeter a uma lógica racionalizadora que o submeteu a limites e o justificou legitimamente pela soberania popular⁵⁹, concebida como titular do poder constituinte, sendo respeitados os direitos tidos como necessários ao pleno desenvolvimento dos indivíduos, originariamente livres e iguais em dignidade e direitos.

Embora respaldado o Estado no contrato social e titularizada a soberania pelo Poder Constituinte, não bastaria à Constituição estabelecer as condições de exercício do poder, sendo imprescindível que fossem previstas formas de limitação e contenção ao seu exercício, dentre as quais a de maior peso na história do constitucionalismo é a separação de poderes.

Coube a Montesquieu, a partir da análise da Constituição inglesa, a consolidação da teoria da separação de poderes enquanto técnica que assegura a liberdade política, entendendo que cada uma das funções deveria ser desempenhada por órgãos distintos.

Dentre os três órgãos, Montesquieu reputou como o mais frágil o Judiciário, que seria invisível e nulo, salientando que os juízes seriam apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, o que ensejou a prevalência do Dever-Poder Legislativo, até mesmo pela natural subordinação do Executivo em face das leis.

Percebendo não ser suficiente a separação de funções para uma adequada limitação do poder, Montesquieu estabeleceu os fundamentos para que a separação de poderes fosse reforçada e complementada pela capacidade de um poder frear o outro no exercício de suas atribuições, prevenindo, assim, o exercício arbitrário por qualquer

⁵⁹ O fundamento da soberania seria o exercício da vontade geral oriunda do pacto social. O pacto social consiste na alienação total da liberdade de cada indivíduo em favor da comunidade; e como todos alienam tudo, ninguém se submete especificamente a ninguém, e todos detêm a coletividade, sintetizando-se na previsão de que cada indivíduo concede o seu poder à administração da vontade geral, recebendo cada membro uma fração indivisível do todo. Do contrato social provém o Estado, tendo por associados o povo. A soberania, então, passa a ser do povo. O Poder Constituinte, titularizado pelo Povo, é exercido para constituir o próprio Estado, desconstituindo, para tanto, a ordem jurídico-política pretérita, sem qualquer limitação. É introduzida a distinção entre poderes constituídos e poder constituinte, ficando claro que a constituição provém da vontade nacional, enquanto as leis resultam da ação do Poder Legislativo.

deles, o que consubstancia o sistema de freios e de contrapesos⁶⁰. No entanto, quanto ao Judiciário, não poderia ter qualquer atribuição que impedisse os demais poderes de exercer seus misteres, donde se conclui a sua exclusão, nesse sentido, do sistema de freios e contrapesos, aspecto que representou um obstáculo ao reconhecimento futuro do caráter normativo e supremo da Constituição, porque não se admitia a possibilidade de haver qualquer órgão de censura ao legislador.

Um dos grandes desafios para os teóricos da separação de poderes está na inviabilidade de uma total independência entre eles, bem como na tensão entre independência e sistema de freios e de contrapesos.

Evidentemente que a doutrina de Montesquieu, pela distância temporal e pelo imobilismo da reflexão jurídica, necessita de uma atualização no âmbito de uma teoria da constituição dirigente constitucionalmente adequada.

Qualquer teoria que tenha por escopo a promoção do império da ordem constitucional, notadamente das normas programáticas e das cláusulas de diretividade política e econômica de determinada constituição, deve levar a sério o princípio da separação dos poderes, não como obstáculo, mas como veículo de proteção dos direitos fundamentais, na medida em que é ferramenta de contenção do arbítrio legislativo, executivo e judiciário.

Levar a sério o princípio da separação de poderes importa na necessidade de tematizar questões como a da legitimidade da jurisdição constitucional enquanto mecanismo contramajoritário, tendo subjacentes tanto a questão respeitante ao sentido e função da democracia, quanto a da judicialização da política motivada pela constitucionalização das políticas públicas.

Nesse aprofundamento sobre o princípio da separação dos poderes, que não deve ser um dogma, é interessante verificar como ele foi institucionalizado pelo constitucionalismo americano e pelo francês.

O constitucionalismo americano é responsável por lançar as bases, fundamentar e inaugurar o controle jurisdicional de constitucionalidade, imprescindível para que à Constituição seja conferida supremacia normativa, sujeitando também o legislador ao seu império normativo.

⁶⁰ O sistema de freios e de contrapesos é uma demonstração inequívoca de que as funções não são estanques. Não faz sentido um controle só para as ações exorbitantes, porque seria um controle parcial e ineficiente. O controle deve incluir também as omissões.

Já o constitucionalismo francês não abrigou o princípio da supremacia da constituição, prevalecendo a supremacia do Parlamento, ou seja, instalou um constitucionalismo sem constituição.

De um modo geral, o constitucionalismo moderno foi também um constitucionalismo sem constituição, insuficientemente libertário, pois o Dever-Poder Legislativo não estava adstrito à observância da Constituição, do que decorreu, ao invés da supremacia da constituição, a supremacia do Parlamento. Dizendo em outras palavras, deve ser enfatizado que, malgrado o êxito do constitucionalismo moderno enquanto movimento de limitação ao exercício do poder, sujeitando o Executivo e Legislativo à legalidade e contendo o âmbito de atuação do Estado pela restrição derivada do liberalismo, assinalando-lhe objetivos e fins muito específicos e reduzidos, não havia o traço típico e ineliminável das constituições contemporâneas, qual seja, a sua supremacia sobre o Legislativo. E sem a domesticação do poder político exercido pelo Legislativo, não existiria constituição em sentido técnico-específico, porquanto destituída da supremacia normativa e de um órgão que fosse o seu guardião pelo exercício da jurisdição constitucional.

Como antes assinalado, o jusnaturalismo racionalista também compôs o quadro de sustentação dos deveres e direitos fundamentais e da primazia da lei no constitucionalismo moderno, razão pela qual passamos a apresentar os respectivos elos de conexão.

O direito tinha como razão existencial viabilizar e estabelecer as condições de exercício da liberdade segundo uma lei geral.

O caráter geral remeteu à abstração do direito, que não se prendia ou não se atinha a particularidades ou a situações específicas, sendo considerado um *a priori*; desse modo, acabou por corresponder a uma necessidade da burguesia que desejava firmar as bases do capitalismo⁶¹, isentando a reflexão jurídica da realidade e das condições de sua vigência, tornando-a insensível às diferenciações e às peculiaridades dos membros da comunidade, dando ensejo a um direito inodoro e incolor, igual para todos porque todos, nessa ordem de idéias, deteriam a mesma condição de racionalidade e de liberdade.

⁶¹ A generalidade, abstração, igualdade na aplicação e certeza são propícias à facilitação das transações comerciais em razão da predição e certeza que agregam aos agentes econômicos, capacitando-os a calcular os custos e benefícios das operações desenvolvidas.

Dessa fundamentação racional da liberdade, proviria a igualdade, ambos direitos que serão sustentados como individuais e inatos, voltados para o homem-indivíduo racional, abstratamente considerado e, como tal, efetivamente inexistente.

A nota típica para os direitos de liberdade foi a da existência de um direito anterior ao que é posto pelo homem, anterior ao que é positivado, anterior que é superior e imutável em relação a este (o positivado) e que deve ser o mais adequadamente refletido pelo direito positivo.

Disso se infere que o jusnaturalismo corresponde a um esforço da reflexão humana para descobrir ou deduzir as leis que permitam a justa regulação das relações sociais, sendo a justiça o que legitima o direito natural, o qual, pela sua condição de anterioridade e de superioridade, condicionaria a validade do direito positivo.

O jusnaturalismo conduz, então, ao problema do conteúdo do direito, pois só seria direito a lei que expressasse uma noção material adequada do que fosse reputado como justo. Daí adveio o problema de como se chegar ao justo, cujas dificuldades e insuficiências foram progressivamente sendo destacadas até que surgiu o seu movimento de oposição, consubstanciando o positivismo jurídico.

Enquanto para o direito positivo a lei injusta não deixava de ser lei se fossem observados os pressupostos de sua positivação, para o jusnaturalismo a lei injusta não seria direito.

Com o advento do Iluminismo e a exaltação da razão humana, a fundamentação do jusnaturalismo deixou de ser de origem divina e passou a residir na capacidade de reflexão do próprio homem que, pela reta razão, descobre as leis do direito justo.

Na medida em que a lei foi reputada como expressão da vontade coletiva, seria contrário à razão que alguém se desse leis que encerrassem qualquer injustiça e, assim, expressaria sempre o legislador leis que detivessem a qualidade da justiça proveniente da razão.

O direito positivo passou automaticamente a gozar dessa qualidade de ser expressão do direito natural, prejudicando uma das funções do jusnaturalismo que é a crítica do direito positivo existente. Se o legislador atua pela expressão da vontade coletiva e se tal é fundada na razão humana, conseqüentemente a lei positiva será dotada de uma racionalidade intrínseca à existência e à natureza humanas, vindo assim a preparar o advento do positivismo jurídico.

O jusnaturalismo racionalista passou a justificar a limitação dos poderes do Estado, na medida em que este deveria respeitar os direitos inatos ao homem, existentes antes mesmo da formação da sociedade política.

Com o jusnaturalismo estava respaldada a necessidade de respeito e observância aos direitos individuais, restritivos da atuação do Estado, e sustentada a separação entre Estado e sociedade civil, entre o político e o econômico, entre o público e o privado. Essas separações, diga-se de passagem, subjazem ao liberalismo, tanto político quanto econômico, que também integrou o ideário do constitucionalismo moderno. É sobre o liberalismo que agora passaremos a discorrer.

O constitucionalismo moderno teve incorporado ao seu ideário a doutrina do liberalismo, que se associou ao fio condutor que é próprio da noção de Constituição, consistente na limitação ao exercício do poder político e à consagração dos direitos fundamentais.

O liberalismo encarnou uma conjunção de idéias e princípios, como a limitação do poder do Estado, a existência de ampla liberdade política e econômica, a oposição ao arbítrio dos mais variados matizes, além de ser usualmente cindido em liberalismo político e liberalismo econômico, não havendo uma relação de implicação mútua e necessária entre os mesmos, pois o liberalismo político pode não implicar o liberalismo econômico, e vice-versa.

O liberalismo político foi associado à democracia e à liberdade política (Estado de Direito), enquanto o econômico foi vinculado à separação entre Estado e Sociedade, a partir da fundamentação jusnaturalista dos direitos individuais, pressupondo e sustentando as liberdades econômicas, conducentes à institucionalização do sistema econômico capitalista (Estado-mínimo).

A relação entre constitucionalismo moderno e liberalismo é íntima, pois ambos se erigem em face do Estado Absolutista e do exercício arbitrário do poder político.

A concepção do liberalismo econômico (que se manifesta atualmente, de maneira renovada e disfarçada, sob a denominação de *neoliberalismo*) sustentou, conjuntamente com o liberalismo político, o advento do Estado Liberal, entendido como Estado Mínimo, propiciada pela natural separação, proveniente do jusnaturalismo racionalista e das doutrinas contratualistas, entre Estado e sociedade, política e economia.

Com efeito, se há uma ordem natural no mercado, se os agentes econômicos dirigem-se à satisfação do seu auto-interesse, se dispõem de uma racionalidade intrínseca à condição humana, que se associa à racionalidade inerente às leis do mercado, notadamente a da oferta e da demanda, o mercado tem a plena capacidade de regular a produção pelo consumo, num ambiente de livre concorrência, que maximiza a potencialidade da produção e possibilita uma maior facilidade para a aquisição dos produtos.

Não podendo essa ordem natural ser perturbada por interferências externas, o liberalismo econômico trouxe consigo as condições necessárias à consolidação do sistema econômico capitalista, voltado à obtenção do lucro pela acumulação de capital.

A influência do liberalismo econômico foi tão sentida que da concepção conducente ao Estado Liberal proveio boa parte das teorias integrantes da reflexão sobre a Constituição e sobre os direitos fundamentais e que, de certo modo, por terem se constituído em dogmas pelo imobilismo do pensamento jurídico, cujos paradigmas permanecem atados àqueles da filosofia do sujeito, de cunho liberal e individualista, próprios dos séculos XVIII e XIX, desafiam a instituição de uma teoria da constituição dirigente adequada ao texto e contexto brasileiro, em que haja a devida percepção do entrelaçamento entre direito, política e economia.

Além do seu ideário de limitação ao exercício do poder, o constitucionalismo moderno apresentou outro núcleo, qual seja o dos direitos fundamentais que, ao surgirem, foram consagrados como direitos individuais, tanto pelo constitucionalismo americano como pelo constitucionalismo francês, e que mais tarde seriam classificados como de primeira dimensão.

A consagração dos direitos individuais foi, ao mesmo tempo, a motivação causadora e o objetivo do constitucionalismo moderno.

Tanto o constitucionalismo inglês como o americano e o francês foram muito pródigos na consagração de direitos individuais, compartilhando de um substrato filosófico, político e econômico razoavelmente comum, que dá compostura ao constitucionalismo moderno.

Essa prodigalidade não foi fortuita, pois correspondia, efetivamente, aos anseios de resistência à opressão de um Estado Absolutista no caso francês, à retomada de direitos e prerrogativas outrora reconhecidos em se tratando do americano, e à ampliação da tutela das liberdades já tradicionalmente reconhecidas no âmbito inglês.

Os direitos fundamentais, na origem do constitucionalismo e ainda restritos aos direitos individuais, corresponderam, se feita uma leitura da Declaração de 1789, à expressão de um valor comunitário, compartilhado pelos membros da sociedade, mesmo que de feição individualista, devendo, conseqüentemente, vincular a ação do Estado, encerrando, desde as origens do constitucionalismo moderno, e ainda que pautado pela concepção individualista e liberal de homem, a dimensão projetiva dos direitos fundamentais, associada aos objetivos do Estado. Tais direitos individuais deveriam ser promovidos ativamente, dirigindo-se ao legislador, como expressão da vontade geral, que deveria conduzir o Estado no sentido do atendimento da projeção do sentido material que emana dos direitos individuais. Por tal razão, é possível afirmar que a Revolução Francesa trouxe em seu bojo um projeto de construção de futuro baseado nos direitos individuais e potencializado na noção de poder constituinte e na concepção institucional conferida ao Poder Legislativo.

A dimensão projetiva dos direitos individuais é usualmente olvidada, pois a eles não se costuma atribuir um caráter de programação da ação pública e das políticas públicas, o que só tem acontecido em relação aos direitos sociais. Disso decorre que a dimensão dirigente das constituições e o caráter programático dos direitos fundamentais, projetando uma construção de futuro, são inatos ao constitucionalismo.

Naturalmente que, no âmbito do constitucionalismo moderno francês, o caráter projetivo de futuro não se endereçava, evidentemente, à transformação das relações sociais mediante a instituição de uma rede de proteção social, o que veio a se consolidar com a evolução constitucional, inferindo-se que o conteúdo programático ou de projeção, relativamente aos direitos fundamentais, é variável, pois a constituição é portadora de historicidade e se integra num âmbito cultural. Isso todavia não infirma a congênita potencialidade e capacidade de projeção de futuro, que se convencionou denominar de *dirigente*.

Do ponto de vista histórico, a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 12 de junho de 1776, antecedeu à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, embora a esta tenha sido atribuído um caráter paradigmático.

Esses dois movimentos constitucionais tiveram objetivos institucionais distintos, em face de representarem, respectivamente, contraponto a ambientes político-econômico-institucionais distintos: a Revolução Francesa teve um caráter violento, de ruptura com a ordem político-institucional e jurídica vigente, denotando toda a potencialidade desconstitutiva e constitutiva do Poder Constituinte, e se opunha ao

arbítrio do Estado Absolutista e à sociedade estamental, à existência de privilégios e regalias mais centradas em favor dos nobres e do clero, obstaculizando o desenvolvimento das forças econômicas e a instituição do capitalismo, além de conduzir à debacle social; a Revolução Americana, por sua vez, traduziu a oposição dos colonos à negação da Coroa britânica quanto ao respeito das liberdades e autonomia que lhes foram costumeiramente reconhecidas, havendo o desiderato não propriamente de ruptura da ordem político-econômica-institucional e jurídica, mas a fundação de um novo Estado, com a assunção da soberania pelo seu povo, necessária para a reabilitação das antigas liberdades.

As principais diferenças entre ambas consistiram na recorrente referência à lei, com a disciplina pertinente a um legislador virtuoso (legiscentrismo do constitucionalismo francês), na acentuação da soberania na nação (francesa) e não no povo, e na previsão da Declaração americana de alguns direitos que não estavam expressamente declarados na francesa, como a liberdade de imprensa, abrigada pelo art. 12 e tida como um dos maiores baluartes da liberdade, e a liberdade religiosa, constante do art. 16.

Se as Declarações francesa e americana são muito similares quanto à matéria relativa aos direitos individuais, possuíam, como dito, concepções diversas quanto ao legislador e à separação de poderes, distinção essa que não se deixa de entrever pelos seus respectivos textos, a não ser pela recorrente remissão e reenvio à lei que fez a Declaração francesa no que respeita aos direitos individuais.

Por outro lado, cada uma delas deu contribuições específicas para a história do constitucionalismo.

A experiência americana propiciou o advento do federalismo, do presidencialismo, da positivação e rigidez constitucional, e, mais especificamente, da supremacia da Constituição, mediante a instituição do controle de constitucionalidade.

A Declaração francesa foi universalista, abstrata e buscava a transição de uma tradição política para a modernidade; a Americana era concreta, garantista e fundava um novo Estado.

A Declaração americana destinava-se à afirmação dos direitos individuais de um povo concreto e existente, mencionava, em seu preâmbulo, a felicidade dentre os objetivos da associação política e dela se inferia uma preocupação com o bem comum. Por sua vez, a Francesa não se dirigiu a um povo, mas à defesa das liberdades e demais direitos individuais do homem e do cidadão, percebidos e

compreendidos como indivíduos abstratamente considerados, voltando-se, assim, para a sustentação de direitos pertinentes ao gênero humano, tanto na esfera da sua vida privada e do desenvolvimento da personalidade quanto da vida pública no espaço político e, nessa condição, concerne ao homem e ao cidadão em si mesmos, e não a um ou alguns homens ou cidadãos especificamente existentes em dado tempo e lugar;

O problema havido no constitucionalismo francês foi que o pêndulo se voltou a favor do legislador, de modo que a ausência do desenvolvimento de uma teoria que sustentasse a sua vinculação às projeções dos objetivos e finalidades constitucionais, que promanaram dos direitos individuais, obstaculizou a consolidação do constitucionalismo, à míngua do controle de constitucionalidade e do caráter propriamente normativo da Declaração e das Constituições francesas, o que redundou no chamado *constitucionalismo sem constituição*, dependente da boa disposição e da bondade do legislador.

De outra parte, a igualdade consagrada na referida Declaração, embora indicando a igualdade de todos, acabou sendo a igualdade perante a lei, definida no art. 6º, terceira parte, em que se exigiu fosse a mesma para todos, tanto para proteger como para castigar, do que se depreende o seu caráter meramente formal, sem qualquer consideração às circunstâncias fáticas em que estivessem inseridos os indivíduos .

Ora, como os indivíduos são iguais quanto à natureza humana, e por esta lhes conferir a razão, que se supunha comandava as suas ações sempre de forma correta, honesta e justa, todos deveriam ser estritamente iguais em sentido jurídico. Enquanto indivíduos, abstratamente considerados, sem sopesar as relações sociais, as situações de fato e eventuais sujeições a que estivessem submetidos, todos realmente seriam iguais porque disporiam da mesma razão e da mesma capacidade de discernimento, sendo a desigualdade de fato também pertencente à ordem natural.

Ainda que a consagração da igualdade formal tenha sido de sobrelevada importância no constitucionalismo como forma de sobrepujar o arbítrio de uma ordem estamental, a sua persistência até o século XX veio a dar ensejo a um direito positivo inodoro, incolor, insípido, alheio à realidade, o que permeou também o plano teórico, com a formação de dogmatismos e de mitos, cuja superação até a atualidade se entremostra dificultosa.

Garantida por uma concepção material de lei destituída de caráter axiológico, pois limitada a atribuir à lei as características de generalidade (concernente aos sujeitos) e abstração (que se atém, enquanto exigência da generalidade, à descrição

das situações fáticas que são o suposto para a aplicação), pelas quais haveria um tratamento igual para todos, seja por impor gravames, seja para beneficiar, a igualdade formal viria a ser de extrema importância para o desenvolvimento da liberdade econômica, notadamente por repercutir na liberdade contratual, demitindo-se ou não aceitando qualquer encargo relativamente aos problemas sociais.

Desse modo, a lei se revestia de uma insensibilidade à realidade e o direito igual para todos tornou-se uma exigência da neutralidade do Estado Liberal, que deveria deixar que tais relações entre homens, entendidos como indivíduos dotados de discernimento racional, buscando a satisfação de seu auto-interesse, fossem regidas pelas leis do mercado, tanto no que se refere ao comércio como no que respeita ao trabalho, orientadas pela oferta e pela demanda, que dirigiam a mão invisível do mercado.

A generalidade da lei, cuja visão libertária e emancipatória ignorava a necessidade de contenção não apenas do poder político, mas também do poder econômico, foi própria do Estado de Direito liberal e tinha como pressuposto a existência de uma determinada ordem socioeconômica, remissiva ao mercado da livre concorrência.

Cumprido salientar, entretanto, que essa generalidade não proibia que a lei discriminasse, até porque todas as normas nada mais fazem do que discriminar situações, ao atribuir-lhes regimes jurídicos distintos, ficando proibida apenas as discriminações assentadas em critérios impertinentes ou irrelevantes para a constituição de um regime jurídico distinto.

Não obstante isso, a igualdade referida à igualdade perante a lei, segundo a concepção desenvolvida no curso do liberalismo político e econômico, não tomava como situações habilitantes ao tratamento diferenciado as condições materiais de existência e as eventuais situações de sujeição ou de desigualdade fática que pudessem existir, pois tais desigualdades eram concebidas como pertinentes à ordem natural; ademais, governando-se os homens pela reta razão no âmbito da liberdade, e sendo todos igualmente livres, não haveria qualquer fundamento habilitante a uma discriminação. Em outras palavras, as distintas condições sociais e a desigualdade material, como também a propiciada pelo poder econômico, não poderiam ser reputadas como relevantes para ensejar um tratamento distinto, pois se chocavam com o liberalismo político e com o liberalismo econômico.

Tal concepção ⁶²deu ensejo à opressão da classe trabalhadora, que, para incorporar ao processo produtivo do capitalismo, só dispunha da energia pessoal, sendo destituída dos demais bens de produção.

Além das liberdades e da igualdade, a Declaração francesa também albergou a propriedade, outro dos direitos naturais que compôs o quadro institucional necessário para a afirmação e consolidação do sistema econômico capitalista, tendo sido tal direito considerado absolutamente imprescindível, pois a livre iniciativa e a livre concorrência, segundo essa linha de pensamento, nada mais faziam do que viabilizar a atuação dos agentes econômicos em função da propriedade dos bens de produção e da titularidade do capital, tudo com foco na produção, repartição, circulação e aquisição dos bens destinados ao consumo.

Originariamente, os direitos individuais (direitos fundamentais de primeira dimensão) tinham, como uma de suas notas típicas, a condição de serem percebidos como direitos naturais, anteriores ao Estado e superiores às leis positivas, que deveriam observá-los e regulá-los da maneira adequada para a sua proteção e garantia.

Fundamentando-se no jusnaturalismo racionalista e no contratualismo, a qualidade de direitos naturais se evidenciou pelo teor dos preâmbulos das constituições e declarações de direitos do período, sempre fazendo menção ao caráter meramente declarativo de tais direitos, e não constitutivo.

Provindo do homem ainda enquanto ser no estado da natureza, não poderia o Estado voltar-se contra esses direitos, até porque estava fundado na necessidade de que tivessem os indivíduos maior segurança e proteção na sua conservação e obtenção, o que não se fazia possível no estado da natureza.

Dessa forma, justificava-se a contenção do exercício do poder político que, tendo de garantir os direitos superiores, estaria adstrito a não interferir quando não fosse premente para assegurá-los.

Outra nota típica dos direitos individuais, segundo o pensamento do constitucionalismo moderno, consistiu na sua dependência para com o legislador, ou seja, na sua baixa densidade normativa.

A necessidade de *interpositio legislatoris* como condição para a aplicação dos direitos individuais foi desenvolvida amplamente na doutrina francesa devido ao

⁶² Não havia a dimensão omnicomprensiva da igualdade, que conduz à integração entre as tensões que respeitam à igualdade formal e à igualdade material.

caráter altamente filosófico e dogmático das declarações de direitos, além do otimismo e da crença na bondade do legislador, o que se confirma pela recorrente referência à lei na Declaração de 1789.

O legislador detinha ampla e livre disposição dos direitos fundamentais, podendo torná-los inócuos apenas pela inércia, ou defraudá-los e descaracterizá-los, o que se soma à concepção de lei como expressão da vontade geral, naturalmente boa e insuscetível de voltar-se contra a própria nação, além da restrita interpretação conferida à teoria da separação de poderes, compondo o quadro da supremacia do Parlamento ou do legiscentrismo, frustrando a aptidão libertária e emancipatória dos direitos individuais.

É muito esclarecedora a análise da origem da dependência do legislador quanto à efetividade dos direitos individuais, sobretudo para uma melhor compreensão crítica dessa característica quanto aos direitos sociais.

Outra peculiaridade dos direitos individuais sustentada pelo constitucionalismo moderno residiu no fato de terem sido considerados como direitos absolutos, o que não significava que poderiam ser exercidos ao livre talante do indivíduo, e sim que havia uma relação de precedência e prioridade dos direitos individuais em face de todo e qualquer outro interesse que não possuísse o mesmo status de direito individual.

Como última especificidade, os direitos individuais eram tidos como direitos negativos ou direitos à abstenção, sendo o seu conteúdo material definido por um dever de não atuação e de não intervenção do Estado. A oposição ao Absolutismo impunha o estabelecimento de proteção ao indivíduo contra interferências indevidas do poder público, do que se extraiu a definição dos direitos e liberdades como obrigação jurídica de abstenção, direitos no status negativus, direitos de oposição ou de resistência perante o Estado.

O dever de abstenção que caracterizou a postura do Estado em face do indivíduo derivou, então, do conteúdo jurídico dos direitos individuais, que iria, mais tarde, afastar, por si só, a doutrina da regulamentação das liberdades, passando a serem compreendidos como direitos dotados de valor jurídico em si mesmo e auto-aplicáveis, dispensando a *interpositio legislatoris*, malgrado o caráter filosófico de que estavam impregnados.

Transpondo esse dever de abstenção para a ótica econômica, o Estado liberal foi e é de intervenção mínima no mercado e na ordem econômica em geral,

porque as liberdades econômicas exigem que se abstenha de neles intervir, devendo atuar os agentes econômicos conforme a reta razão na busca do seu auto-interesse, guiados pelas leis naturais da demanda e da oferta.

Essa compreensão das liberdades como direitos fundamentais negativos, impositivos de um non facere dirigido ao Estado, não se afigura mais compatível com uma teoria da constituição dirigente que seja constitucionalmente adequada, porque tem como pressuposto uma visão reducionista e limitada do texto e da norma constitucional, sendo manifestamente incompatível com os postulados inaugurados pelo neoconstitucionalismo principialista, de caráter pós-positivista.

As doutrinas, ideologias e concepções do constitucionalismo moderno fizeram do Estado de Direito um Estado Legal ou Legislativo, restringido à mera legalidade, em que havia a supremacia do Parlamento, que detinha a livre disposição dos direitos fundamentais. Pelas mesmas causas, o Estado de Direito era também um Estado Liberal, destituído de quaisquer preocupações reais e concretas de caráter existencial, notadamente quanto aos problemas advindos da desigualdade social, portando usualmente uma feição absenteísta ao fundamento de que a *mão invisível* regularia naturalmente o mercado.

Urge, pois, estudar os efeitos de tais estruturas (legalidade e liberalismo econômico) quanto ao caráter jurídico, imperativo e normativo das constituições, a fim de que, conhecidos que sejam, possam ser devidamente superados pelo dirigismo constitucional, obtendo-se, assim, a máxima efetividade dos preceitos programáticos e das direções constitucionalmente vinculantes.

Nessa linha, o primeiro tema a ser analisado é o sentido da expressão Estado de Direito, que não pode mais ser entendido, nos quadrantes histórico-culturais do constitucionalismo atual, como um Estado Legal, como outrora, ou transformar-se num Estado contratual, em que prevaleça a *Lex mercatoria*, como sustentado por algumas posturas teóricas intituladas pós-modernas.

O Estado de Direito é a forma de manifestação institucional do Estado, intrínseca ao constitucionalismo, tendo por desiderato tanto promover a domesticação do exercício do poder político, opondo-se ao Absolutismo, como também a proteção da pessoa humana.

A domesticação do exercício do poder se dá através do direito, impondo limites, instituindo a separação de poderes e consagrando as contenções derivadas dos direitos fundamentais. Tem-se, então, que a nota típica e mais relevante para

caracterizar o Estado de Direito é a de que se constitui num regime jurídico-institucional pelo qual se dá a sujeição do poder político ao direito. O direito contém o poder, embora seja, ele próprio, expressão do poder ⁶³.

A juridicização para a contenção do exercício do poder, que resulta dos textos constitucionais, é que marca a institucionalização do Estado de Direito, almejando a realização do antigo desiderato de assujeitar o poder político ao direito, sucedendo o governo dos homens pelo governo das leis. O governo, que não mais deve expressar-se arbitrariamente, é limitado e legitimado pelo direito.

Todavia, a atuação do Estado de Direito, enquanto Estado Legal, trouxe à tona a difícil relação travada entre as leis e os casos particulares. A pluralidade de situações efetivamente existentes denota a impossibilidade de a fórmula genérica e abstrata da lei tratá-las de forma adequada.

A opção do constitucionalismo moderno consistiu em admitir ser melhor o governo das leis, notadamente pelo fundamento oriundo do jusnaturalismo racionalista de que a lei é expressão da vontade geral e, como tal, exprime excelência, sendo a vontade geral possuidora de uma racionalidade intrínseca.

Entretanto, o governo das leis ocasionou três problemas, quais sejam: o do risco de leis arbitrárias ou injustas, o que mais tarde levaria ao controle de constitucionalidade do conteúdo das leis; o da necessidade de se fazer justiça ao caso concreto, mediante a superação da generalidade e abstração das leis em confronto com as especificidades da matéria examinada, o que remeteu ao caráter da ciência do direito constitucional como metagarantia; e o da ausência de leis, o que mais adiante levou à inconstitucionalidade por omissão.

No primeiro constitucionalismo, a percepção de que o direito era dotado de uma racionalidade intrínseca levou a uma aplicação quase mecânica da lei mediante o recurso à subsunção.

Ora, nem a constituição, nem as leis ou o direito como um todo dispensam a concorrência do homem para lhe dar aplicação e conferir-lhe efetividade. Descobrir, interpretar e aplicar as leis são atividades que só podem ser desempenhadas por homens, até porque as leis, como dito, não são suficientes em si mesmas para aplicação automática, independentemente das colorações e peculiaridades de cada caso concreto.

⁶³ É que o poder contém o poder, no limite do que interessa ao poder contingente, representante do poder econômico.

Tal concepção, porém, não deve redundar num governo dos juízes.

A outra questão, também intrincada e que também adveio com o constitucionalismo é a da ausência de leis, ou seja, da ausência de governo pela inexistência das leis que sejam tidas por necessárias e imprescindíveis.

Se o Estado de Direito volta-se à promoção do governo das leis, e se há leis necessárias à disciplina de determinados direitos fundamentais, sua inexistência pela inércia legislativa conduz o Estado de Direito a se demitir do seu encargo, transmudando-se em Estado do Não-Direito . E Estado de Não-Direito é Estado de Não-Governo, de Não-Democracia, de Não-Justiça e de Não-Direitos Fundamentais.

Nesse sentido, fica patente o distanciamento da função legislativa dos quadrantes e das imposições que lhe sejam constitucionalmente assinaladas, pois o Estado de não-Direito é aquele em que não há o direito que deve existir e, conseqüentemente, prejudica tanto o viés de limitação do poder, quanto a proteção dos direitos fundamentais. O arbítrio contra a dignidade, a solidariedade e a igualdade se dá também por omissão, que deixa campo aberto para o desempenho da *mão invisível* do mercado, guiada pelo *laissez-faire*.

No constitucionalismo moderno, a ausência do Estado de Direito quanto à ordem econômica induziu a concebê-la como submetida a um governo da *Lex mercatoria*.

Para ser possível construir-se uma teoria da constituição constitucionalmente adequada ao texto e contexto brasileiros, que supere os três problemas acima apontados, é necessário tanto uma concepção de Estado Material de Direito , quanto uma modificação das relações entre constituição e leis.

O Estado de Direito, como noção pautada pela historicidade existencial, como um vir-a-ser progressivo, sempre aberto para as potencialidades que lhe são impostas quando o texto constitucional vem à fala, não pode ficar limitado e nem ser confundido com os paradigmas que caracterizam o Estado de Direito Liberal.

Dentre as categorias abrangentes dos tipos do Estado de Direito, há a que o delimita como uma fórmula meramente procedimental ou processual, sem qualquer conteúdo material que lhe seja típico, consubstanciando o Estado de Direito formal; em contrapartida, há igualmente a categoria do Estado de Direito material, que o associa com determinados valores e objetivos que demarcam a significação substantiva dessa fórmula, dando-lhe sentido e função.

O Estado de Direito Material incorpora à dimensão processual e formal, impositivas do respeito à legalidade e às garantias processuais existentes, uma imprescindível dimensão material, pois o seu sentido é substantivado e substancializado, ou seja, é axiologicamente preenchido e finalisticamente integrado e dirigido, agregando hodiernamente não apenas a legalidade, mas também a prevalência da própria ordem constitucional e o imprescindível controle de constitucionalidade.

De qualquer sorte, o Estado de Direito tem sempre objetivos e finalidades em torno dos quais se erigiu o próprio Estado, ou seja, todo Estado encerra uma finalidade que justifica a coesão comunitária mediante uma cosmovisão compartilhada. Foi a perda dessa perspectiva teleológica e da consciência a respeito da co-existencialidade entre Estado de Direito e direitos fundamentais que conduziram ao Estado de Direito formal. Coadjuvando esse processo de concepção meramente formalizada do Estado, houve o desenvolvimento do capitalismo e do individualismo possessivo, associado ao recrudescimento do legalismo ou do legiscentrismo decorrente da superação do jusnaturalismo pelo positivismo, o que se consolidaria até o constitucionalismo de Weimar.

Ora, ao se perceber que o legislador detinha a livre disposição dos direitos fundamentais e ao se identificar a progressiva superação do direito natural pelo direito positivo, diante da crise sofrida pelo primeiro e do soerguimento do dogma do legislador racional, tanto os direitos fundamentais como os objetivos existenciais do Estado, enquanto expressão comunitária, passaram a ser reconduzidos à lei.

A redução da noção de Estado de Direito à mera legalidade, com primazia do Parlamento, marca todo o período histórico do constitucionalismo moderno, avançando pelo Estado Social até o pós-guerra.

Nesse período, o Estado sofreu um processo de despolitização, distanciando-se dos valores e objetivos comunitários e constituindo-se num instrumento neutro e opaco, necessário à preservação do status quo, exigido para que o *laissez-faire* prosseguisse institucionalizado. Ficou o Estado, em outras palavras, a serviço da burguesia, deixando o mercado ao poder econômico e enredando a liberdade e a igualdade por um aspecto meramente formal.

Ora, uma das funções do dirigismo constitucional é justamente assentar o Estado numa legitimidade materialmente fundada pelos objetivos que lhe são assinalados e pelos deveres de conferir efetividade aos direitos fundamentais, tornando legítimo, nessas condições, o exercício do poder político pela ação pública juridicizada.

No caso brasileiro, onde há um elevado índice de exclusão social, o projeto de emancipação social exige que seja reestruturada a relação entre os poderes, no sentido de todos implementarem ao máximo possível os programas constitucionais, no que lhes competir.

O dirigismo, reforçado pelo neoconstitucionalismo, assim, justifica-se prontamente como postura teórica suscetível de afirmar as condições para a efetividade dos direitos fundamentais e dos objetivos constitucionais, cultural e existencialmente construídos numa vivência comunitária que resista à crítica e ao ambiente da era pós-moderna, marcado pela crescente perda da capacidade regulatória do Estado, e sustente a reinserção do Estado Social como dimensão do Estado Democrático de Direito, que é um Estado tendencialmente de justiça.

Para completar o circuito que vai do constitucionalismo moderno até o dirigismo, é importante discorrer sobre os fundamentos, a necessidade, a implementação e a defasagem do Estado Social.

A luta do constitucionalismo contra o exercício arbitrário do poder é progressiva e contínua, ora com retrocessos indesejados e forçados, ora com vitórias pontuais, mas importantes, que passam a sofrer riscos se os seus resultados não forem continuamente blindados.

Se o Estado de Direito no constitucionalismo moderno, enquanto legal e liberal, voltou-se para a contenção ao exercício do poder da administração e do Judiciário, tornou-se premente a necessidade de estender tais limites também ao legislador, bem como ao poder econômico, tanto para a preservação do próprio sistema, como para a superação da questão social.

Essa luta do constitucionalismo, antes de chegar à contemporaneidade, passou pela afirmação do paradigma de socialidade, pelo qual se pretendeu conter o poder arbitrário do mercado, o poder econômico.

Inicialmente, o legislador continuou excluído de qualquer limitação, obstaculizando a efetiva construção do Estado Social, a sua transição do texto para a realidade, a qual ficou ao livre talante do Poder Legislativo.

Disso se depreende que o constitucionalismo social, responsável pela transformação do Estado de Direito Liberal em Estado de Direito Social, continuou com a penhorada crença na racionalidade, bondade e legitimidade do legislador, o que muito convinha à elite dominante, apresentando-se também como Estado Legal, com a

diferença de que essa legalidade, num primeiro momento, gerou a supremacia do Legislativo, e, em um segundo momento, acarretou a hipertrofia do Executivo.

A socialidade ínsita ao Estado de Direito do constitucionalismo social se fundou nos princípios da igualdade e da solidariedade e foi erigido como resposta à gravidade da Questão Social, marcada pela miséria e pelo pauperismo excludente causado pelo capitalismo industrial monopolista.

Embora não se dirija contra o Estado, mas vise a atuar através do Estado, o Estado de Direito Social terá sua eficácia condicionada, dentre outros fatores, pela contínua dependência do legislador quanto aos novos direitos que, incorporados às constituições, integram uma nova dimensão de direitos fundamentais: os direitos sociais.

Naqueles Estados em que o processo democrático foi suficiente para impelir à efetiva institucionalização das promessas de emancipação social decorrentes da promoção dos direitos sociais, a questão atinente à *interpositio legislatoris* não foi tão sentida como condição para a realização de tais direitos; em outros, notadamente nos que têm uma democracia incipiente e um povo ainda não integrado aos espaços públicos decisórios, foi um dos principais obstáculos, desafiando a reflexão constitucional e exigindo a transição do Estado de Direito Social para outro paradigma, dando origem ao Estado Democrático de Direito dirigentemente conformado e informado, no qual os direitos fundamentais são progressivamente expandidos objetiva e subjetivamente, daí porque se afirma que a luta contra o exercício arbitrário do poder, seja do poder econômico, seja do poder político pelo legislador, encontra o seu ponto fulcral, hodiernamente, no dirigismo constitucional.

Recapitulando um pouco sobre o Estado Social, temos que o sistema econômico capitalista foi institucionalizado mediante a afirmação jurídica das liberdades, da igualdade formal, da propriedade privada e da segurança, tendo utilizado o mercado como instância de regulação das relações entre os agentes econômicos.

A sociedade liberal, individualista e proveniente de uma cisão com relação ao Estado, era responsável por uma frouxidão nos vínculos sociais, não guardando a noção de solidariedade e de fraternidade, promovendo uma insensibilidade coletiva aos problemas coletivos de caráter individual. Entendia-se que não competia ao mercado e muito menos ao Estado prover sobre a pobreza ou a exclusão social que dela advinha, daí porque o tratamento da questão social era conduzido à margem do Estado, diante da preponderância e da preservação do jogo espontâneo do mercado, da liberdade

de trocas e da iniciativa social. O problema não era político, mas da sociedade e por ela deveria ser tratado, dando ensejo à criação de instituições filantrópicas.

Assim, a pobreza, a miséria, em síntese, o pauperismo, gerado pelas condições precárias de subsistência para quem não detinha propriedade e, assim, sujeitava-se a ser assalariado, como também para quem não conseguia sequer o trabalho para que pudesse receber salário, compunha o trágico quadro que se convencionou denominar de Questão Social, trazendo a insegurança social e a marginalização.

Pode-se afirmar que a Questão Social surgiu na França, no início do século XIX, em que o processo de industrialização, ao transformar as estruturas sociais oriundas da sociedade rural, também provocou um empobrecimento de uma parte da população, deixando sem qualquer proteção vários indivíduos, quer no âmbito da esfera do trabalho, quer na vida social, quer na esfera familiar.

A Questão Social demonstrava, então, a erronia em que incidira Adam Smith ao considerar que a busca pelo auto-interesse individual conduziria ao bem-estar social. O poder econômico nunca se adequou a fórmulas de redistribuição da riqueza socialmente produzida, tendendo apenas à acumulação de capital e à concentração de riqueza e renda. Premente se revelou a busca pelo Estado.

Com o reforço do movimento proletário, com a realização das greves, com o advento do marxismo, do socialismo utópico, da doutrina social da Igreja, e de vários outros movimentos e tendências ideológicas, não restaria muito mais tempo ao capitalismo liberal numa economia de livre mercado.

As relações sociais tornavam-se ainda mais tensas, tentando as classes desfavorecidas lutar pela modificação das estruturas econômicas através da atuação dos sindicatos e dos partidos que passavam a representar os interesses da classe trabalhadora.

Associava-se ao questionamento das estruturas das relações do capitalismo liberal a progressiva expansão do sufrágio, pelo que a democracia política era tendencialmente conducente à democracia social.

A extensão aos trabalhadores do direito ao voto possibilitou a abertura de vias institucionais de canalização dos seus interesses e das suas necessidades mais prementes, além dos anseios e expectativas de readequação ou modificação do sistema econômico, iniciando-se a caminhada para exigir-se que o Estado saísse da passividade e se voltasse a dirigir a atividade econômica, intervindo sobre a ordem econômica, a

qual, ao contrário do que sustentado, não possuía nem possui uma ordenação natural e racional dos fatores que a compõem.

Então, da mesma forma que o Estado de Direito tentou domesticar o arbítrio no exercício do poder político, impunha-se que o Estado se dedicasse a tentar domesticar o mercado. Trilhavam-se assim os fundamentos para que o Estado de Direito transitsse do Estado Liberal para o Estado Social, não apenas através de uma explícita disciplina constitucional sobre a ordem econômica, associada à consagração de direitos sociais, econômicos e culturais, como também por meio da percepção de que a Questão Social não era um problema limitado à esfera econômica, mas de igual modo um problema político e, sendo político, deveria sofrer a intervenção do Estado para instituir um sistema de proteção social compensatório e para promover a redistribuição da riqueza produzida.

A fundamentação do Estado de Direito Social se realiza precipuamente no princípio da solidariedade, cujo espectro de irradiação de sua eficácia jurídica se estende sobre todo o texto constitucional, principalmente a partir da constituição econômica.

Essa força legitimadora do Estado Social proveniente do princípio da solidariedade social é robustecida pelo amálgama composto pela interação com os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia material, além de ser potencializada, nos Estados que os adotam, pelo princípio republicano.

Tanto a solidariedade como a dignidade estão relacionadas com a igualdade material, além de informarem, quanto ao seu conteúdo e axiologicamente, o princípio republicano, pois nada mais impositivo do que a res publica se voltar ao que sustenta o liame e a interdependência social, fortalecendo os vínculos associativos, projetados no Estado Social.

O constitucionalismo social advém de um contexto político, social e econômico em que a Questão Social, a experiência da crise oriunda do primeiro pós-guerra e a ameaça ao capitalismo decorrente da Revolução Russa exigem a modificação do paradigma constitucional até então vigente, destinando-se a viabilizar a incorporação dos direitos sociais, com a repercussão na compostura do Estado e na racionalização do poder político.

Às Constituições oriundas do constitucionalismo social correspondem as funções de programação da ação do Estado e de direção da política, tendo em vista a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, especialmente dos sociais, como

também da promoção e consecução dos objetivos fundacionais do Estado Social. Disso derivou a característica marcante dos textos constitucionais inseridos nesse novo paradigma, qual seja, o grande número neles existentes de normas programáticas, cuja compreensão da sua juridicidade foi o fio condutor das questões atinentes à efetividade dos direitos e à relação entre constituição e legislador, a partir das quais se desenvolveu e se desenvolve o dirigismo constitucional.

O Estado de Direito Social surgiu a partir do momento em que houve a previsão pelos textos constitucionais de uma estruturação da ação pública e das políticas públicas sobre a ordem econômica, destinando-se a promover a intervenção estatal idônea a dirigir a atividade econômica para os objetivos constitucionalmente consagrados.

Ele, o Estado de Direito Social, almejou conter o arbítrio do poder econômico, colocando-lhe limites e dirigindo a ação e as políticas públicas necessárias à garantia de condições materiais mínimas de existência digna.

No período entre as duas grandes guerras ⁶⁴, conhecido como o primeiro ciclo do constitucionalismo social, é que se pode identificar o surgimento do Estado Social, ou do Estado de Direito Social, a partir da explícita previsão de uma constituição econômica nos textos constitucionais ou, em se preferindo, de uma expressa constitucionalização da ordem econômica.

O marco inicial do constitucionalismo social é a Constituição mexicana de 1917, de Queretaro, sucedida pela Constituição alemã de Weimar, de 1919, a qual, não obstante ser posterior, foi a mais significativa, tanto em razão das discussões em derredor dela estabelecidas, como em virtude da discrepância do seu conteúdo social para a prática institucional. Tal discrepância foi ainda agravada por uma progressiva hipertrofia do poder executivo, resultando na instituição do regime ditatorial e autoritário que só findou após a Segunda Guerra Mundial, pesando, por isso, sobre ela a pecha de não ter sido capaz de conter o exercício abusivo do poder.

⁶⁴ A influência da Constituição mexicana de 1917, juntamente com a Revolução Russa e o risco de expansão do movimento socialista, propugnando a substituição do sistema econômico capitalista, compeliu os constituintes europeus a amenizar os princípios do capitalismo liberal pela agregação de novos direitos, de conteúdo social, àqueles já existentes, pertinentes às liberdades. Outro fator de notável relevância se deveu às exigências e reivindicações das camadas populares em razão do recrudescimento da Questão Social, certamente agravada com a derrota na Primeira Guerra Mundial. Essas reivindicações e exigências passaram progressivamente a se fazer ouvir e a ser canalizadas quando do fortalecimento dos sindicatos e dos partidos, sendo um importante fator a busca pelo exercício dos direitos políticos, recorrendo o povo aos próprios princípios do Estado de Direito que eram defendidos pela burguesia para invocar a extensão do sufrágio.

Diante dos riscos de ruptura do sistema pela possível expansão do socialismo e em virtude da capacidade de adaptação e transformação do capitalismo, foi muito melhor para a burguesia admitir um reformismo de caráter social sobre a economia de livre mercado do que deixar os ânimos e os anseios exaltados de forma a se tornarem inconciliáveis com o sistema, arriscando-se ainda a sofrer uma revolução socialista. Isso, todavia, não autoriza a que se conceba o Estado Social como uma concessão do poder estatal; ao contrário, foi mais uma vitória do constitucionalismo radicado na fundamental força de coesão de que provém a soberania popular; foi uma vitória do Estado de Direito material, uma vitória humanística e consagradora da solidariedade, da dignidade, da igualdade material, do sentimento republicano e da justiça social, valores compartilhados comunitariamente e, nessa condição, elementos de integração social.

Foi inegável a relevância da democracia para a reforma do capitalismo liberal, apta a promover a transição para o Estado de Direito Social, ou até mesmo a afetar mais profundamente os interesses burgueses, de modo que a democracia se tornou o calcanhar-de-aquiles do capitalismo. A industrialização emergente conferiu às massas proletárias a compreensão de que pela democracia se poderia reduzir os privilégios atrelados à propriedade, constituindo-se em um risco para o mercado.

Assim, prevalecendo o acesso do proletariado ao poder político representado pelo Parlamento, haveria a tendência de instituição de uma democracia social, ou do modelo social-democrata, direcionando o Estado Social à realização dos ideais de igualdade, justiça, liberdade e solidariedade.

A interação entre a democracia, o social e o sentido republicano foi muito importante para a construção do Estado Social.

É com o constitucionalismo social de Weimar que surge a noção de normas programáticas, que iria marcar e ganhar relevo durante a instauração, consolidação e mesmo a crise do Estado Social. A garantia de realização dos direitos sociais e de construção do Estado Social passa por uma apurada reflexão acerca da natureza jurídica e da potencialidade normativa das normas programáticas.

As normas programáticas, relativas aos direitos sociais e aos objetivos e finalidades assinalados ao Estado, distanciavam-se dos modelos de normatividade usualmente adotados, além de cometer ao legislativo, mediante a *interpositio legislatoris*, boa parte da realização dos desígnios constitucionais. Novamente o

legislador ocupou função central quanto ao desenvolvimento dos direitos fundamentais, só que agora no que respeita aos sociais.

Repete-se aqui o que já havia acontecido com os direitos individuais e políticos.

Com efeito, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão previa as liberdades e outros direitos individuais e políticos, atribuindo à lei a sua disciplina e delimitação do seu exercício, o que era reputado imprescindível diante do caráter indeterminado e abstrato dos direitos consagrados, aliado ao princípio da legalidade, que consubstanciava uma das mais importantes garantias aos direitos fundamentais, pois não se concebia que o legislador fosse arbitrário, ao contrário do Executivo e do Judiciário.

Em face da evolução institucional do constitucionalismo liberal, a doutrina da regulamentação das liberdades, dependentes e condicionadas ao desenvolvimento legislativo ulterior, foi sendo progressivamente superada, até por serem tidos como direitos negativos, impositivos de abstenções e omissões do Estado, apesar de o legislador continuar tendo plena disposição e conformação sobre os direitos individuais⁶⁵. Assim, a despeito de não mais dependerem do legislador para portar eficácia, não o limitavam, sendo possível que a lei desse qualquer conformação a determinado direito.

Ao se chegar ao constitucionalismo social, contudo, ressurgiu a doutrina da regulamentação e do condicionamento da eficácia dos novos direitos, direitos sociais, ao advento da *interpositio legislatoris*.

A concepção acerca da ausência de caráter jurídico-impositivo das normas programáticas⁶⁶ é originária do direito constitucional alemão, pelo estranhamento ensejado diante das inovações introduzidas e pelo imobilismo da reflexão jurídica.

Apenas com o surgimento da Constituição italiana de 1947 e os estudos de Vezio Crisafulli (1952) é que se passou a sustentar a juridicidade das normas programáticas, independentemente do desenvolvimento legislativo ulterior, sendo capaz até mesmo de vincular o legislador. Até então, elas eram concebidas como

⁶⁵ Não houve, até o início do pós-guerra, a afirmação e consolidação do controle jurisdicional de constitucionalidade.

⁶⁶ Para alguns, as normas programáticas seriam uma forma de deixar em aberto questões sobre as quais não havia maioria política ampla. Seriam, por isso mesmo, compromissos dilatórios, porque teriam o efeito de diferir a resolução de questões. Ao lado disso, a exaltação da lei como fonte do direito também contribuiu para a concepção outorgada às normas programáticas.

absolutamente condicionadas pelo legislador e tidas apenas como uma exortação ou conselho político *pro futuro*. A juridicidade das normas programáticas foi o ponto de partida do desenvolvimento da teoria da constituição dirigente a partir da Constituição portuguesa de 1976, estimulando a profunda reflexão de José Joaquim Gomes Canotilho. Persistia, porém, não resolvida a problemática da inércia legislativa, que acomete de longas datas a potencialidade projetivamente vinculante da legislação futura e da promoção de um estado ou situação juridicamente exigida.

A luta do constitucionalismo pela efetividade da constitucionalização da política passa pela aceitação da vinculatoriedade efetiva das direções e dos programas impostos ao Estado.

A falta de uma adequada compreensão da potencialidade emancipatória, redistributiva, securitária e assistencial do Estado de Direito Social pode levar, hodiernamente, a resultados tão desastrosos social e politicamente como os que se desenvolveram em Weimar, com a deflagração de uma grave crise econômica em 1930, de cujas causas não poderia ficar excluído o texto constitucional, depositário de todas as frustrações por não ter logrado a devida conversão em realidade, valendo ressaltar, contudo, que o déficit entre o texto e a realidade verificado em países como o Brasil é menos imputável ao próprio texto do que à práxis jurídica e à ciência jurídica que sobre ela se firmam.

O segundo ciclo do constitucionalismo social ⁶⁷, que corresponde ao período do pós-guerra e à transição do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, inicia-se com a Lei Fundamental de Bonn de 1949, editada num momento em que o Estado Alemão estava absolutamente esfacelado com a derrota na Segunda Guerra e cindido em dois, pela previsão de seu art. 20 e, com ele, teve-se o substrato jurídico necessário para o advento do neoconstitucionalismo, com o desenvolvimento da força normativa dos princípios constitucionais, a expansão e consolidação do controle de constitucionalidade e com a busca pela efetividade dos direitos fundamentais, o que perpassa a reflexão sobre a relação entre Constituição e a lei, revista e modificada com o aludido surgimento do guardião do império da Constituição.

⁶⁷ O Estado Social não pode ser usado como instrumento de deturpação do processo político ao criar, por medidas assistencialistas, eleitores que, catequizados pelos benefícios auferidos, votem mais por interesse na preservação da sua condição pessoal do que atentos aos debates programático-ideológicos. O Estado Social não pode transformar a dependência do indivíduo num caminho para a servidão, num incremento do poder de dominação até um grau insuportável. A exploração pelo Estado das condições de dependência dos indivíduos para aumentar o seu poder de dominação descamba no Estado total, sendo esse o caminho trilhado pelo Estado nazista.

Esse segundo ciclo tenta corrigir as falhas e deficiências havidas no primeiro, notadamente pelas tendências autoritárias derivadas da hipertrofia do Poder Executivo. Nessa época do pós-guerra se inicia a consolidação da jurisdição constitucional, como também um processo de re-substancialização do direito, repercutindo no Estado Social. Com esse segundo ciclo, o Estado de Direito passa a transitar para o seu ponto culminante, consubstanciado na fórmula do Estado Democrático de Direito, agregando os direitos, as garantias e as técnicas de contenção do poder provenientes do Estado Liberal com o intervencionismo dirigente da atividade econômica do Estado Social. O Estado de Direito passa a ser um Estado Constitucional e o Estado Democrático de Direito, por sua vez, tanto é Estado Constitucional como Estado Social.

O Estado Democrático de Direito, que encerra a noção de Estado Constitucional, não é apenas a simbiose do Estado de Direito Liberal com o Estado de Direito Social, porque agrega o imprescindível caráter democrático, entendido como a abertura plural e discursiva à comunidade, tendo em vista todos serem potencialmente os intérpretes e os atualizadores do sentido constitucional. Nele, no Estado Democrático de Direito, estão firmadas as condições para a afirmação, a consolidação e a resistência do dirigismo constitucional ⁶⁸. Ele não busca a promoção apenas das condições existenciais mínimas de emancipação social, atendendo ao mínimo existencial, mas visa ao que se poderia denominar de máximo existencial ⁶⁹, devendo ser tendencialmente apto a ensejar amplas condições de desenvolvimento pessoal. O dirigismo, que tem como tarefa a transformação da realidade, alterou substancialmente o direito como um todo, na medida em que o direito passou a ter uma função promocional através do Estado programático. É um modelo que intenta neutralizar os efeitos dos desequilíbrios do mercado e estabelecer uma solidariedade global.

Mesmo após o advento da jurisdição constitucional, houve a continuidade da sujeição dos direitos sociais à regulamentação por lei superveniente, até porque não era aceita a justiciabilidade de tais direitos enquanto não disciplinados por lei, considerada imprescindível porque a prestação deles dependia de competências

⁶⁸ A Constituição Italiana de 1947 recuperou a força normativa com a defesa da juridicidade e da eficácia das normas programáticas por Vezio Crisafulli, seguindo-se as experiências de Portugal, em que se desenvolveu a teoria da constituição dirigente a partir da Constituição de 1976, da Espanha, com o texto de 1978, chegando-se à Constituição brasileira de 1988.

⁶⁹ A progressão das necessidades sociais demanda cada vez mais a extensão do que seja o mínimo, com o desenvolvimento planejado de políticas públicas que remetam à maximização das condições existenciais.

legalmente habilitantes, além da efetiva disponibilidade de recursos públicos, o que só poderia ser aferido segundo a conveniência e oportunidade do legislador.

Como as constituições não poderiam conviver com a larga distância entre texto e realidade, o que acarreta sempre a frustração de sua dimensão libertária e o afrouxamento dos vínculos sociais pelo debilitamento da solidariedade, passaram elas a dispor sobre a própria eficácia dos direitos fundamentais, intitulado-os como de aplicabilidade imediata, o que compõe o quadro histórico, social e político subjacente ao advento do dirigismo constitucional.

Por outro lado e ainda no contexto do período até o pós-guerra, a ampliação das tarefas do Estado fez com que a demora do processo legislativo se mostrasse incompatível com a necessidade de o Estado prontamente intervir na ordem econômica e no mercado para fins de exercer as atribuições que lhe eram constitucionalmente designadas.

Premido pela necessidade de uma mais ágil e expedita atuação, de um lado, e constrangido à observância do princípio da estrita legalidade, que condiciona a atuação da Administração Pública à previsão de competências habilitantes para tanto, a solução possível consistiu em propiciar a eficácia da ação estatal, conferindo ao Poder Executivo a atribuição excepcional de competência legislativa em casos e situações excepcionais que desaconselhassem a espera da modificação da disciplina legal mediante a tramitação do processo legislativo.

O cometimento de competência legislativa extraordinária, excepcional e em caráter atípico ao Poder Executivo, com a principal finalidade de viabilizar a intervenção adequada e eficiente sobre a ordem econômica, é um dos traços do constitucionalismo social. Desse modo, ao averiguar a relação entre constituição e legislador, nos quadrantes do dirigismo, há de se ter em vista que também está situado o Poder Executivo, no que respeite ao desempenho da função legislativa.

Além disso, o advento do Estado Social também possibilitou a alteração da concepção de lei, que passou a adotar várias formas e medidas para conferir à administração uma maior discricionariedade, o que traduziu uma tendência do Estado Social para colocar o Poder Executivo em condição de proeminência, elegendo-o como principal responsável pela formação e conformação da capacidade de ação estatal e pela formulação de políticas públicas, dando azo à hipertrofia da Administração Pública.

Se o Estado de Direito Liberal é um Estado legal de caráter legislativo, em que há a supremacia do Parlamento, o Estado de Direito Social é um Estado legal

em que há a preponderância do executivo tanto na direção da política econômica como da política social e da ação estatal. Já a tendência do Estado Democrático de Direito é de firmar-se como um Estado da jurisdição constitucional.

A todo aumento de poder deve corresponder um aumento do controle e a prevalência do Executivo consubstanciou um dos problemas do Estado de Direito Social, porque invariavelmente repercutia numa sobrevalorização da técnica sobre a política, da eficiência sobre o bem-estar, das prioridades do governo sobre as prioridades constitucionais.

Se o dirigismo se estabelece justamente para guiar a política na condução da ação estatal, o esmorecimento ou o desencantamento da dimensão política é um obstáculo a ser superado por uma teoria da constituição dirigente constitucionalmente adequada ao texto e ao contexto brasileiros.

A Constituição de 1988, dirigente que é, consubstancia um programa de futuro conducente ao atendimento dos objetivos fundamentais estampados no seu art. 3º, o que passa pela efetividade dos direitos fundamentais. Todavia, o dirigismo constitucional brasileiro (que é contestador do status quo, da exclusão social, da concentração de riqueza, do abuso de poder econômico, da inércia e da anomia das instâncias decisórias; que é construtivo de um projeto de Estado voltado para a dignidade existencial e o máximo vital, como expressão da auto-representação solidária e compartilhada dos objetivos comunitários; que apresenta um caminho aberto, plural e emancipatório que assegure o mínimo vital e que se direcione para a realização da dignidade mediante a construção do máximo vital) encontra-se sob pressão e risco que tentam diluir sua carga emancipatória voltada para a solidariedade e para a dignidade. Há, por assim dizer, uma constante luta contra o exercício arbitrário do poder econômico e do poder político, sendo este o ponto fulcral do constitucionalismo.

Como todos sabemos, ser dirigente não implica necessariamente que as direções e os programas constitucionalmente previstos desde o art. 1º, passando pelos objetivos fundamentais do art. 3º e chegando aos objetivos e fundamentos da ordem econômica estatuídos no art. 170, estejam traduzidas em realidade.

A insuficiência de o texto ser materialmente dirigente, plasmado por normas programáticas, remete ao problema fulcral da falta de efetividade da Constituição, um dos fatores de erosão da consciência constitucional.

Uma constituição será mais efetiva na proporção direta da efetividade do controle do poder econômico e político.

As constituições do Estado de Direito Liberal não obtinham efetividade senão no que fosse atinente com as expectativas e os interesses da burguesia, seja pela ausência de um controle de constitucionalidade eficiente, firme e consolidado, seja por ser a classe que ocupava os Parlamentos, valendo-se do prestígio mítico do dogma do legislador racional.

Apenas com o pós-guerra é que as constituições passaram a obter uma via institucional de garantia por elas mesmas constituídas, dando ensejo ao surgimento da jurisdição constitucional.

Com isso, ficou assentada a capacidade de extirpar do sistema as normas jurídicas que colidissem, material ou formalmente, com o texto constitucional, donde proveio sua supremacia, assujeitando o legislador. Não obstante, subsistiram quatro questões: 1ª. A preservação da concepção de que uma parte da Constituição tinha sua eficácia condicionada ao desenvolvimento legislativo ulterior, ou seja, a questão da natureza jurídica e da eficácia das normas programáticas; 2ª. A questão de como promover a edição da disciplina legal faltante ou como suprir a ausência dessa legislação, que é relacionada com a primeira, que remete à conturbada relação entre constituição e legislador e que, em outras palavras, cuida da omissão inconstitucional; 3ª. A repercussão das normas programáticas e dos direitos sociais sobre as políticas públicas, exigindo uma avaliação da justiciabilidade delas próprias, bem como da possibilidade material de realização constitucional mediante tais políticas, o que encerra também o aprofundamento da relação entre constituição e legislador. Traduzindo: a constitucionalização da política e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário, que é caracterizador da judicialização da política ; 4ª. A vontade de constituição, o sentimento constitucional, o caráter metagarantista da ciência jurídica no sentido de buscar a afirmação institucional da vontade da constituição; não apenas ter, mas estar em uma constituição.

Cabe então, em contraponto a essas quatro questões: 1º construir as condições de eficácia plena das normas programáticas. 2º indicar as possibilidades de superação das lacunas causadas pela omissão legislativa; 3º identificar a interação entre os programas constitucionais e as políticas, bem como as possibilidades de seu controle judicial; 4º tornar vivo o sentimento constitucional.

Essas quatro questões podem ser resumidas como fruto do desinteresse político, da ignorância dos direitos, da subutilização da dogmática constitucional e da inobservância do princípio da máxima efetividade, o qual impõe ao intérprete e

aplicador da Constituição o dever de buscar soluções que lhe extraiam o máximo, em termos de operatividade.

Nesse sentido - e tendo em vista a superação da concepção estrutural do direito pela funcional-finalística, em que se destaca o caráter promocional do direito quanto à realização de determinados fins previstos pela ordem jurídica ao Estado, pode-se afirmar que existe um direito fundamental à efetividade constitucional, acionável e exigível judicialmente e que tem uma dupla dimensão: a subjetiva, pela qual se dá a investidura do indivíduo na pretensão de exigir a satisfação da situação de vantagem proveniente de determinado direito fundamental, ainda que inexistente a *interpositio legis*; a objetiva, pela qual ele irradia uma eficácia dirigente, impondo ao Estado o dever jurídico permanente de concretizar e realizar todas as normas constitucionais.

Esse reconhecimento quanto à existência de um direito fundamental à efetividade constitucional passa pela discussão dos efeitos jurídicos das normas programáticas atributivas de direitos prestacionais sociais.

A visão clássica concebia as liberdades como direitos negativos, exigentes de abstenção do Estado, e os direitos sociais como direitos positivos, a demandarem prestações do Poder Público.

Todavia, a doutrina evoluiu para demonstrar existirem liberdades que demandam ação do Estado (v.g., liberdade de expressão e regulamentação dos meios de comunicação) e direitos sociais que se realizam independentemente da ação do Estado, como o direito de greve.

Além disso, a doutrina também demonstrou que todos os direitos têm um custo, o que demonstra o caráter ideológico que subjaz a essa clássica e equivocada caracterização apenas dos direitos sociais, econômicos e culturais como positivos e, assim, condicionar a formulação e implementação de políticas sociais à reserva orçamentária, a que não estariam adstritos os direitos individuais, caso fossem eles realmente direitos negativos.

Mais acertada é a posição que entende desfrutarem todos os direitos fundamentais de uma dupla dimensão eficaz, a negativa e a positiva. A negativa abrange os deveres de respeito e de preservação da autonomia das pessoas, e requerem, nesse sentido, abstenções do Estado e dos particulares. Já a eficácia positiva é composta pelos deveres de proteção, de organização e processo, de promoção e de satisfação.

A elucidação dessas dimensões de direitos fundamentais possibilita uma melhor compreensão da capacidade dirigente da ordem constitucional, como também a

averiguação adequada das opções políticas e da alocação de recursos promovida pelo Legislativo na formulação e implementação de políticas públicas, permitindo verificar se há conformidade com os programas constitucionais ou se há omissão ou contrariedade relativamente a eles.

Não se podem olvidar, todavia, as alegadas limitações fáticas ao implemento das ações do poder público, usualmente suscitadas para resistir ao controle das políticas públicas e, ao mesmo tempo, legitimar a inércia total ou parcial do poder público, dentre elas a reserva orçamentária e a reserva do possível, que devem ser compreendidas como condições para a efetividade máxima dos direitos e programas constitucionais, e não como obstáculos ao mínimo existencial, tal como bem definido pelo Supremo Tribunal Federal no paradigmático julgamento da ADPF 45. Nela, ficou assentado o seguinte:

- a) a legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental;
- b) a dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal;
- c) a inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais;
- d) o caráter relativo da liberdade de conformação do legislador;
- e) não se incluir, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário, a atribuição de formular e de implementar políticas públicas. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático;
- f) o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “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”;
- g) a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a

limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política;

h) 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 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;

i) a meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.”;

j) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a existência de disponibilidade financeira do Estado são indispensáveis para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas;

k) o binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) deve configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos;

l) não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo;

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

n) a necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo substanciador do “mínimo existencial”;

o) a viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

A nota típica das constituições que fixam objetivos e tarefas para o Estado quanto ao conteúdo social e econômico, como também no respeitante aos direitos fundamentais em geral, especialmente aos direitos sociais, é a feição programática. Elas, as constituições de feição programática, surgem quando se modifica

a concepção político-institucional do Estado, que deixa a sua posição relativamente ausente, apenas protecionista e própria do liberalismo, passando a assumir, pelo fenômeno do direito promocional, a função de dirigir a atividade econômica e atuar sobre os efeitos da Questão Social (Estado programático). A função de transformar o Estado, tornando-o social, no âmbito da estrutura normativa dos textos constitucionais do período, foi desempenhada pelos direitos sociais e pelas normas programáticas, sendo que muitos desses direitos foram veiculados por essa tipologia normativa.

O constitucionalismo brasileiro foi muito sensível ao advento das normas programáticas, as quais começaram a povoar as constituições pátrias a partir de 1934. Os problemas para o desenvolvimento jurídico da normatividade dos programas constitucionais – o caráter compromissário, a exaltação do legislador pela redução à lei do sentido do Estado de Direito, a reserva orçamentária, a reserva do possível, a impossibilidade de os textos constitucionais exaurirem a disciplina de determinada matéria e a concepção reduzida do que seja uma norma jurídica – participaram de outros obstáculos especificamente brasileiros, que perpassaram todo o processo institucional de afirmação do Estado Social e de construção dos objetivos e finalidades constitucionais, consistentes na tradição autoritária e centralizada do poder – corrupção, falta de vontade política, eleição de prioridades de governo sobre as prioridades comunitárias expressas nas normas constitucionais, coronelismo, a política do café com leite, os golpes de Estado, falhas na formulação e no planejamento das políticas públicas – e no esvaziamento institucional da força normativa das Constituições, que só eram aplicadas integralmente no que interessavam aos detentores do poder.

A doutrina brasileira contribuiu e contribui progressivamente para a afirmação dos efeitos jurídicos das normas programáticas e, conseqüentemente, pela vinculação das políticas públicas aos programas constitucionais, indicando os seguintes efeitos:

- imposição de um mandado ao legislador ordinário;
- condicionamento da legislação futura, que não poderá distanciar-se do programa firmado;
- revogação das leis anteriores incompatíveis, que mais se afigura como ausência de recepção;
- eficácia integradora;
- condicionamento da atuação jurídico-discricionária da Administração Pública e do Poder Judiciário;

-criação de situações jurídicas subjetivas, de vínculo ou de vantagem.

Não obstante, persistem problemas graves que prejudicam o devido desenvolvimento da força normativa da Constituição, como a já indicada problemática da omissão inconstitucional e o entendimento de que não podem advir situações subjetivas de vantagens que sejam positivas.

A omissão inconstitucional passa a ser, com a consolidação da jurisdição constitucional, o grande problema do constitucionalismo do século XX, colocando também à reflexão as relações entre constituição e lei. Se o constitucionalismo é um direito de luta contra o exercício arbitrário do poder, converte-se, também, em luta contra o não-exercício arbitrário do poder.

Embora o progresso histórico e a vivência da experiência constitucional venham sendo marcados pelo fechamento de brechas ao arbítrio, persiste, como dito, a questão da omissão legislativa inconstitucional, que torna letra morta a Lei Fundamental, reabilitando o problema havido no constitucionalismo moderno pela dependência das liberdades fundamentais ao legislador; agora, trata-se da dependência de boa parte das constituições, ou do sistema constitucional como um todo, ao legislador.

O reconhecimento da juridicidade e dos efeitos das normas programáticas tornará mais concreto e palpável o dirigismo constitucional.

Se algo que era político, partidário, programático, entrou no sistema jurídico; cerceou-se, com isso, a atividade dos legisladores futuros, que, no assunto programado, não podem ter outro programa.

José Afonso da Silva ⁷⁰, a propósito da eficácia dos direitos fundamentais, leciona que a garantia das garantias consiste na eficácia e aplicabilidade imediata das normas constitucionais. Os direitos, liberdades e prerrogativas consubstanciados no título II, caracterizados como direitos fundamentais, só cumprem sua finalidade se as normas que os expressem tiverem efetividade. A Constituição se preocupou com a questão em vários momentos. O primeiro, em uma norma-síntese que determina terem as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais aplicação imediata. Não é, pois, só a garantia dos direitos políticos, mas de todos os direitos fundamentais: individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos. Essa declaração pura e simplesmente por si não bastaria se outros mecanismos não fossem

⁷⁰ In **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 467.

previstos para torná-la eficiente. Diante de eventual omissão legislativa, em descumprimento ao programa, sobressai a importância de vias constitucionais habilitantes da sanção ou mesmo do suprimento da lacuna, como a iniciativa popular, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, constituindo-se, assim, como técnicas de proteção e resguardo da função programática.

Aduz ainda o referido autor que o art. 5º, § 1º, da nossa Carta estabelece uma ordem aos aplicadores da Constituição no sentido de que o princípio é o da eficácia plena e aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais (individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos), de tal sorte que só em situação de absoluta impossibilidade se haverá de decidir pela necessidade de normatividade ulterior de aplicação.

Não se pode afirmar a priori que das normas programáticas não surjam direitos, até porque não se pode admitir a correspondência biunívoca entre texto e norma, única circunstância em que seria pertinente a aludida rejeição da capacidade de os programas jurídico-normativos darem ensejo a direitos fundamentais, valendo recordar que também os princípios constitucionais não definem condutas obrigadas, mas não se lhes nega que, mediante o processo de concretização, à luz da realidade subjacente, integrada à norma pelo âmbito da norma, possuam uma feição nomogenética, dando azo ao surgimento de direitos em concreto.

A ineficácia das normas programáticas resultou de um aprisionamento da teoria e da ciência do direito aos paradigmas liberais e individualistas, que estão rompidos pelas constituições sociais dirigentes.

A programaticidade constitucional, como nota característica do Estado Social, que consubstancia dimensão inequívoca do Estado Democrático de Direito, remete não tanto para o mínimo existencial, mas, em verdade, para o que se pode denominar como o máximo existencial.

Não se nega que a existência de normas programáticas nas constituições formais insere-se no âmbito dos mecanismos retóricos a serviço da dominação e hegemonia do capital.

Torna-se imperativa uma concepção de normas programáticas que permita extrair do texto constitucional as condições de efetividade dos direitos fundamentais, principalmente dos direitos sociais, posto serem os que apresentam maior defasagem entre o texto e a realidade. Por isso, é possível sustentar-se que, na hipótese de omissão dos órgãos de direção política (Legislativo e Executivo) em relação ao

atendimento de direitos sociais, deva ocorrer um deslocamento do centro de decisões desses órgãos para o plano da jurisdição constitucional, isto porque, se com o advento do Estado social e o papel fortemente intervencionista do Estado, o foco do poder/tensão passou para o Executivo, no Estado Democrático de Direito há uma modificação desse perfil. Inércias do Poder Executivo e a falta de atuação do Poder Legislativo podem ser perfeitamente supridas pela atuação do Poder Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos previstos para esse fim, na própria Constituição.

A ampla juridicidade da constituição compõe materialmente o Estado Democrático de Direito, reabilitando o Estado Social como uma sua imprescindível dimensão, do que se depreende a mútua implicação entre o Estado Democrático de Direito e o dirigismo.

Deve haver um contínuo caminhar na direção intangível das finalidades e objetivos constitucionais, uma unidade de sentido, com repercussão sobre as políticas públicas (sobre a compatibilidade de sua formulação, implementação, execução, controle e avaliação com as prioridades constitucionais), ensejando, de acordo com o cotejo com a realidade, um nível razoável de atuação e realização, assegurando não apenas o mínimo existencial, mas dirigindo para a promoção do máximo vital. Além disso, deve o dirigismo ser inserido no âmbito dos desenvolvimentos hauridos da teoria dos princípios e do neoconstitucionalismo.

A constituição dirigente revela vários problemas a serem trabalhados no âmbito da metódica constitucional, em especial no que respeita à concretização dos programas diante do alto grau de indeterminação, de abertura e de baixa densidade normativa, lembrando que essa abertura é deliberada, destinando-se a conferir uma liberdade decisória, notadamente quanto aos meios para implementação dos objetivos, que é necessária em virtude da dinamicidade social.

Outra questão é assegurar a vinculação do legislador aos programas constitucionais, sem eliminar a margem de ação para o legislador, através da reflexão hermenêutica que abrigue a ponderação de interesses a partir da ponderação de resultados, fazendo-o, assim, transitar da discricionariedade para a liberdade de conformação a partir da constitucionalização da política, cujo controle pela jurisdição constitucional representa a condição de possibilidade de afirmação do dirigismo.

A noção de vinculação constitucional é simples e clara, significando que todos os poderes, no Estado Democrático de Direito e no âmbito de uma constituição

dirigente, estão vinculados; o complexo é precisar o conteúdo e a extensão dessa vinculação.

Na medida em que há um caráter dirigente, estendendo-se a programaticidade sobre a política e vinculando as deliberações democráticas, o Estado Democrático de Direito legitima, por essa via, a expansão da jurisdição constitucional, deixando a função de guardião passivo para ser o promotor ativo da programaticidade dirigente constitucional.

Por outro lado, para a construção de um dirigismo adequado ao texto e contexto da nossa Constituição, é necessária uma interação com outras áreas, dentre as quais a teoria do Estado⁷¹, a ciência política e a economia, além da busca de uma transdisciplinariedade com o direito tributário e orçamentário.

O dirigismo importa num avanço da constituição sobre outros ramos do direito e sobre a política (que é a capacidade de deliberação entre alternativas pertinentes à direção e aos objetivos da comunidade, manifestada através do Estado, constituindo-se como a arte de governar), havendo uma constitucionalização do direito e uma constitucionalização da política, sendo certo ainda que tudo o que está na Constituição automaticamente está judicializado. Essa política, embora constitucionalmente fundada, sofre o risco de ser mercantilizada e sujeita à racionalidade econômica, bem como de ter sua capacidade de direção cedida para instâncias neocorporativas, à moda de um retorno ao Estado Mínimo.

Na medida em que há políticas públicas dirigidas programaticamente pelo texto constitucional, a liberdade política para eleição das prioridades não fica integralmente sujeita ao juízo dos representantes do povo, surgindo, em paralelo, o respectivo controle pela jurisdição constitucional.

Se os programas constitucionais não são implementados, isso decorre da ausência de vontade política, do mau planejamento da atuação estatal desenvolvida e/ou dos sempre alegados óbices inerentes à reserva orçamentária ou à reserva do possível.

A nossa Constituição Dirigente, dotada do caráter de parametricidade, opera, tanto a partir dos objetivos fundamentais do art. 3º, como em virtude do sistema dos direitos fundamentais, cuja eficácia objetiva vincula os Poderes Públicos, impondo

⁷¹ A interação entre constituição e política se faz necessária para superação das teses da ingovernabilidade e da sobrecarga constitucional que supostamente seriam decorrentes dos deveres prestacionais sociais do Estado.

o dever fundamental de desenvolvê-los o máximo possível diante da estrutura principiológica que possuem.

Os princípios e objetivos fundamentais, além dos próprios direitos fundamentais, caracterizam-se como mandados de otimização, devendo ser realizados na maior medida do que seja jurídica e faticamente possível.

Logo, tanto os direitos fundamentais como os objetivos fundamentais apresentam uma eficácia prospectiva, já que devem ser realizados na maior medida possível, pouco importando se um determinado dispositivo expressa ou não um caráter de imposição constitucional abstrata ou concreta.

A justificação do dirigismo constitucional reside justamente na necessidade de a política econômica ser disciplinada com o objetivo de solucionar a questão social.

Uma constituição dirigente, como se pode observar, é muito “*invasora*”, pois é capaz de condicionar o legislador, a doutrina, a jurisprudência, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais. Seus elementos condicionantes residem na rigidez e na jurisdição constitucionais, no reconhecimento do caráter vinculante da constituição, na postura dos juízes enquanto seus intérpretes, notadamente pelo recurso à interpretação conforme, na admissibilidade da eficácia imediata das normas constitucionais e na influência sobre as relações políticas.

A mera deferência da resolução da inconstitucionalidade por omissão é uma solução tímida, a par de inadequada e insuficiente para combater a sistemática de deliberada inércia legislativa, mas representa uma forte barreira contra a dimensão emancipatória e libertária do direito constitucional, o que está comprovado pela própria experiência constitucional brasileira.

A realidade brasileira contempla uma questão social formada pelos efeitos nocivos do capitalismo, dentre eles o empobrecimento, a exclusão social e a marginalização, de um lado, e, do outro, um alto grau de concentração de renda. Tal situação é muito distante do que estabelece o texto constitucional, gerando naturalmente uma maior demanda por direitos fundamentais e um contexto avesso às políticas neoliberais, pois a austeridade fiscal, a retração das prestações sociais, em especial da seguridade social, e a flexibilização dos direitos sociais do trabalhador chocam-se frontalmente com a proteção aos valores sociais do trabalho e com os fundamentos da ordem econômica, previstos no art. 170, colidindo ainda com os próprios objetivos fundamentais, daí porque dirigismo e neoliberalismo são antagônicos.

No julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, que, por mutação constitucional, deram vida ao instituto ali manejado, decidiu o Supremo Tribunal Federal existir um direito fundamental à efetivação da constituição, o que perpassa pela existência de um direito à legislação, mediante o qual é possível, em caso de omissão normativa, efetivar o direito requestado diretamente pelo juiz, ainda que para tanto tenha de substituir-se ao legislador omissor, editando a norma para o caso concreto.

Em apertada síntese, entendeu o Supremo Tribunal Federal que:

- a) os direitos constitucionalmente garantidos por meio do mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF;
- b) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador, quanto a uma omissão parcial;
- c) a mora, por diversas vezes declarada pelo plenário do STF, denota o risco de consolidação de típica omissão judicial quanto à matéria, tornando legítima a adoção de alternativas normativas e institucionais de superação da situação de omissão;
- d) assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo;
- e) admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação das omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure ofensa ao modelo de separação de poderes.

Tais decisões inauguraram uma nova era no combate às omissões inconstitucionais e conseqüentemente viabilizaram o reforço ao dirigismo constitucional brasileiro.

I.5 Eficácia e efetividade do direito à educação.

Eficácia se distingue de efetividade. A primeira diz respeito à simples possibilidade ou aptidão de aplicação da norma jurídica. Aqui não se busca o sucesso da norma, mas sua aptidão técnica para produzir efeitos jurídicos. Quando uma norma é

desrespeitada e se torna letra morta, o problema é de efetividade e não de eficácia técnico-jurídica.

Por sua vez, efetividade (eficácia social ou sociológica) significa o desempenho concreto da função social dessa norma, isto é, ser a norma socialmente eficaz, ser socialmente cumprida no plano social; é existir entre o texto da norma e a realidade social uma grande aproximação. Mediante a efetividade, a norma concretiza-se no seio da sociedade, cumprindo-se na prática. Norma constitucional efetiva é aquela obedecida, seguida e aplicada, correspondendo aos fatores reais do poder que regem as sociedades. Sem efetividade, a vontade da constituição não se realiza, porque seus comandos perdem a importância. O que se busca com a efetividade é o sucesso da Constituição. A efetividade depende da eficácia jurídica para materializar-se.

Seja como for, o número de analfabetos, inclusive funcionais, a falta de informação de nosso Povo, o número elevado de crianças e adolescentes nas favelas e nas ruas em completo abandono e a má qualidade do ensino que ocorre de forma generalizada em nosso País só revelam a enorme distância entre o texto constitucional e a nossa triste realidade, o que nos motiva a reforçar a teoria constitucionalmente adequada à efetividade do Direito Prestacional Social Educacional, dando ênfase à análise da posição do Supremo Tribunal Federal a respeito da exceção da reserva do possível.

A desigualdade social no Brasil, que está presente desde o seu descobrimento, é um dos fenômenos que precisa ser enfrentado com urgência e seriedade, pois gera a pobreza e a exclusão social. Uma das formas mais eficientes de superação desse problema é investir em educação de qualidade para todos, como política pública de inclusão social prioritária. É um desafio ético buscar fórmulas jurídicas, políticas e econômicas que permitam enfrentar com êxito o objetivo de oferecer uma educação de qualidade para todos.

A educação - obra sem fim, em constante evolução, que inicia com o nascimento e dura a vida toda - é um direito humano universal e fundamental, consagrado em Tratados e Acordos Internacionais, notadamente a partir da II Guerra Mundial, que foram recepcionados pela nossa Constituição Federal. Ela tem a missão de conscientizar os seres humanos sobre seus direitos e deveres, apontando caminhos que permitam a efetivação da igualdade, liberdade, justiça e paz social para o exercício de uma vida digna, devendo por isso ser priorizada como importantíssima política de

inclusão social, pois o investimento na formação, capacitação e preparo do ser humano (capital humano) é chave imprescindível para que este possa ter uma vida digna.

A forma como o ser humano é educado irá influenciá-lo nas suas ações e relações sociais, na formação das comunidades que partilham dos mesmos ideais, nas associações que defendam interesses comuns e nas associações políticas, inclusive naquelas que exercem o poder de dominação e de transformação da realidade em que se vive.

Como instrumento ideológico poderoso, a educação é capaz de instrumentalizar a sociedade para uma revolução humana enquanto política de inclusão social, pois permite a formação humanística e científica, não para reproduzir o interesse do poder hegemônico, mas, sim, para transmitir e ampliar o conhecimento, estimular o sentimento, a percepção dos valores e o juízo crítico em relação à forma e à finalidade do exercício do poder.

O grande desafio para a efetivação do direito humano/fundamental à educação está não só na acessibilidade a esse direito, mas também na busca de mecanismos que permitam aferir e fiscalizar esse acesso e a qualidade da educação para todos, o que redundará na aplicação efetiva dos tratados internacionais, da Constituição Federal, dos marcos legais e das políticas públicas que exigem a educação de qualidade universalizada.

Essa educação de qualidade e para todos poderá ser obtida a partir do momento em que os governos e a sociedade definirem as políticas públicas. Ou seja, no momento em que os planos educacionais disponibilizarem os recursos necessários, cumprirem suas metas e objetivos traçados e estabelecerem uma aliança entre as políticas públicas e o direito, com vistas a exigir o direito à educação como direito humano universal.

A necessidade de aproximação das políticas públicas da educação com o Direito (que detém o poder coercitivo de aplicação das leis) é o início de um caminho revolucionário, no sentido de mudanças pacíficas e profundas.

Essa aliança permitirá que se compreenda a ossatura do Estado, vendo-a não mais como um escudo intransponível, uma blindagem para o Estado, privilegiando a ideologia do grupo hegemônico, e sim, como um feixe de princípios constitucionais interligados que exigem o exercício do poder coercitivo em favor da paz, da justiça social e, sobretudo, da dignidade da pessoa humana.

A aliança entre políticas públicas na educação e Direito deve ser na perspectiva do ser humano para o Estado, já que o ser humano deve ser o centro das preocupações e que, ao agir, é o homem quem estabelece relações sociais ensejadoras de uma organização com poder de dominação – Estado, criado pelo homem para servir aos seus interesses e não para que o homem fique a ele subjugado.

O poder estatal de dominação precisa, portanto, sofrer o controle social e jurídico para que a Administração atue em favor de todos e não de alguns, iniciando dos mais excluídos para os mais privilegiados, em razão da escassez de recursos públicos que precisam ser canalizados a partir da eleição de prioridades. Há, em outras palavras, a necessidade de uma revolução (reviravolta ou mudança radical) nas prioridades em nosso País, dando-se ênfase na educação, para que seja possível sairmos do “ser” (política de exclusão, desigualdade e pobreza) e alcançarmos o “dever ser” (política de inclusão social), o que se faz sobretudo através de uma educação de qualidade para todos.

O direito deve ser visto, nesse contexto, como mero instrumento de força para exigir do Poder Público que assegure o direito igualitário à inclusão escolar e o acesso à educação de qualidade para todos, que propicie a formação de valorosos seres humanos, líderes capazes de transformar a realidade social em busca de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, inciso I).

Os princípios constitucionais fundamentais formam o arcabouço jurídico sólido, a ossatura do Estado, a partir da qual são formuladas e executadas as políticas públicas na área educacional. No Brasil, os princípios constitucionais expressos na Carta Constitucional influenciam e regem a formulação e a execução da política educacional e dos Planos Nacionais de Educação e de Educação em Direitos Humanos.

O problema, na verdade, não está mais no reconhecimento da educação como um direito humano universal ou direito fundamental social, mas na efetivação deste direito.

Exigir educação de qualidade para todos é exigir a efetivação de um direito humano universal que precisa ser tratado de forma prioritária. Para exigir a efetivação de um direito, contudo, é necessário conhecer os mecanismos jurídicos que permitam a intervenção.

O Direito Constitucional, o Direito Financeiro e Orçamentário têm se preocupado com os princípios que regem o orçamento e o controle dos gastos públicos.

O contingenciamento de recursos, que sempre são escassos, tem causado apelos em busca da eficiência, deixando a questão de ser apenas quantitativa, ligada à idéia de igualdade ou equidade de acesso à prestação do serviço educacional, passando também à qualidade de ensino.

No regime democrático brasileiro existe uma forte relação entre o Estado e seus cidadãos, e para que seja aprimorado o modelo de gestão pública, em busca de maior eficiência, é necessário buscar um ponto de equilíbrio entre o bem-estar da Nação e o crescimento sustentável do País. As prioridades das políticas públicas, inclusive na área educacional, necessariamente passam pela elaboração e execução do orçamento público, através do qual se faz a previsão das receitas e despesas.

A participação popular na elaboração e no acompanhamento da execução orçamentária é imprescindível como forma de controle social eficiente. É fundamental que aumente a participação popular no controle da Administração Pública, e o passo inicial é o orçamento participativo.

A participação efetiva e o controle do programa de planejamento são fundamentais no orçamento participativo, para que a democracia se consolide, em busca da justa distribuição de recursos.

O ideal a ser atingido, no que tange à educação de qualidade para todos, é indissociável da forma de funcionamento do sistema orçamentário, porque não se atinge educação de qualidade para todos sem que haja destinação de verbas suficientes para a educação, como prioridade de Estado e não de Governo.

O Estado, embora uno, indivisível e indelegável, exerce três funções: a legislativa, a executiva e a jurisdicional.

A aproximação entre o político e o jurídico tem sede nas chamadas *políticas públicas*.

Embora seja uma locução polissêmica, pode-se afirmar que as políticas públicas, cujo alicerce está nos princípios constitucionais, dizem respeito à interferência do Estado na vida social em busca dos objetivos de interesse comum, notadamente daqueles representados pelos deveres e direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

As políticas públicas educacionais que acontecem no mundo globalizado têm em comum a tentativa de melhorar as economias nacionais, visando ao fortalecimento dos laços entre escolarização, trabalho, produtividade e serviço.

No Brasil, o Direito social prestacional à educação, que importa no correlato dever do Estado de prestar os serviços satisfativos dessa necessidade, é contemplado com um conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais, ainda muito carentes de efetividade.

A nossa Constituição Federal estabelece os direitos e garantias fundamentais em seu Título II; no Capítulo II do mesmo Título, trata dos Direitos Sociais; no art. 6º desse Capítulo, inclui a educação como um direito social; e esclarece, de acordo com a parte final do caput do seu art. 6º, a forma de tal direito através dos arts. 7º, incisos IV e XXV, 22, inciso XXIV, 23, incisos V e XII, 24, inciso IX, 30, inciso VI, 150, inciso VI, letra “c”, 205 até 214, 225, § 1º, inciso VI, 227, caput e § 7º, ADCT 60, 76 e 79, todos eles vinculados, evidentemente aos Princípios Fundamentais de que trata o Título I de nossa Carta.

Os princípios constitucionais na seara do ensino são:

- a) igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola;
- b) liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
- c) pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas,
- d) coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- e) gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- f) valorização dos professores do ensino, garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos;
- g) gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
- h) garantia de padrão de qualidade.

No plano da legislação ordinária, merecem destaque as seguintes leis:

- Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8069, de 13.07.90;
- Conselho Nacional de Educação: Lei 9.131, de 24.11.95;
- Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional: Lei 9.394, de 20.12.96;
- Fundef - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, na forma prevista no art. 60, § 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências: Lei 9.424, de 24.12.96;
- Plano Nacional de Educação: Lei 10.172, de 09.01.01;

-Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior: Lei 10.861, de 14.04.04;

-Sistema de Avaliação da Educação Básica: Portaria 931, de 21.03.2005, do Ministro de Estado da Educação.

A eficácia e efetividade do Plano Nacional de Educação dependem muito do envolvimento dos Estados e Municípios, a quem compete a elaboração, respectivamente, do Plano Estadual de Educação e do Plano Municipal de Educação.

O direito à educação é mais do que uma simples política transitória de Governo; é uma política permanente de Estado, um direito inalienável e intransferível de qualquer cidadão, cujo serviço deve ser prestado pelo Poder Público a todos e com qualidade.

O art. 227, caput, da Constituição Federal assegura vários direitos à criança, ao adolescente e ao jovem, dentre eles a educação, e determina que tais direitos sejam assegurados com absoluta prioridade, do que se infere que a destinação de recursos, via orçamento público, deve dar a esse direito prestacional um tratamento privilegiado, não sendo, pois, uma opção do legislador ou do Executivo.

No sentido de tornar efetivas as normas constitucionais que assegurem o direito à educação, como de resto os demais direitos sociais, a atividade jurisdicional deve ser desenvolvida de modo a traduzir juridicamente as questões político-institucionais, a preservar o princípio da separação dos poderes, a promover, com a máxima efetividade, a completa efetivação desses direitos e a manter a unidade do sistema.

O processo coletivo é o instrumento por excelência no campo da proteção jurídica dos interesses e direitos metaindividuais, sendo ampla a legitimação do Ministério Público, a teor do art. 129, inciso III, parte final, de nossa Constituição, verbis:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

...

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Discute-se, porém, se os direitos fundamentais sociais seriam também individualmente sindicáveis.

Para muitos, como os direitos fundamentais sociais foram concebidos para garantir a igualdade substancial de todos os membros da sociedade, oportunizando-lhes, de modo igual, o desenvolvimento, não seria possível a postulação individual de tais direitos, pois isso levaria a novas formas de discriminação, peculiaridade que tem sido chamada de *paradoxo da desigualdade*.

Assim não entendemos! Para nós, os direitos sociais, incluído o direito à educação, podem ser individualmente exigidos.

Em primeiro lugar, porque o art. 208, § 1º, de nossa Constituição expressamente reconhece o acesso ao ensino obrigatório como um direito público subjetivo⁷², não sendo razoável compreender-se o contexto constitucional como algo viabilizador da desigualdade.

Em segundo lugar, a Defensoria Pública tem atribuição Constitucional (art. 134) de orientar e defender, em todos os graus, os necessitados, na forma do art. 5º, inciso LXXIV, o que retira o fundamento do alegado paradoxo da desigualdade, já que o acesso ao judiciário é constitucionalmente reconhecido em caráter universal.

Sobre a Defensoria Pública, vale mencionar alguns dispositivos da Lei Complementar 80, de 12.01.94, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados:

Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.(original sem o destaque).

Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública: (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

⁷² Confere ao indivíduo a possibilidade de transformar, através do devido processo legal, a norma geral e abstrata (direito objetivo) em direito efetivo, desfrutado (direito subjetivo), sendo assim instrumento de controle da atuação do poder estatal, pois permite ao seu titular constranger judicialmente o Estado a executar o que deve.

II – a afirmação do Estado Democrático de Direito; [\(Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009\).](#)

III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e [\(Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009\).](#)

IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. [\(Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009\).](#)(original sem os destaques)

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009\).](#)

...

III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009\).](#)

IV – prestar atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas Carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições; [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009\).](#)

V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009\).](#)

VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos; [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009\).](#)

VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009\).](#)

VIII – exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal; [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009\).](#)

IX – impetrar habeas corpus, mandado de injunção, habeas data e mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das

funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução; [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009\)](#).

X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009\)](#).

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009\)](#).

...

§ 2º As funções institucionais da Defensoria Pública serão exercidas inclusive contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público.

...

§ 4º O instrumento de transação, mediação ou conciliação referendado pelo Defensor Público valerá como título executivo extrajudicial, inclusive quando celebrado com a pessoa jurídica de direito público. [\(Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009\)](#).

Art. 4º-A. São direitos dos assistidos da Defensoria Pública, além daqueles previstos na legislação estadual ou em atos normativos internos: [\(Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009\)](#).

...

II – a qualidade e a eficiência do atendimento; [\(Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009\)](#).

...

IV – o patrocínio de seus direitos e interesses pelo defensor natural; [\(Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009\)](#).(original sem os destaques).

Em terceiro lugar, a propositura de uma ação individual vindicando um direito social deverá ser comunicada ao Ministério Público para os fins do art. 7º da Lei 7.347, de 24.07.85, o que se coaduna com o princípio processual da adequação e da adaptabilidade do procedimento⁷³:

⁷³ O juiz, no caso concreto, deve adaptar o procedimento de modo a melhor afeiçoá-lo às peculiaridades da causa.

Art. 7º Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

Em quarto lugar, o acesso ao Judiciário e à Justiça, na busca para a concretização de direitos fundamentais, deve ser o mais amplo possível, por incidência, dentre outros, do princípio da máxima efetividade.

Em quinto lugar, o projeto de Estado insculpido na nossa Constituição almeja o máximo existencial e não o mínimo vital, muito embora saibamos que os recursos financeiros são escassos, excluído o mínimo vital quanto à viabilidade da exceção da reserva do possível.

O Superior Tribunal de Justiça, através do REsp 493.811, firmou posição avançada sobre a efetividade das normas constitucionais programáticas, do qual é possível concluir que:

- a) é dever do Poder Público dar cumprimento às normas programáticas previstas na Constituição Federal - Vinculação e efetividade dessas normas;
- b) a ação civil pública⁷⁴ é um dos instrumentos processuais que podem ser manejados para a efetividade das normas programáticas;
- c) o Judiciário pode determinar a implantação de programa e a respectiva inclusão de verba própria em orçamento futuro.

⁷⁴ Inclusive com base no princípio constitucional da eficiência administrativa.

CAPÍTULO II – A FUNCIONALIDADE PÓS-MODERNA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS DEVERES-PODERES: O DEVER- PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS COMPROMISSOS CONSTITUCIONAIS:

II.1 Concepção primitiva da separação dos deveres-poderes.

Tudo que é criado ou construído pelo ser humano, em todos os tempos, tem uma finalidade. Com o Princípio da Separação de Poderes, cuja revisão e atualização são importantes para justificar a expansão da jurisdição constitucional, não foi diferente.

O liberalismo político pode ser configurado a partir das doutrinas centrais que o constituem: a dos direitos humanos e a da divisão de poderes.

O princípio da separação dos poderes ou das funções - que não é um fim em si mesmo, mas um instrumento idealizado com o intuito de moderar, racionalizar e limitar o poder estatal - foi engendrado durante o Estado Liberal (Séculos XVIII e XIX), visando proteger as liberdades contra o arbítrio, já que só o poder controla o poder, embora, diga-se de passagem, tal princípio, na verdade, tenha sido teorizado para atender aos interesses da classe que, detentora do poder econômico na época, não desfrutava de poder político, exatamente a burguesia. Além disso, é importante frisar que nunca houve separação absoluta dos poderes estatais, nem mesmo na concepção da teoria de Montesquieu.

A separação de poderes quase sempre é descrita por uma ótica negativa, como um mecanismo para prevenir transgressões, para evitar excessiva concentração de poderes, para assegurar a fiscalização dos demais ramos, inibindo, por exemplo, o nepotismo e a corrupção. Entretanto, também ela está, pelo menos em tese, comprometida com o aperfeiçoamento das atividades estatais, decorrente de uma ampla especialização.

A usurpação de um poder pelo outro induz à configuração da situação de arbítrio institucional que estabelece um ambiente altamente arriscado do ponto de vista da proteção à liberdade individual.

Montesquieu condicionava a liberdade dos cidadãos à divisão das funções do Estado. Segundo ele, a aglutinação dos poderes daria ensejo ao surgimento de leis tirânicas, exequíveis igualmente de forma tirânica. Para ele, a maior liberdade possível a ser concedida aos cidadãos pelo Estado decorreria da existência, não de um,

mas de vários poderes que, opondo-se entre si, moderar-se-iam reciprocamente, impedindo o abuso por parte de qualquer deles: haveria automaticamente a contenção do poder pelo poder.

Essa teoria foi desenvolvida em um momento histórico no qual se pretendia o enfraquecimento do Estado e a sua restrição na esfera de liberdade individual. A restrição do poder dos órgãos do Estado era indispensável, em uma fase histórica na qual o despotismo pregava o poder absoluto e arbitrário.

Montesquieu, como já o disseram Auguste Comte e Durkheim, pode ser considerado como o fundador da ciência política, entretanto, a sua célebre teoria da separação dos poderes não possui o alcance que tradicionalmente lhe foi outorgado, qual seja o de significar uma radical delimitação das funções estatais, pois, em verdade, tratou-se de uma teoria que teve como principal formulação estabelecer ferramentas de moderação do exercício do poder do monarca, por meio do estabelecimento de técnicas de combinação e fusão de poderes entre as funções estatais.

O ponto central de sua teoria, portanto, foi o estabelecimento de limites ao poder.

O certo é que sua teoria influenciou profundamente os sistemas jurídicos, tanto o americano quanto o europeu, e igualmente o brasileiro. Mas as suas concepções foram interpretadas e incorporadas de modos diametralmente opostos pelos Estados Unidos da América e pela Europa ocidental, do que resultaram, como se conhece, dois modelos paradigmáticos de organização administrativa e de jurisdição constitucional.

Com efeito, a distinção entre a sistemática dos dois modelos de jurisdição constitucional, deve-se às diferentes interpretações conferidas pelos revolucionários americanos e franceses à teoria da separação de poderes de Montesquieu, em função das condições históricas e políticas, produzindo efeitos radicalmente opostos na Constituição dos Estados Unidos e na Europa continental, pois, enquanto que nesta, a formulação de Montesquieu elevou o Legislativo à condição de poder soberano, na América do Norte a mesma concepção resultou no fortalecimento do Executivo e do Judiciário.

Na Europa, a burguesia revolucionária, detentora do poder econômico: a) fortaleceu o legislativo, porque tinha como nele fazer-se representar amplamente; b) desconfiada dos *parlements* (tribunais do antigo regime), em virtude do seu papel ao mesmo tempo conservador e servil ao soberano, subtraiu do Judiciário idealizado por Montesquieu, no *L'Esprit des Loix*, um importante aspecto, que era a competência para

exercitar o controle de compatibilidade entre a legislação e as “leis fundamentais”, ou seja, a competência do Judiciário para exercer o que se conhece modernamente por controle da constitucionalidade das leis.

Nos Estados Unidos, ao revés, os revolucionários americanos, hostis à idéia de submissão às arbitrarias leis que a Assembléia inglesa impunha para as colônias americanas, trataram de controlar o nascente legislativo estadunidense, criando, desse modo, a fiscalização exercida sobre ele pelo Judiciário, para evitar, na Federação americana, a instalação de uma ditadura legislativa, sendo estas, pois, as razões históricas da supremacia do Legislativo na Europa continental e da supremacia do Judiciário nos Estados Unidos da América.

Outro aspecto que contribuiu para a supremacia do Judiciário no modelo americano, além da influência de Montesquieu, foi a doutrina inglesa do “judicial review”, segundo a qual há um direito fundamental de origem judicial (*commom law*), superior ao direito parlamentar, ou seja, ao “statute law”.

Portanto, o receio da “ditadura” do legislativo, de um lado, e a posição de supremacia do juiz, advinda da doutrina jurídica do *commom law*, de outro lado, foram os fatores determinantes para a formação do sistema judicial americano, sistema esse que, como visto, não é fruto de uma reflexão, isto é, de uma decisão deliberada sobre a conveniência desse modelo, mas a consequência natural, espontânea, da prática multissecular de seus juizes, os quais já emergem na história como órgãos de defesa da Constituição e de controle do Legislativo.

De fato, quando as comunidades inglesas independentes, na América do Norte, elaboraram sua Constituição, no final do século XVIII, era natural que buscassem na história da pátria de origem a principal inspiração. As instituições inglesas foram, portanto, a matéria prima dos seus constituintes.

Cumprir registrar, ainda, que os Estados Unidos eram um terreno fértil para a influência da tripartição de poderes na versão de Montesquieu, uma vez que, como nação que se antecipou ao Poder e ao Estado, era ambiente propício ao florescimento das teorias contratualistas do liberalismo, às quais se ajustava perfeitamente a teoria de Montesquieu. Ademais, o gênio criativo do direito americano muito contribuiu para a evolução e expansão da fórmula original, como o atesta a teoria dos *cheks and balances* da Constituição.

Já os revolucionários franceses imprimiram uma interpretação inteiramente distinta dos americanos acerca da doutrina de Montesquieu, consistindo,

essencialmente, na subtração, ao Poder Judiciário, da competência que ele antes detinha no Antigo Regime, exatamente a de controlar a compatibilidade entre a legislação e as “leis fundamentais”, pelo que a incompetência do Judiciário para controlar a constitucionalidade das leis, na Europa continental, teria sua origem mais remota na maneira como a burguesia francesa de 1789 interpretou a doutrina de Montesquieu.

Para os revolucionários franceses, e de acordo com Montesquieu, o Judiciário não era considerado propriamente um poder. Os poderes eram apenas dois, o Executivo e o Legislativo, e as funções eram três, tal como definidas pelo Barão: “*le roi, la chambre haute et la chambre basse*”.

Os magistrados eram investidos apenas da função de aplicar a lei, e o deviam fazer segundo a literalidade da norma jurídica, o que ficou imortalizado na expressão do juiz como a “boca da lei”.

Desse modo, a origem do modelo de jurisdição constitucional da Europa continental, que reduziu o juiz ordinário a um papel secundário em relação à lei, residiu tanto na interpretação conferida ao pensamento de Montesquieu pelos revolucionários de 1789 - relacionado à desconfiança para com o Judiciário em razão do papel conservador dos tribunais do antigo regime - , como igualmente no fato de a Assembléia ser um poder representativo do povo (melhor dizendo, da burguesia).

Essa adaptação da teoria de Montesquieu na Europa Ocidental resultou, portanto, na primazia do Legislativo, formado por representantes do povo (na verdade, da burguesia) sobre os demais poderes do Estado, ao entendimento de que o problema a ser enfrentado não era o de manter o equilíbrio entre os Poderes, como enunciava originariamente a moderação de Montesquieu, mas o de adequar os Poderes não representativos (Judiciário e Executivo) ao poder representativo (Legislativo), porque exatamente esse sistema era o que mais convinha à elite que detinha o poder econômico.

Interessante registrar, a esse respeito, que até hoje, na França, o Judiciário não é poder, mas função administrativa, e isso se deveu também à influência que a teoria da representação política de Sieyès teve na Assembléia Constituinte que discutiu e aprovou a primeira Constituição francesa, cujo artigo segundo, ao tratar dos poderes públicos, deixou claro que os poderes só poderão ser exercidos por delegação popular.

De fato, por conferir ao Judiciário uma limitada competência para aplicar a literalidade da lei, haja vista que defendia a neutralidade absoluta dessa função, verifica-se que Montesquieu pregava, na verdade, que o sistema de contenção e

equilíbrio se fazia necessário somente entre os poderes executivo e legislativo, conclusão que influenciou profundamente a organização político-administrativa do Estado francês.

Já na América do Norte, a tese do equilíbrio girou em torno dos poderes executivo e judiciário.

Como se vê, o princípio da separação dos Poderes não possui uma fórmula universal apriorística e completa, o que reforça a idéia de que temos de concebê-lo de um modo a que sirva adequadamente e da melhor maneira aos propósitos de nossa Constituição dirigente.

Nessa busca de densificação de um modelo brasileiro de separação de funções, a primeira observação é a de que a nomenclatura *separação de poderes* não deve prosperar, uma vez que, efetivamente, o poder estatal é uno.

Há em nosso País, como dito, uma separação de funções e não de poderes.

Essa observação sobre a terminologia funcionará como uma premissa hermenêutica, qual seja a de que o Poder Estatal é um só, materializado na Constituição, da qual se extrai que a separação das funções deve viabilizar a máxima efetividade das normas constitucionais.

Como se vê, desde sua origem, o Princípio da Separação dos Poderes foi concebido de modo a adaptar a realidade institucional aos interesses da classe dominante, não tendo havido na sua aplicação purismos exacerbados ou separações radicais de funções, até porque a experiência e sua vivência demonstraram o contrário.

Nos dias atuais, ele deve sofrer uma releitura, porque o foco não é apenas a limitação do poder, mas a efetividade dos direitos fundamentais. Essa releitura tem o propósito de construí-lo como mais um fator de viabilização da efetividade constitucional, o que inclui o redimensionamento da função judicial na materialização da Constituição.

Compreender a separação de poderes de modo constitucionalmente adequado exige temperamentos e ajustes à luz da realidade constitucional brasileira, num círculo em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam.

II.2 A expansão do Dever-Poder Judiciário no Século XX.

A expansão da jurisdição constitucional iniciada no Século XX caminhou paralelamente às necessidades de revisão do princípio da separação dos poderes e de compreensão tanto das repercussões do princípio da supremacia da Constituição, quanto do alcance do direito fundamental à tutela jurisdicional. Como será visto, o princípio da separação dos poderes, tal como concebido pelo Estado Liberal, é um princípio em trajetória de decadência que teve início a partir da dilatação dos fins reconhecidos ao Estado e da posição que ele deve ocupar na garantia e na efetividade dos direitos fundamentais não mais restritos aos de primeira dimensão.

O modelo do constitucionalismo liberal preocupava-se com exclusividade em proteger o indivíduo da ingerência do Estado, não lhe carregando qualquer orientação finalística em termos de ação governamental. Os direitos subjetivos estavam limitados às clássicas liberdades públicas, eram meros direitos negativos, de defesa, de abstenção, capazes somente de proteger espaços da autonomia privada contra intervenções ilícitas na liberdade, na vida e na propriedade. Aspirações de um bem-estar social eram consideradas como *obrigações morais* que deveriam ser assumidas pela sociedade e não pelo Estado, ou seja, não eram obrigações jurídicas positivas do Estado ou deveres públicos estatais. Assim, o Estado de direito se consolidou na Europa ao longo do Século XIX, com a adoção ampla do modelo tornado universal pela Revolução Francesa: separação de poderes e proteção dos direitos individuais.

Os direitos fundamentais negativos, dentro dessa perspectiva, se amoldaram ao positivismo jurídico, na medida em que o direito estava reduzido à lei e atividade dos operadores do direito estava circunscrita à busca da vontade do legislador.

Neste sentido, o modelo liberal contentou-se com o esquema clássico da divisão de poderes. Cabia ao administrador controlar os problemas da atualidade, ao legislador tomar decisões voltadas para o futuro e aos juízes decidir voltados para o passado, baseados nas decisões políticas tomadas pelo legislador. Os direitos de defesa protegiam os cidadãos contra o Estado, a partir da reserva da lei, a favor do legislador, a que correspondia uma autodelimitação (*judicial self-restraint*) por parte do Poder Judiciário.

Isso acarretou a neutralização política da atividade judicial. O lugar privilegiado da lei como fonte do direito – somente a lei, votada e aprovada pelos seus representantes, obrigava - reservou aos juízes um papel neutro no jogo de interesses concretos na formação legislativa do Direito, pois o aplicavam mediante a subsunção do fato à norma, sem qualquer referência social, ética ou política.

No Estado Liberal, todos eram iguais perante a lei, mas era uma igualdade meramente formal, que tutelava a posição das classes economicamente favorecidas. Era uma ilusão, para a classe dominada, pensar que a generalidade e abstração da lei assegurariam a certeza jurídica, porque tal consequência requer vários antecedentes que não existiram, como por exemplo, o conhecimento da lei pelos seus destinatários, a uniformidade de interpretação dos órgãos judicantes, a efetividade do ordenamento jurídico, todos eles dependentes da estabilidade e da coesão social.

Por outro lado, o direito fundamental à liberdade não se restringe à proteção do indivíduo contra atos arbitrários do Estado (liberdades negativas), mas depende de condições materiais para que a pessoa, autodeterminada, consiga exercer a cidadania de modo responsável (liberdades positivas).

Esse Estado de coisas alterou-se com o fenômeno histórico da Revolução Industrial. As consequências econômicas do uso da máquina, durante a Revolução Industrial, provocaram uma enorme expansão da riqueza e o surgimento do imperialismo econômico. O século XX foi o palco da expansão industrial e da produção em massa. A concentração de riqueza acabou gerando gigantescos bolsões de miséria nas classes inferiores, permitindo a expansão das idéias totalitárias, com as consequências das duas guerras mundiais.

Na tentativa de contornar esses problemas e diante das fortes pressões das massas, as elites dominantes criaram o alibi do Estado Social e com ele todo um discurso retórico envolvendo a compreensão de que os direitos subjetivos individuais precisavam ser completados pelos Direitos Sociais. Considerou-se que tão importante quanto reconhecer a esfera de direitos necessários a assegurar a autonomia da vontade dos indivíduos era tornar a pessoa membro de uma sociedade. Os indivíduos não deveriam ser tratados como atomizados ou alienados, nem precisariam ser colocados uns contra os outros. A categoria dos direitos sociais reconheceu os indivíduos como seres que precisam um dos outros, que devem se reconhecer reciprocamente e devem colaborar para assegurar o convívio democrático de liberdades e direitos em uma sociedade capaz de respeitar as diferenças e promover a justiça.

Houve a adoção, em âmbito mundial, de um novo sistema ético de referência, baseado na proteção intransigente dos direitos humanos. Neste cariz, o reconhecimento de que a miséria era uma das causas determinantes do surgimento de ideais totalitários ensejou a afirmação do direito de igualdade como princípio de ordem substancial.

Assim, a partir de 1948, com a assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o compromisso dos Estados pactuantes não se restringiu à garantia formal dos direitos humanos de primeira geração, mas evoluiu para a proteção de uma nova geração de direitos, voltada à consecução da igualdade material. Nesta transição do Estado Liberal para o Estado Social, em que ocorreu uma alteração substancial quanto à concepção de Estado e de sua finalidade, os direitos de primeira geração seriam efetivamente protegidos caso assegurados, mediante ações afirmativas, outros bens da vida, tais como a saúde, a educação, o trabalho, a habitação, a família, dentre outros.

O dirigismo estatal, característica do Estado Social, implica no estabelecimento de funções específicas aos Poderes Públicos para a consecução de metas predeterminadas pela coletividade, alterando, de forma profunda, a concepção da teoria da separação dos poderes.

Com uma nova conformação do Estado, a teoria da separação dos poderes, que não pode ser um fim em si mesmo, sofreu alterações para se adaptar à nova realidade.

No Estado Liberal, o objetivo da teoria era o de evitar a concentração de poderes, a fim de que os direitos fundamentais de primeira geração fossem assegurados. O Estado, na premissa liberal, é um elemento catalisador do poder, instrumento para a sua contenção, em estrito respeito à liberdade individual. No Estado social, este objetivo permanece, mas lhe é acrescentado o desiderato de realização dos direitos fundamentais de segunda e de outras gerações, saindo de uma conduta meramente negativa, passiva, para uma conduta proativa.

Durante a expansão da Revolução Industrial, teve início um movimento de absorção das questões políticas pelo Poder Judiciário. Algumas questões que, no curso da história, sempre foram consideradas de caráter exclusivamente político, passaram a ser examinadas sob a ótica do Direito. Tanto a visibilidade social como a visibilidade política da magistratura foram ampliadas, aumentando as cobranças pela concretização dos direitos constitucionais como saúde, educação, moradia, segurança social, dentre outros direitos, tendo início a juridificação da justiça distributiva, com o Judiciário sendo chamado a enfrentar a gestão das contradições entre igualdade formal e justiça social.

A origem das *political questions* estaria nas observações lançadas pelo Chief Justice John Marshall, no caso *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, de 1803, que

afirmou pertencer ao Poder Judiciário a prerrogativa de decidir se a questão é ou não política, admitindo a apreciação, pela Suprema Corte, da constitucionalidade das leis. Firmou-se assim a Suprema Corte dos EUA como árbitro final das questões constitucionais.

O controle de constitucionalidade alterou o papel do Poder Judiciário, inicialmente concebido por Montesquieu, tornando-se um órgão eminentemente político, detentor de poder soberano, sendo-lhe reservada a palavra final nos atos praticados pelas outras formas de expressão do poder estatal. Este foi o prelúdio da admissão do controle judicial de quaisquer atos de governo que, materializados, vulnerarem a Constituição.

Esse imenso poder político conferido aos magistrados no exercício do controle de constitucionalidade ensejou inúmeras reações, chegando mesmo a se afirmar, com preocupação, a existência de “governos de juízes” e de “oligarquia de juízes” nos EUA.

Como ali a Suprema Corte havia examinado inúmeras questões no âmbito do processo eleitoral, de cunho eminentemente político, ficou enfraquecida a tese da rigorosa distinção entre questão política e atividade jurisdicional.

Por outro lado, as expressões acima referidas não designam adequadamente o fenômeno da assunção do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, originário da escolha soberana do poder constituinte originário. O controle de constitucionalidade não constitui ato de imposição da vontade dos órgãos jurisdicionais sobre as demais formas de expressão do poder estatal. Trata-se de dever constitucional explicitamente conferido ao Poder Judiciário por ocasião da instituição do próprio Estado, sendo certo que os magistrados têm uma missão política, consistente em fazer respeitar os princípios democráticos que a soberania popular quis exprimir na Constituição.

A partir do fato de que cumprem funções políticas, os magistrados não podem deixar de ser politizados, no sentido de vinculação de sua atividade aos objetivos do Estado, todos destinados à satisfação do bem comum. Isso não significa, em hipótese alguma, quebra do dever de imparcialidade, porque aí teríamos um desvio de caráter do magistrado, que se afasta dos objetivos do Estado e atua sob a égide de seus interesses particulares.

Após a institucionalização do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, houve um nítido enfraquecimento da distinção entre as esferas política e jurídica.

Em países como o Brasil, onde um novo patamar de hierarquia constitucional foi estabelecido, a jurisdição constitucional objetiva manter a integridade do sistema, absorvendo, em função disso, todas as questões conflituosas do Estado brasileiro.

Entretanto, outro fenômeno, decorrente da transição do Estado liberal para o Estado social, também levou à expansão da atividade do Poder Judiciário, com fortes implicações na teoria da separação dos poderes.

Após a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, os diversos países signatários passaram a intensificar os movimentos de implantação de programas que pudessem viabilizar a consecução dos direitos fundamentais sociais.

O processo de democratização dos países foi proporcional à institucionalização dos direitos fundamentais sociais, muito embora as suas garantias tenham sido, nos países subdesenvolvidos, muito mais de cunho formal.

As Constituições dos Estados passaram a disciplinar, normativamente, programas de ação estatal, surgindo as normas programáticas.

Como a tarefa prevista para o Poder Judiciário no Estado Liberal era aplicar a lei ao caso concreto, evitando a interferência das demais formas de expressão do poder estatal na esfera de liberdade dos cidadãos, os magistrados não deveriam ampliar o alcance da lei, uma vez que a legitimidade constitucional para a sua criação e para sua interpretação era do legislador. Os tribunais, por conseguinte, eram reputados legisladores negativos, concepção que muito dificultou a efetividade das normas programáticas.

Não se imaginava que o Estado poderia assumir, no futuro, atribuição ativa, destinada à realização material de direitos sequer imaginados à época. Não se concebia, igualmente, que as futuras Constituições, sob a égide do Estado Social, seriam informadas por normas descritivas de programas de atuação estatal, atraindo para o universo jurídico condutas historicamente aneladas à atuação exclusiva do legislador e do administrador.

Enquanto as atividades de programação e execução das finalidades do Estado permaneceram sob o enfoque exclusivamente político, nenhuma crise se instaurou no panorama do controle de constitucionalidade. Entretanto, com a inserção

das normas programáticas no bojo das Constituições, o Poder Judiciário foi chamado a decidir a compatibilidade dos atos comissivos e omissivos das demais formas de expressão do poder estatal, muitas vezes envolvendo a análise dos critérios de escolha do administrador em cotejo com a finalidade do ato administrativo.

Houve, portanto, uma alteração na percepção do papel da magistratura, porquanto a análise dos direitos fundamentais sociais invadiu as chamadas “*controvérsias de classe*”, o que exigiu um certo grau de criatividade e ativismo judiciários⁷⁵.

No Brasil, uma das primeiras questões sensíveis enfrentadas pelos tribunais foi a da admissibilidade do exame judicial do mérito⁷⁶ dos atos administrativos. A doutrina e a jurisprudência mantiveram, por muitos anos, o entendimento de que o mérito do ato administrativo, pelo seu conteúdo eminentemente discricionário, não poderia ser apreciado pelo Poder Judiciário, sob pena de violação do princípio da separação de poderes. O postulado em questão, contudo, foi substancialmente mitigado pela teoria do desvio do poder e pela teoria dos motivos determinantes. Após a inserção do princípio da moralidade no caput do art. 37 da Constituição Federal, ampliou-se ainda mais o campo de análise do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário, em cotejo com o princípio da legalidade.

Nota-se, portanto, a absorção cada vez maior dos componentes políticos da sociedade pelo ordenamento jurídico. Há uma tendência forte de vinculação de todos os atos de expressão do poder estatal às finalidades do Estado. Nesse sentido, qualquer conduta dos agentes estatais que se desviem dos objetivos do Estado encontra-se sujeita a controle judicial. É o Estado constitucional de direito!

O Estado constitucional de direito desenvolveu-se a partir do término da 2ª. Guerra mundial e se aprofunda no último quarto do século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. A

⁷⁵ Não devemos esquecer que o Estado Social, em sua primeira versão, entrou em crise por conta das promessas constitucionais não cumpridas, daí a construção de um novo paradigma, o Estado Democrático de Direito, que busca oferecer soluções qualitativamente superiores às demais espécies de constitucionalismo. A Constituição do Estado Democrático de Direito tem a pretensão de se fazer normativa e não meramente simbólica, nela havendo um órgão incumbido de sua guarda, a Corte Constitucional.

⁷⁶ Alguns exemplos colhidos da jurisprudência do STF: MS 24.831-DF, corrigindo desvios jurídico-constitucionais cometidos por Comissões Parlamentares de Inquérito; RE 167.137, invalidando escolha discricionária feita por Governador para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas que não preenchia o requisito do “notório saber”; MS 26.900 – MC, invalidando norma do regimento interno do Senado que impedia a presença de deputados federais em sessão secreta para discussão e votação do pedido de cassação do então Presidente do Congresso; ADI 162-MC, que analisou os requisitos constitucionais da relevância e da urgência para a edição de medidas provisórias;

validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais. Mais que isso: a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação. A ciência do Direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos e a jurisprudência passa a desempenhar novos papéis, dentre os quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar as normas jurídicas à luz da Constituição.

Na seqüência histórica do Estado de direito tradicional já na segunda metade do Século XX, desenhava-se uma nova formatação estatal, sob o signo das Constituições normativas.

Nesse período, houve, no plano teórico, três grandes transformações que subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento da força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Como acima dito, uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Com a reconstitucionalização que sobreveio à 2^a. Guerra Mundial, este quadro começou a ser alterado. Inicialmente na Alemanha e, com maior retardo, na Itália. E, bem mais à frente, em Portugal e na Espanha. Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.

Acompanhando a concepção de que a Constituição deve ter força normativa, houve, a partir do final da década de 40, a substituição do modelo de supremacia do Poder Legislativo pelo modelo inspirado na experiência americana de

supremacia da Constituição. A fórmula envolveu a constitucionalização dos direitos fundamentais, que assim ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais. No Brasil, onde o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana de 1891 e o controle concentrado foi introduzido pela Emenda Constitucional 16, de 1965, a jurisdição constitucional verdadeiramente expandiu-se a partir da Constituição de 1988, tendo por causa determinante a ampliação do direito de propositura e a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A implementação da força normativa da Constituição, inclusive de suas normas programáticas, e a garantia da efetividade de suas normas pela Corte Constitucional exigiram uma nova hermenêutica, que é objeto do tópico seguinte.

II.3 A nova interpretação constitucional.

A Constituição, documento político constitutivo de um Estado, é a declaração da vontade política do povo do Estado que ela constitui e tem como objetivo edificar uma sociedade justa. Sendo assim, é correto afirmar que o acesso à justiça se dá, também, pela hermenêutica constitucional, daí sua relevância. Em outras palavras, deve existir uma união entre hermenêutica constitucional e justiça, servindo a primeira como instrumento de alcance da segunda, do que resulta a legitimidade da própria Constituição.

Com a constitucionalização dos direitos fundamentais, que é fato histórico relativamente recente, as constituições deixaram de ser meros catálogos de competências ou leis fundamentais do Estado para serem também cartas de cidadania, gerando, a partir daí, a necessidade de adaptação dos mecanismos de interpretação constitucional a essa nova realidade.

Diante do problema hermenêutico criado pela constitucionalização dos direitos fundamentais – e porque a positivação desses direitos tinha de ser feita sob estruturas normativo-materiais necessariamente abertas e indeterminadas, avessas, portanto, aos procedimentos lógico-subsuntivos da aplicação das leis em geral –,

cuidaram os estudiosos de formular uma teoria hermenêutica que se poderia chamar de *principiologicamente adequada*, na medida em que responde à necessidade de interpretar e aplicar princípios jurídicos e não simples regras de direito.

Em apertada síntese, pode-se dizer que:

- a) a norma constitucional (regra), anteriormente, oferecia, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; com a constitucionalização dos direitos fundamentais (princípios), a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo, muitas vezes só sendo possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente;
- b) ao juiz, anteriormente, cabia identificar a norma (regra) aplicável ao problema e efetuar a subsunção, revelando a solução nela contida; com a constitucionalização dos direitos fundamentais (princípios), ele se torna co-participante do processo de criação do Direito, complementando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

As Constituições de um modo geral, e a brasileira em particular, pela sua natureza e finalidade, são essencialmente catálogos de princípios, que são preceitos cuja estrutura normativo-material é aberta e indeterminada, por isso mesmo geradora de significados múltiplos. Esse dado é que dá ensejo ao reconhecimento da especificidade e da autonomia da interpretação constitucional, enquanto atividade hermenêutica que opera com princípios. Logo, a hermenêutica constitucional é uma hermenêutica de princípios, de pautas axiológicas para cuja efetividade deve-se substituir a idéia retrospectiva de interpretação pela idéia prospectiva de concretização.

O processo dialético da compreensão é uma atividade infinita, porque uma interpretação que até então parecia adequada, mais adiante pode se mostrar incorreta, em virtude, por exemplo, de fatores histórico-conjunturais.

No campo da experiência judicial, onde a criatividade do intérprete encontra soluções para os conflitos de interesse muito mais rápidas do que as respostas formuladas pelo legislador, não raras vezes o aplicador decide antes da lei, segundo padrões de justiça hauridos na consciência jurídica geral, ou decide através de novas leituras dos enunciados normativos existentes, tudo isso ao amparo de dois princípios: o de que a lacuna ou obscuridade da lei não exime o magistrado de julgar; aquele outro segundo o qual, na omissão da lei, o juiz deve proceder como se legislador fosse.

É no âmbito da jurisdição constitucional (instância heterônoma, por excelência, de criação abreviada do direito), que o exercício dessa criatividade é muito amplo, não apenas porque as cortes constitucionais estão situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais, mas também porque sua atividade interpretativa desenvolve-se quase exclusivamente sobre enunciados abertos, polissêmicos e indeterminados, como são os preceitos que veiculam a chamada matéria constitucional.

Para que o Direito possa operar efetivamente e *dar a cada um o que é seu*, é necessário que seus aplicadores funcionem como instâncias redutoras do descompasso entre os problemas sociais e as respectivas soluções legislativas.

Incumbe essencialmente ao aplicador do direito – e não ao legislador – encontrar as primeiras respostas para os novos problemas sociais, para as transformações sociais, que não podem mais ser consideradas como fenômenos externos e alheios à vida dos modelos jurídicos, ou mesmo corrosivas revoltas dos fatos contra os códigos, mas, sim, fatores de atualização e regeneração da sua força normativa.

É somente pelo trabalho hermenêutico de ajustamento entre normas e fatos – no qual se fundem necessariamente a compreensão, a interpretação e a aplicação dos modelos jurídicos – que se viabiliza a ordenação jurídico-normativa da vida social, porque é no ato e no momento da individualização da norma que o juiz desempenha o papel de agente redutor da inevitável distância entre a generalidade dos preceitos jurídicos e a singularidade dos casos a decidir. É nesse instante, e por essa forma, atento às particularidades da situação posta a seu exame, tanto do ponto de vista objetivo quanto do subjetivo, que ele criará a norma concreta, a norma do caso ou a norma de decisão para realizar a justiça em sentido material.

Quando o juiz intenta adequar a lei às necessidades atuais – precisamente para lhe assegurar força normativa – o que ele tem em vista é precisamente resolver um problema ou desempenhar uma tarefa prática, com olhos postos no presente, buscando o significado jurídico atual dela.

Naturalmente que, ao desenvolver essa atividade, o juiz irá fundamentá-la, em virtude do imperativo ético e político de que, num autêntico Estado de Direito, as decisões dos agentes públicos, para se reputarem legítimas, devem convencer aqueles a quem tenham a pretensão de obrigar, emprestando, assim, consistência aos comandos jurisdicionais e densificando o direito à tutela judicial efetiva. É a motivação que assegura racionalidade às decisões, conferindo-lhes, por isso, maior segurança.

De outra parte, nenhuma interpretação ocorre no vazio. Ao contrário, trata-se de uma atividade contextualizada, que se leva a cabo em condições sociais e históricas determinadas, produtoras de usos lingüísticos dos quais deve partir qualquer atribuição de significado, em todos os domínios da hermenêutica jurídica, além dos condicionamentos culturais, dos preconceitos e das ideologias, que são elementos constitutivos da pré-compreensão. Nada disso, porém, autoriza o aplicador do Direito a criar ou atribuir significados arbitrários aos enunciados normativos, tampouco ir além do seu sentido lingüisticamente possível, um sentido que, de resto, é conhecido e/ou fixado pela comunidade e que para ela funciona como limite da interpretação.

No que diz respeito às normas constitucionais, elas, em sua parte dogmática, se limitam a enunciar princípios ou critérios gerais de valoração, que não podem exercer a função de premissa maior de um silogismo subsuntivo e, por isso, só se tornam operantes depois de densificados e concretizados pelo intérprete-aplicador.

Os princípios constitucionais possuem uma importante dimensão institucional, já que são fatores de criação e de manutenção da unidade política, pois, nos momentos constituintes, por exemplo, graças à amplitude e à indeterminação dos seus enunciados – a comportarem leituras diversas, eles viabilizam acordos ou pactos de convivência sem os quais as disputas ideológicas seriam intermináveis, e os conflitos delas resultantes não permitiriam a promulgação consensual das leis fundamentais.

Atualmente, a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência, com base em critérios ou premissas filosóficas, metodológicas e epistemológicas diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares, o que confirma o caráter unitário da atividade interpretativa.

Quanto aos métodos utilizados pelos aplicadores da Constituição, eles são fundamentalmente os seguintes^{77 78 79}:

- a) hermenêutico-clássico;
- b) tópico-problemático;
- c) hermenêutico-concretizador;

⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. Ed. 2ª. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1992, p. 219, 220, 221.

⁷⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3ª. Ed. rev. e aument. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 82, 84, 87, 88, 92, 94.

⁷⁹ MORAES, Guilherme Pena de. **Direito constitucional**. 3ª. Ed. rev.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 130, 131, 132.

- d) científico-espiritual;
- e) normativo-estruturante;
- f) da comparação constitucional.

O hermenêutico-clássico interpreta a Constituição segundo as regras tradicionais da hermenêutica, levando em conta os elementos: genético, filológico, histórico e teleológico.

O tópico-problemático surge como resposta à abertura textual e material dos enunciados constitucionais e ao seu pluralismo axiológico. Por ser a Constituição um sistema aberto de regras e de princípios, ela admite distintas e cambiantes interpretações; os problemas - que, aparentemente, aceitam mais de uma resposta - encontram na tópica, como técnica do pensamento problemático, um adequado instrumento de solução das *aporias* emergentes da interpretação concretizadora dos comandos constitucionais; as normas constitucionais, possuindo estrutura normativo-material aberta, fragmentária e indeterminada, exigem protagonismo dos seus aplicadores no processo aberto de argumentação, do qual participam, igualmente legitimados, os diversos operadores da Constituição; sua interpretação dialógica aceita, como igualmente válidos e até serem vencidos pelo melhor argumento, todos os topoi ou fórmulas de busca que sejam trazidos para confronto, resguardando-se assim a Constituição contra inconformismos ou surtos autoritários, pois todo aquele que participa do debate hermenêutico em torno da Constituição, ao menos moralmente, fica obrigado a respeitar o seu resultado em vez de se voltar contra o objeto da interpretação. A interpretação da constituição, em outras palavras, é um processo aberto de argumentação entre vários participantes - pluralismo de intérpretes, por meio da qual se adapta a norma constitucional ao caso concreto. Seus intérpretes se valem de vários pontos de vista (tópoi), que se sujeitam a várias opiniões favoráveis ou contrárias, a fim de identificar a solução mais adequada ao problema, dentro do leque de possibilidades construído. Esse método dá ênfase a uma característica eminentemente prática da interpretação constitucional, na medida em que busca resolver problemas concretos.

Pelo hermenêutico-concretizador, que é pouco diferente do tópico-problemático, a leitura de qualquer texto normativo, inclusive do constitucional, começa pela pré-compreensão do intérprete, a quem compete concretizar a norma a partir de dada situação histórica, que outra coisa não é senão o ambiente em que o problema é posto a exame, para que o resolva à luz da Constituição e não segundo critérios pessoais de justiça. Esse método procura ancorar a interpretação no próprio texto constitucional -

como limite da concretização -, mas sem perder de vista a realidade que ele intenta regular e que, afinal, lhe esclarece o sentido. Ele procura conciliar a dinamicidade da interpretação constitucional, presente na tópica, com a segurança e o respeito ao texto normativo, sustentando o primado do texto constitucional em face do problema e não o inverso, como faz o tópico-problemático.

Já o método científico-espiritual, como toda direção hermenêutico-constitucional, tem como pressuposto determinada idéia de Constituição. No caso, a Constituição é concebida como instrumento de integração, não apenas do ponto de vista jurídico-formal, enquanto norma-suporte e fundamento de validade de todo o ordenamento, mas também e sobretudo na perspectiva política e sociológica, como instrumento de regulação (absorção/superação) de conflitos e, por essa forma, de construção e preservação da unidade social. Para este método, a Constituição, como instrumento ordenador da totalidade da vida do Estado, do seu processo de integração e também da própria dinâmica social, não apenas permite, como igualmente exige, uma interpretação extensiva e flexível, em larga medida diferente das outras formas de interpretação jurídica, sem necessidade de que o seu texto contenha qualquer disposição nesse sentido. Em outras palavras, a Constituição deve ser concebida em seus aspectos teleológicos e materiais, devendo ser priorizada sua perspectiva política e não a jurídica. A compreensão do sentido e realidade de um texto constitucional implica na sua integração espiritual com os valores e a realidade existencial da comunidade. Para compensar eventuais excessos integracionistas, impõe-se reafirmar a dignidade da pessoa humana como valor fundante de toda a experiência ética.

Por sua vez, o método normativo-estruturante considera que, na tarefa de concretizar a norma constitucional, de textura aberta e indeterminada, o aplicador, para fazer justiça à complexidade e magnitude da sua tarefa, deverá considerar não apenas os elementos resultantes da interpretação do programa normativo, que é expresso pelo texto da norma, mas também aqueles decorrentes da investigação do seu âmbito normativo (situação normada), que igualmente pertence à norma e com igual hierarquia, enquanto representa o pedaço da realidade social que o programa normativo *escolheu* como seu âmbito de regulamentação. Desse modo, a norma não abrange apenas o texto, mas também um domínio normativo que corresponde a uma porção da realidade social, e a concretização normativa deve trabalhar com esses dois elementos. Existe, pois, uma diferença entre texto e norma constitucional, sendo aquele apenas uma parte da descoberta a ser levada a cabo pelo intérprete. Num primeiro momento, então, é feita a

averiguação semântica do texto, com a respectiva atribuição de sentido (programa normativo); no segundo momento, a averiguação é do componente fático, real, empírico, do problema a ser resolvido (a interpretação da realidade fática resulta no domínio normativo; da contextualização do programa normativo e do domínio normativo se chega à norma.

Pelo método da comparação constitucional, desenvolve-se um processo de busca e de constatação de pontos comuns ou divergentes entre duas ou mais Constituições, o que não elimina a necessidade de os comparatistas se utilizarem dos mesmos métodos de interpretação de que se valem os constitucionalistas em geral, porque a comparação, enquanto tal, não configura nenhuma proposta hermenêutica que se possa reputar independente, sendo, quando muito, mais um recurso para o aprimoramento do trabalho hermenêutico.

No que diz respeito aos princípios de interpretação constitucional, destacaremos os da ^{80 81 82 83 84} :

- a) unidade da Constituição;
- b) concordância prática;
- c) correção funcional;
- d) eficácia integradora;
- e) força normativa da Constituição;
- f) máxima efetividade;
- g) interpretação conforme a Constituição;
- h) presunção de constitucionalidade das leis;
- i) proporcionalidade e razoabilidade;
- j) proibição de retrocesso.

Segundo o Princípio da Unidade da Constituição, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos

⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. Ed. 2ª. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1992, p. 232, 233, 234, 235.

⁸¹ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3ª. Ed. rev. e aument. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 80, 104, 105, 106, 107, 109.

⁸² MORAES, Guilherme Pena de. **Direito constitucional**. 3ª. Ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 121, 122, 123, 124, 125.

⁸³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 336, 338, 339, 340, 348.

⁸⁴ CONTO, Mário de. **O princípio da proibição de retrocesso social: Uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 82.

integrados num sistema unitário de princípios e regras, que é instituído na e pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque – revisitando o círculo hermenêutico – o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes.

Pelo Princípio da Concordância Prática ou da Harmonização, o aplicador das normas constitucionais, deparando-se com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, deve adotar a solução que otimize a realização de todos eles, sem, ao mesmo tempo, acarretar a negação de nenhum.

O Princípio da Correção Funcional, que deriva do cânone hermenêutico da unidade da Constituição, estabelece que os aplicadores da Lei Maior não podem chegar a resultados que vulnerarem o esquema organizatório-funcional nela estabelecido, a exemplo da separação dos poderes, cuja observância é consubstancial à própria idéia de Estado de Direito. Em suma, ele objetiva impedir, em sede de concretização da Constituição, que seja alterada a repartição de funções estabelecida na Carta, atrelando-se, assim, muito fortemente à questão da competência.

De acordo com o Princípio da Eficácia Integradora, o aplicador da Constituição, ao construir soluções para os problemas jurídico-constitucionais, deve dar preferência àqueles critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração social e a unidade política (coesão sociopolítica), sendo, porém, vedada a subversão da letra e do espírito para alcançar esse objetivo a qualquer custo.

Para o Princípio da Força Normativa da Constituição, seus operadores, na solução de problemas jurídico-constitucionais, devem dar preferência à perspectiva que ajuste historicamente o sentido das suas normas e lhes confira maior eficácia jurídica.

Já o Princípio da Máxima Efetividade (subprincípio do Princípio da Força Normativa da Constituição) orienta os aplicadores da Constituição no sentido de interpretarem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia social, extraíndo-lhes o maior conteúdo possível. Ele veicula um apelo aos realizadores da Constituição para que, em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar tais direitos, cujas normas, naturalmente abertas, são predispostas a interpretações expansivas. Tendo em vista, por outro lado, que em situações concretas a otimização de qualquer dos direitos fundamentais, em favor de determinado titular, poderá implicar a simultânea compreensão, ou mesmo o sacrifício, de iguais direitos de

outrem, direitos que também exigem otimização, impõe-se ponderar a máxima efetividade com a unidade da Constituição e com o princípio da concordância prática. Ele sofre forte resistência por parte do que se denomina de “síndrome da inefetividade das constituições”.

O Princípio da Interpretação conforme a Constituição, que é também instrumento situado no âmbito do controle de constitucionalidade, consubstancia essencialmente uma diretriz de prudência política constitucional, além de reforçar outros cânones interpretativos, como o do princípio da unidade da Constituição e o da correção funcional. Ao recomendar que os aplicadores da Constituição, em face de normas infraconstitucionais de mais de um significado, escolham o sentido que as torne constitucionais, este princípio valoriza o trabalho legislativo, aproveitando e conservando as leis, bem como previne o surgimento de conflitos, os quais se tornariam crescentes se os juízes, sem o devido cuidado, se pusessem a invalidar atos legislativos. Não por acaso, o Princípio da Presunção de Constitucionalidade das Leis deve presidir as relações entre os Poderes Judiciário e Legislativo, a significar que toda lei, em princípio, é constitucional até judiciousa conclusão em contrário, que demonstre a sua incompatibilidade de modo cabal. Essa prudência não pode ser excessiva a ponto de induzir o intérprete a salvar a lei à custa da Constituição (seria o mesmo que interpretar a Constituição conforme a lei, invertendo completamente a hierarquia daquela sobre esta!), tampouco contrariar o sentido inequívoco da lei, para constitucionalizá-la de qualquer maneira (o que equivaleria a usurpar a função legislativa!). Como critério de exegese, a *interpretação conforme* visa preservar a norma, não decretando sua inconstitucionalidade e permitindo, assim, ao aplicador:

- a) realizar a vontade da Constituição;
- b) escolher o melhor significado das leis ou atos normativos que sejam polissêmicos;
- c) harmonizar as leis com a Constituição, elegendo uma linha interpretativa que melhor se amolde a esse objetivo;
- d) excluir exegeses que contrariem a Constituição;
- e) abandonar o formalismo exacerbado;
- f) condicionar a validade de um preceito à exegese que lhe for atribuída;
- g) julgar certas ações diretas procedentes em parte.

A *interpretação conforme* manifesta-se:

- a) com redução de texto;
- b) sem redução de texto *concessiva*: concede à norma impugnada uma interpretação que lhe preserve a constitucionalidade;
- c) sem redução de texto *excludente*: exclui da norma impugnada uma interpretação incompatível com a Constituição.

O Princípio da Proporcionalidade ou da Razoabilidade, que é, de ordinário, utilizado para aferir a legitimidade das restrições de direitos, embora possa também ser manejado em sede de equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios, consubstancia, em essência, uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica; e ainda serve, enquanto princípio geral de Direito, de instrumento de interpretação de todo o ordenamento jurídico.

No âmbito do Direito Constitucional, o Princípio da Proporcionalidade, pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, é consubstancial à própria idéia de Estado de Democrático de Direito. Tal interdependência se manifesta especialmente nas colisões entre bens ou valores igualmente protegidos pela Constituição, conflitos esses que só se resolvem de modo justo ou equilibrado fazendo-se apelo ao subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* (sistema de valoração dos conteúdos dos direitos em conflito, devendo o conteúdo do direito protegido ser superior ao do direito restringido), o qual é indissociável da ponderação de bens, compondo, ao lado da adequação (compatibilidade entre meio e fim, daí porque também conhecido como Princípio da Idoneidade ou da Conformidade) e da necessidade (ou exigibilidade, em que se questiona se não existe uma forma mais eficaz e menos gravosa de restrição aos direitos fundamentais colidentes), a proporcionalidade em sentido amplo. Tal princípio apresenta dupla face: a da Proibição de Excesso, que veda seja um direito fundamental excessivamente restringido; a da Proibição de Insuficiência, que se opõe a uma insuficiente proteção de um direito fundamental.

O Princípio da Proibição de Retrocesso Social, por sua vez, está ligado aos Princípios da Segurança Jurídica ou da Proteção à Confiança, e é uma emanção do conceito de Estado de Direito Democrático e Constitucional. Tal Princípio, vedatório da evolução reacionária, se volta à proteção dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais. Serve para limitar a liberdade de conformação e a possibilidade de arbítrio do legislador, sendo extraído basicamente dos seguintes dispositivos constitucionais:

- a) art. 1º: Estado Democrático de Direito;
- b) art. 5º: caput (segurança jurídica), LIV (devido processo legal substantivo);
- c) art. 60, § 4º, inciso IV (que veda proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais).

A todo instante, desafios são lançados aos aplicadores da Constituição por uma realidade social em permanente transformação. Daí a necessidade de que todos os instrumentos hermenêuticos sejam manejados à luz de casos concretos, porque só aí é que os textos mostram seu conteúdo significativo e cumprem a função de regular as situações da vida. É precisamente no processo de concretização mediante o julgamento de casos que as pautas hermenêuticas densificam o seu conteúdo e se habilitam a resolver novos problemas, até porque o Direito tem sua vida na experiência e não na abstração.

No âmbito da hermenêutica jurídica, especialmente no da hermenêutica constitucional, existe a preocupação, derivada do princípio da segurança jurídica, de se estabelecerem parâmetros objetivos para controlar e racionalizar a interpretação, que restaria de todo comprometida se os aplicadores do direito, em razão da abertura e da riqueza semântica dos enunciados normativos, pudessem atribuir-lhes qualquer significado, à revelia dos cânones hermenêuticos e do comum sentimento de justiça. Por isso, é razoável adotar como critério de racionalização/despersonalização da atividade hermenêutica a exigência de que (1) as decisões dos aplicadores do direito observem o devido processo legal em sentido amplo – devido processo legal substantivo e adjetivo – e (2) guardem conformidade com a consciência jurídica geral, como forma de evitar o puro decisionismo dos intérpretes e aplicadores do direito; ainda, (3) que a interpretação tenha por fundamento uma norma constitucional, uma vez que a vinculação a uma deliberação majoritária traz legitimidade; (4) que o fundamento jurídico possa ser utilizado em casos equiparáveis, assumindo a pretensão de universalidade e afastando o casuísmo; que sejam (5) levadas em conta as conseqüências práticas que a decisão produzirá no mundo dos fatos.

II.4 O direito fundamental de acesso à justiça.

No tópico anterior, vimos que, também através da hermenêutica constitucional (uma norma não se auto-aplica, sempre requerendo a mediação do intérprete e a cuidadosa análise da situação concreta), é viabilizado o acesso à justiça.

É da acessibilidade à Justiça que depende a eficácia social (efetividade) das normas constitucionais tutelares dos direitos fundamentais. Sua denegação, seja por omissão ou por ação, constitui clara transgressão ao princípio da inafastabilidade da cognição judicial para prevenir ameaças ou reparar direitos (CF, art.5º, inciso XXXV), e, por conseguinte, representa uma das violações mais comprometedoras de qualquer sistema que se proponha a assegurar aqueles direitos indispensáveis à cidadania, tanto que o art. 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, proclamou que *todo ser humano 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*.

Como sabemos, é totalmente insuficiente a afirmação formal da existência de determinados direitos, uma vez que o direito só tem real existência a partir de uma instância coativa disposta a aplicar as normas jurídicas. Em outros termos, na medida em que existe simples formulação de direitos, sem que se garanta o direito subjetivo de se exigir a tutela jurisdicional, em verdade tais direitos não existem de fato, individuais ou coletivos. Esta ausência de efetividade, em larga escala, alcança os setores hipossuficientes da sociedade, em relação aos quais se pode dizer que vivem, de fato, sob a órbita exclusiva do privado, o que é profundamente destruturante de um regime democrático autêntico e igualitário.

Nesse sentido, é importante chamar a atenção para o fato de que a *efetividade discriminante* (só as normas que interessam à elite dominante desfrutam de eficácia social!) das normas constitucionais exprime, nas sociedades agudamente segregadas como a brasileira, o direcionamento político, ideológico e econômico do sistema normativo e dos seus executores/operadores, a evidenciar existir em nosso País uma silenciosa e multissecular anuência institucional com o modelo patrimonialista concentrador da riqueza, que faz da parcela excluída uma massa de manobra direcionada para a acumulação de capital.

Os obstáculos que entram o acesso dos jurisdicionados às instâncias judiciais e induzem ao descrédito popular quanto à atuação da Justiça têm causas endógenas e exógenas. Em razão do tema, iremos dar ênfase aos instrumentos processuais viabilizadores da atuação concreta da Constituição, dos valores

patrocinados pela ordem jurídica, enfim, do acesso à efetividade das normas constitucionais consagradoras dos direitos fundamentais, especialmente daquelas referentes aos direitos sociais, dentre eles o direito fundamental à educação de qualidade.

O movimento por “acesso à Justiça”, uma questão eminentemente de cidadania, tem representado, nas últimas décadas, a mais importante expressão da mudança do pensamento jurídico e das reformas normativas e institucionais dos países que procuram respostas para a crise do Direito e do Judiciário, diante da velocidade e multiplicidade dos emergentes fatos sociais, bem como da falta de efetividade dos ordenamentos jurídicos, em especial dos textos constitucionais, buscando, assim, fazer com que o Poder Judiciário não continue alheio à conflituosidade social – conflituosidade essa que, no caso brasileiro, deita suas raízes nas gravíssimas desigualdades sociais e econômicas, constitutivas de um verdadeiro *apartheid jurídico, econômico e social* - e se torne, de fato, acessível à maioria da população, presente o fato de que o nosso direito substantivo é um direito pelo qual vale a pena lutar.

O conceito de acesso à Justiça que nos interessa deve ser sintonizado a uma Teoria da Constituição Dirigente e a uma Teoria Geral do Processo adequadas ao texto e contexto brasileiros, porque, considerados os objetivos fundamentais de nossa República, estampados no art. 3º de nossa Constituição, o papel do Estado e de seus agentes só se legitima na medida em que o dever-poder, manejando mecanismos compensatórios da desigualdade econômica, promova a emancipação geral do povo, dando eficácia social aos direitos fundamentais constitucionalmente proclamados. Ao lado da atuação do Poder Público, é indispensável a vigilância do povo, que é o destinatário da Constituição e cuja força é condição também primária para a concretização do seu texto. Sem a aderência da cidadania ativa e das instituições emanadas do corpo social em torno do ideário constitucionalista, ficam comprometidas as iniciativas de fazer valer a vontade da Constituição, que tenderá a permanecer no plano estéril das intenções retóricas e sem aptidão para o exercício do papel civilizatório e transformador da comunidade nacional.

A evolução do conceito de acesso à Justiça, que se relaciona com a compreensão histórica do direito processual, pode ser sinteticamente dividida em três fases, a seguir expostas.

Na primeira, correspondente aos primórdios da ciência processual moderna, o acesso à justiça era tido como um mero direito de ingressar em juízo,

equivalendo, assim, a um fim em si mesmo. Essa concepção representou uma fase do estudo e da história do direito processual em que seus institutos, princípios e, enfim, todo o fenômeno e toda a atividade processual eram considerados sob o prisma eminentemente introspectivo. Era o acesso à Justiça como mero exercício do direito de ação. Aliás, também por isso que o direito de ação, durante mais de um século, constituiu o pólo metodológico da ciência processual, sendo os institutos e categorias processuais nesta fase estudados sob a perspectiva do autor da demanda.

Nesta primeira acepção, as inibições ao acesso à Justiça correspondem a fenômenos puramente técnicos do direito ou do poder de exercitar a ação. Entendido dessa forma, o acesso à Justiça e a atuação jurisdicional voltavam-se para as questões relativas ao direito invocado pelo autor, na crença de que somente isso resumiria a distribuição da justiça. O direito à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação, permanecendo o Estado totalmente passivo com relação aos problemas da aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente na prática. Essa foi uma visão parcial do fenômeno da atividade jurisdicional, por desconsiderar o comprometimento com as repercussões sociopolíticas que o processo é capaz de gerar no seio social ou com suas finalidades ou seus escopos através dos valores dominantes na sociedade.

A segunda visão, que rompeu com o formalismo, colocou o processo como um instrumento da jurisdição e com escopos jurídicos, sociais e políticos bem definidos. Essa perspectiva realçou os valores sociais e políticos do processo, bem como a condição dele como instrumento para a realização dos direitos através da jurisdição, projetando seus escopos para além de sua finalidade jurídica.

A terceira visão, ainda instrumentalista, está focada na universalidade da tutela jurisdicional, bem como na compreensão do acesso à Justiça como acesso à ordem jurídica justa, na qual está incluída toda a atividade jurídica. Sob essa ótica, o acesso à Justiça não implica somente na possibilidade de acesso à justiça enquanto instituição estatal (= acesso à jurisdição), nem na existência de um ordenamento jurídico regulador das atividades individuais e sociais, mas também na distribuição justa dos direitos e faculdades substanciais e na efetividade destes.

Para Ada Pellegrini Grinover⁸⁵, são dados elementares do direito a uma ordem jurídica justa:

⁸⁵ Apud FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder judiciário e(m) crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.90.

- a) o direito à informação ⁸⁶;
- b) o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país ⁸⁷;
- c) o direito de acesso a uma Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa;
- d) o direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos;
- e) o direito à remoção dos obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo a uma Justiça que tenha tais características.

Nossa Constituição basicamente delinea o direito de acesso à Justiça ao assegurar, inclusive: que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV); que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV); que a todos são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, inciso LXXVIII); que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (arts. 5º, inciso LXXIV, e 134); que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º); que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte; o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); e que a construção de uma sociedade justa é um dos objetivos fundamentais de nossa República (art. 3º, inciso I).

Dimensionar em que consiste uma ordem jurídica justa somente é possível levando-se em consideração que, atualmente, estamos diante de um Estado Constitucional Democrático Social Republicano e Federativo de Direito, o qual abandonou os princípios do liberalismo econômico, adotando uma postura intervencionista no sentido de satisfazer os direitos econômico-sociais.

O acesso a uma ordem jurídica justa, portanto, significa garantir, o acesso a uma ordem jurídica imparcial, a um a Justiça igual, dialética, cooperatória, que ponha à disposição das partes todos os instrumentos e meios necessários que lhes possibilitem,

⁸⁶ Este direito inclui o direito fundamental à educação de qualidade.

⁸⁷ Daí a necessidade de se dar a maior efetividade possível à nossa Constituição Dirigente.

concretamente, a sustentação de suas razões, a produção de suas provas, enfim, a influência sobre a formação do convencimento do juiz. Significa, por conseguinte, ampliar o número de pessoas e de matérias submetidas ao controle judicial, bem como dos instrumentos através dos quais esse acesso deve ser feito.

O Direito, para ser justo, deve dispensar tratamento desigual aos desiguais, buscando restabelecer o equilíbrio fático rompido, harmonizando, com isso, as diferenças materiais da sociedade.

No acesso à Justiça, que ocorre através do processo e que não pode ser separado de toda uma carga ideológica, política, econômica e social, a legitimidade das decisões tem âncora nas garantias processuais atribuídas às partes, principalmente a do contraditório e da ampla defesa, além da necessidade de fundamentação, que deve, em substância, guardar respeito ao parâmetro constitucional.

São vários os instrumentos processuais que permitem a concretização dos direitos fundamentais prestacionais sociais, inclusive do direito à educação: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a argüição de descumprimento de preceito fundamental (e as violações a direitos fundamentais são descumprimentos de preceitos fundamentais!), observado o requisito da subsidiariedade (CF, art. 103, § 1º, e Lei 9.882, de 03.12.99, art. 4º, § 1º), a ação civil pública (CF, art. 129, inciso III, parte final; LC 80, de 12.01.94, art. 4º, incisos VII e X), e também as ações individuais.

Faremos uma abordagem apenas quanto às ações civis públicas e as ações individuais, no intuito de defender o alargamento do acesso à justiça pelos hipossuficientes.

Nenhuma crise (ou suposta crise!) metodológica pode afrontar o princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, inciso XXXV, infraconstitucionalmente coadjuvado pelos arts. 126, 288, 334, I, 440 e 571 do CPC e pelo art. 4º da LICC), nem a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, § 1º), nem a preocupação social de nosso Estado claramente posta no art. 3º de nossa Carta, que traduz o compromisso de atuação pelo bem-comum e ao qual todo o Direito deve ajustar-se.

Desse modo, constitui dever do Dever-Poder Judiciário corrigir as políticas públicas desenvolvidas pelas demais formas de expressão do dever-poder estatal que, por ação ou por omissão, agridam os deveres-direitos fundamentais. Em outros termos, falhando os Deveres-Poderes Executivo e Legislativo no que tange a

essas políticas, divorciando-as dos objetivos fundamentais do Estado, cumpre ao Dever-Poder Judiciário colmatar a lacuna, viabilizando o acesso da população à ordem jurídica justa.

À luz do Princípio da Máxima Efetividade, são direitos subjetivos aqueles elencados no art. 6º de nossa Constituição e não ficam a depender de regulamentação infraconstitucional alguma. Existindo, como há, direito subjetivo amparado, o Dever-Poder Judiciário está constitucionalmente vinculado a prestar jurisdição de mérito.

Como, porém, os direitos sociais atingem um número indeterminado de pessoas, uma vez que o seu âmbito de abrangência é o conjunto de toda a sociedade, a ação civil pública, verdadeiro canal de participação social na gestão da coisa pública (democracia participativa), exsurge, de plano, como instrumento de amplitude mais adequada à efetividade desses direitos, se confrontada com a ação individual.

A possibilidade de convivência, todavia, entre os direitos metaindividuais e os direitos individuais é reconhecida, daí porque, regra geral, se admite o exercício distinto ou simultâneo do direito de ação (Ver, e.g., Lei 8.078, de 11.09.90, art. 103, §§ 1º, 2º e 3º).

No tocante aos direitos sociais, entretanto, há uma discussão sobre o cabimento do exercício individual do direito de acesso à Justiça, ao argumento de que eles foram concebidos para garantir a igualdade substancial de todos os membros da sociedade e para assegurar o oferecimento de oportunidades iguais de desenvolvimento para todos, o que seria incompatível com sua concessão individual, na medida em que a efetividade de direitos sociais na perspectiva individual promoveria reflexa e paradoxalmente, através do Judiciário, a desigualdade, uma vez que apenas parcela mínima dos cidadãos (apenas os que individualmente ingressassem em Juízo) teria o reconhecimento efetivo de seu direito, o que poderia ser caracterizado como uma postura discriminatória do Poder Público.

Discordamos muito dessa linha de raciocínio e passamos a justificar nossa divergência.

Institucionalmente, o cidadão dispõe, por exemplo, do direito de representar perante o Ministério Público ou perante a Defensoria Pública, em busca de seu direito social. Logo, o exercício individual do direito de ação, caso venha a gerar desigualdade, será por inércia daquele que restou acomodado (provavelmente, é

verdade, por falta de informação, de educação cívica!) e não é justo que tal inércia prejudique outro hipossuficiente que acreditou e exerceu sua cidadania ativa.

Em segundo lugar, a própria lei da ação civil pública (Lei 7347, de 24.07.85, art. 7º⁸⁸) concilia o exercício individual de direito social com o alcance metaindividual deste, fazendo-o através da ciência que o magistrado é obrigado a dar ao Ministério Público, nada impedindo (muito ao contrário, é até recomendável!) que tal comunicação também seja feita à Defensoria Pública.

Em terceiro lugar, haveria um efeito multiplicador de conscientização quanto aos direitos sociais que seria muito importante para a consolidação da cidadania ativa em múltiplos aspectos, inclusive para a sedimentação do novo papel que deve ser assumido pelo Dever-Poder Judiciário, com superação de uma cultura privatista, individualista e patrimonialista do Direito. Além disso, todos somos intérpretes da Constituição e, sem dúvida, o debate e a riqueza dos casos concretos trariam muitos elementos para a blindagem de nosso dirigismo constitucional, com reforço do processo de construção do sentimento do povo quanto à singular importância de nossa Carta (*living constitution*).

Em quarto lugar, o exercício do direito individual de ação relativamente aos direitos sociais é, sem dúvida, um excelente mecanismo para aproximação entre texto constitucional e realidade, não sendo razoável considerar-se a teoria da aproximação, de um lado, para exculpar o Poder Público do déficit de efetividade e, do outro, contraditoriamente, vedar iniciativas individuais tendentes a essa mesma aproximação.

Em quinto lugar, os conceitos devem estar a serviço da vida e não a vida a serviço dos conceitos. Isso é importante no processo de assentamento de uma teoria da constituição adequada ao texto e contexto brasileiros.

Em sexto lugar, reduzir o campo das ações individuais sobre direitos sociais ao mínimo existencial⁸⁹, que muitos chamam de mínimo vital, é igualmente reduzir o campo de incidência do Princípio da Máxima Efetividade, pois este busca o

⁸⁸ Art. 7º Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

⁸⁹ A imediata exigibilidade judicial do *mínimo existencial* tem sede no fato de ele ser formado pelo núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, o que remete às seguintes discussões: que é dignidade da pessoa humana e qual o seu núcleo essencial. Há quem sustente que o mínimo existencial estaria configurado na Constituição Federal assim: no direito ao salário mínimo (art. 7º, inciso IV); no sistema de previdência social (art. 201, § 2º); no sistema de assistência social (art. 203, inciso V); no sistema de saúde (art. 196); e no sistema de educação (art. 208, inciso I e §§ 1º e 2º).

máximo existencial. Além disso, a densificação do que seja mínimo existencial é algo que necessita de ser muito debatido pela Sociedade perante o Judiciário, para que não se torne uma barreira intransponível à efetividade dos direitos sociais e um poderoso fator de retardamento do dirigismo de nossa Carta.

Em sétimo lugar, invocamos a lição de Marinoni⁹⁰, que inclui a possibilidade de tutela inibitória (individual e coletiva) em face do Poder Público:

A omissão ilegal pode ser questionada através de ação individual ou coletiva. É sabido que a tutela dos direitos difusos e coletivos, através das associações representativas, tem uma íntima relação com a idéia de democracia participativa, isto é, com a necessidade de permitir ao cidadão, ainda que de forma indireta, participar da gestão da coisa pública, possibilitando a correção dos desvios (ações e omissões) cometidos pelos agentes do Poder Público.

De modo que, quando se defere a uma associação legitimidade para a tutela de direitos difusos ou coletivos, confere-se a ela a possibilidade de propor ação coletiva inibitória positiva ou, em outras palavras, de impor uma conduta positiva à Administração, no caso de omissão ilegal.

Ora, se é fundamental a concreta realização do conteúdo das normas que estabelecem incumbências à Administração, é imprescindível admitir uma forma de tutela jurisdicional capaz de impor um comportamento ou uma conduta ao Poder Público, na hipótese de omissão reprovável.

Dessa forma, como é óbvio, não se atenta contra o princípio da separação dos poderes, pois o Judiciário está apenas fazendo cumprir a lei.

Contudo, a imposição de um fazer à Administração, tendo um correspondente em pecúnia, exige que esteja disponível no orçamento um valor capaz de permitir à Administração desincumbir-se do seu dever, prestando o fazer a que está obrigada.

Como a inibitória positiva implica uma ordem de fazer sob pena de multa, é legítimo o questionamento acerca da possibilidade de se ordenar um fazer sob pena de multa quando a Administração está impossibilitada, em virtude de questões de natureza orçamentária, de realizar a tarefa a que está obrigada por lei.

Justamente porque não se pode isentar a Administração dos seus deveres em virtude da falta de disponibilidade orçamentária, nada impede que a tutela inibitória ordene a realização da incumbência devida pela Administração e, alternativamente, a disponibilização, em orçamento, do valor necessário para a consecução da sua obrigação legal.

Se a Administração demonstrar incapacidade orçamentária para cumprir, prontamente, o determinado pela tutela inibitória, a multa incidirá apenas para obrigá-la

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica – Arts. 461, CPC e 84, CDC**. São Paulo: RT, 2001, p.119 e 120.

a disponibilizar o valor suficiente e necessário para o cumprimento do seu dever, reafirmado pela tutela inibitória que não pôde ser observada.

Como se vê, os princípios da separação dos poderes e da reserva orçamentária não constituem obstáculos à tutela inibitória positiva em face do Poder Público.

É importante mencionar, ainda, existir uma corrente que considera haver direito público subjetivo, a permitir sua sindicabilidade através de uma ação individual, exclusivamente na hipótese do art. 208, inciso I e § 1º, verbis:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4(quatro) aos 17(dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

...

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

Segundo essa corrente, o tratamento diferenciado do direito de acesso à educação básica reforçaria significativamente, em termos sistemáticos, a conclusão de que as demais categorias de direitos arroladas ao longo do artigo 208 da Constituição seriam direitos fundamentais derivados, não amparáveis, de plano, por meio de ações judiciais, visto que dependentes de providências integrativas que extrapolariam os limites da função jurisdicional.

Essa, sem dúvida alguma, é uma cláusula constitucional que facilita sobremodo o simbolismo e o alibi que têm maculado nossas Cartas, razão pela qual há de ser interpretada de modo a guardar coerência com o contexto de nossa Constituição dirigente.

Em primeiro lugar, o Princípio da Máxima Efetividade não permite que só a educação básica tenha máxima efetividade, ficando para as demais a condição de meras promessas constitucionais.

Em segundo lugar, diríamos que, a prevalecer tal raciocínio, a palavra *obrigatória* deveria constar em cada dispositivo constitucional, a partir do seu artigo 1º, sob pena de inefetividade, o que não é minimamente razoável.

Em terceiro lugar, temos o art. 227 da nossa Lei Maior que - relativamente à criança, ao adolescente e ao jovem - estatui ser dever também do Estado assegurar, com absoluta prioridade, dentre outros, o direito à educação. Ora, a expressão *absoluta prioridade* só neste dispositivo foi utilizada, o que revela a grande preocupação do Constituinte com o tema.

Poderia ser contra-argumentado que o art. 6º garante o direito à educação *na forma desta Constituição*, o que levaria à conclusão de que, na forma da Constituição, apenas o ensino básico seria obrigatório, cogente, dotado de efetividade.

Embora forte, esse argumento não é razoável, porque nossa Constituição é principiológica e seus objetivos devem ser perseguidos com a máxima eficiência possível (os administrados têm o direito a uma atuação do Estado o mais eficiente possível, conforme o art. 37). O art. 3º e, especificamente para a educação, o art. 214, balizam os fins, exigindo medidas que conduzam ao seu atingimento. Naturalmente que a modulação/densificação do que é razoavelmente tendente ou conducente a tais objetivos não deve ficar à mercê de uma conduta tímida, mínima, ineficiente (art. 37) ou arbitrária, porque temos de buscar o máximo de eficiência e o máximo de efetividade, sendo essas duas das razões pela quais o regramento do art. 214, no tocante ao Plano Nacional de Educação, impõe que ele contemple metas para a política pública da educação, automaticamente assim judicializando a questão.

Na verdade, o que os §§ 1º e 2º do art. 208 permitem, por exceção, é uma interpretação/aplicação pelo método silogístico, dedutivo, que admite o uso da subsunção. Afirmamos ser uma exceção, porque o direito fundamental prestacional social à educação tem sua interpretação e aplicação sujeitas, como regra geral, ao método axiológico e indutivo.

Em conseqüência, o reconhecimento da proteção individual não pode ser negado aos direitos sociais em geral, independentemente de sua expressa qualificação como direito público subjetivo.

II.5 O chamado ativismo judicial.

A lei geral e abstrata não foi capaz de promover a igualdade material entre os sujeitos de direito. Na prática, inclusive, a lei não representa a vontade da maioria, sendo basicamente fruto de grupos de pressão.

A crise da lei, sob o ângulo estrutural, confunde-se com a crise da representação ou de legitimidade dos parlamentos; sob a ótica funcional, é a mitigação do princípio da legalidade como o mais importante instrumento regulativo da vida social.

Os postulados clássicos da separação das funções entre Legislativo e Executivo também deixaram de ter correspondência na realidade.

Especificamente no caso brasileiro (e nosso estudo tem a preocupação de procurar caminhos de melhoria para nosso Povo!), a lei resulta da vontade do partido ou da coligação majoritária, cabendo ao governo ditar a maioria parlamentar, o programa legislativo e o conteúdo das leis. A separação hoje relevante se estabelece entre maioria governamental e oposição, esta necessitando de efetivos meios constitucionais de garantia contra esse poder da maioria existente no governo e no parlamento. O Parlamento passa a gerenciar os embates políticos necessários à governabilidade do País, o que contribui para a baixa produtividade legislativa e para o excesso de medidas provisórias, a caracterizar uma intensa e anômala atividade legislativa pelo Poder Executivo. As novas fronteiras entre o Executivo e o Legislativo (com destaque para a proliferação de medidas provisórias), aliadas às falhas no processo eleitoral, às críticas ao sistema majoritário e proporcional, à ausência de partidos políticos sólidos e de fidelidade partidária consistente, à falta de cidadania de nosso Povo (a miséria e a falta de educação se incluem entre as causas da carência de cidadania; a falta de educação acarreta a falta de informação que, por sua vez, impossibilita o controle social do exercício do poder público, aspecto este essencial a uma verdadeira democracia), à corrupção, ao clientelismo e à impunidade dos governantes, contribuem fortemente para a crise da democracia representativa, com reflexos traduzidos inclusive no desinteresse da população pela política e no descrédito das instituições, situação que nos instiga a estudar caminhos para seu aperfeiçoamento.

Ativismo traz sempre consigo a questão da efetivação dos direitos sociais pela via do Judiciário e, derivadamente, a problemática dos limites do jurídico em oposição ao campo reservado à esfera política, considerado o princípio da separação dos poderes. São incontáveis as questões que surgem: Quais são os limites do Supremo Tribunal Federal na satisfação de direitos fundamentais? Até onde pode ir um juiz ou

tribunal para garantir os direitos proclamados na Constituição como fundamentais? Qual a legitimidade dos órgãos judiciários, não eleitos, na tomada de decisões políticas? Esse fenômeno do ativismo judicial é bom para o País? Os ministros do Supremo Tribunal Federal podem funcionar como legisladores positivos?

Para nós, no exercício de nossa liberdade de pensamento e de expressão, ativismo judicial, considerada a realidade brasileira (temos de buscar a consolidação de uma teoria constitucional que seja adequada à nossa realidade!), é a atitude do Dever-Poder Judiciário, adotada no exercício de sua competência/dever de guardar a Constituição, que previne e corrige as ações e as omissões dos demais deveres-poderes contrárias à efetividade do texto constitucional, fazendo-o sair, assim, do passivismo acumpliciado e contemplativo das injustiças sociais e do álibi constitucional, em ordem a evitar que o projeto de Estado Constitucional Democrático Social Federativo e Republicano de Direito se torne, para as classes dominadas, uma inútil peça retórica absolutamente inepta à transformação social almejada por nosso dirigismo, o qual pretende superar o apartheid jurídico, econômico e social que se instalou multissecularmente por obra e graça das desigualdades sócio-econômicas impostas a nosso Povo. Ativismo judicial, nesse sentido, não é disfunção do Dever-Poder Judiciário, mas exercício regular e legítimo, autorizado pelo Poder Constituinte originário, de uma das funções que lhe são próprias: prevenir e corrigir as disfunções dos demais Deveres-Poderes (reserva de consistência⁹¹).

Tal concepção não implica negar os riscos do ativismo, tema sobre o qual passamos a discorrer.

Uma das marcantes características do Direito contemporâneo é a crescente complexidade da estrutura normativa das Constituições. Estas deixaram de ser garantidoras apenas dos direitos civis e políticos, e passaram a contemplar catálogos não exaustivos de direitos fundamentais, incluídos os direitos sociais, estruturados o mais das vezes em princípios, o que gerou a mudança de paradigma e, conseqüentemente, a maneira de pensar e trabalhar o Direito, de interpretá-lo e de aplicá-lo. Com a inserção da função promocional contemplada pelos princípios, o controle de constitucionalidade e a guarda da Constituição se expandiram para além dos atos legislativos, executivos e das atribuições dos entes federativos, alcançando a tarefa de concretizar os valores

⁹¹ Por *reserva de consistência*, entende-se que o Judiciário, ao proceder à interpretação judicial, deve apresentar argumentos *substanciais* de que o ato ou a omissão do agente público é compatível ou incompatível com a Constituição, demonstrando suficientemente o acerto do resultado que pretende alcançar.

positivados nos princípios constitucionais, dando ensejo à superação do método silogístico/dedutivo (e, conseqüentemente, do uso da subsunção) pelo método axiológico e indutivo.

Quais, então, os limites objetivos ou parâmetros dogmáticos do processo de hermenêutica constitucional que, de um lado, tem a missão de efetivar ao máximo o texto constitucional ⁹², e, do outro, se depara com o princípio da separação dos poderes e com o princípio da segurança jurídica?

A atividade exegética postula uma relação dialética entre dois pólos, por meio da qual um sujeito cognoscente (intérprete/aplicador) procura – tendo como referenciais sua pré-compreensão, o texto e os elementos fáticos do caso - compreender o sentido de um objeto cognoscível (texto normativo).

Um dos pilares em que se assenta a hermenêutica jurídica na atualidade é a distinção entre o texto normativo (o dispositivo ou enunciado) e o seu conteúdo (a norma, preceito ou disposição), sendo aquele o objeto da interpretação e este o seu resultado. A interpretação-aplicação é, desse modo, percebida como uma atividade simultaneamente cognoscitiva e criativa, consistindo no conhecimento ativo de um objeto que o próprio sujeito cognoscente contribui para produzir.

O posicionamento *sui generis* das Cortes Constitucionais - as quais representam a última ou única instância, não estando subordinadas a qualquer outro órgão ou Poder -, e o fato de a atividade interpretativa, na seara constitucional, se desenvolver quase que exclusivamente em torno de enunciados abertos, indeterminados e polissêmicos, dão lastro à criatividade necessária à aplicação das normas constitucionais.

A atuação ativa do intérprete-aplicador na concretização dos princípios constitucionais fica evidenciada através da importância que a Teoria da Argumentação vem assumindo no âmbito da Teoria do Direito, com a conseqüente priorização da perspectiva argumentativa no estudo do Direito. A técnica da ponderação de princípios constitui um modo de conferir racionalidade e fundamentação às decisões dos órgãos incumbidos de concretizar a normatividade constitucional, objetivando, com isso, evitar-se o puro subjetivismo decisionista, que indevidamente levaria a uma Constituição do intérprete e não a uma interpretação da Constituição.

⁹² As cortes constitucionais têm a característica marcante de defender e de fazer cumprir as constituições rígidas, dotadas de superioridade hierárquica.

As Constituições principiológicas, decorrentes do constitucionalismo social-democrático e sob guarda das Cortes Constitucionais, contribuíram significativamente para limitar a liberdade de conformação do direito infraconstitucional pelo Dever-Poder Legislativo, exatamente porque elas deram ensejo à criatividade no exercício da jurisdição.

A importância das decisões judiciais entre as fontes do direito varia na medida de sua vinculação ao civil law ou ao common law. Naquele sistema, a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos pelo legislador, enquanto neste (EUA e Inglaterra), a jurisprudência continua a ocupar o posto de principal fonte, desempenhando dupla função, a de definir a controvérsia e a de constituir um precedente.

Se a jurisprudência, no common law, é a principal fonte do Direito, então nele é muito mais difícil caracterizar um ativismo judicial.

No caso brasileiro, nosso sistema é o do *civil law*, embora esteja seguindo a tendência de construção de um sistema misto, englobando características de ambos. Já no art. 2º, nossa Constituição coloca a separação e harmonia entre os Deveres-Poderes como princípio fundamental, que de fato e de direito é, presente inclusive a circunstância de que o Estado democrático nasceu sob o signo da juridicização do Poder, ou seja, o movimento constitucionalista o institucionalizou de modo a limitá-lo, só permitindo o seu exercício pelos órgãos indicados na Constituição, na forma e condições por ela prescritas. Estado de Direito passou a ser sinônimo de Estado Constitucional que, desde o seu início, tem, no princípio da separação dos poderes, uma peça-chave.

Não há, todavia, um padrão universal sobre o conteúdo do princípio da separação dos poderes, o que, sem dúvida, facilita a descoberta do modelo que melhor se adéqüe à nossa realidade econômica, política, jurídica, social e cultural.

De um modo geral, quando se fala em *ativismo judicial*, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento das demais funções⁹³.

A função jurisdicional é, pelos processualistas, descrita como um instrumento de atuação do direito objetivo. Quando, porém, o direito constitucional

⁹³ É preciso discutir até onde vão essas linhas demarcatórias à luz de nossa Constituição, buscando qual a posição que, respeitados os desígnios constitucionais, melhor atenda à maioria do Povo, maioria aqui não no sentido eleitoral, mas no sentido permanente de maioria dos “condôminos” do Estado brasileiro..

objetivo contempla textos principiológicos, aos quais descabe o método silogístico/dedutivo e sim o axiológico/indutivo, a zona de certeza positiva não é nítida.

Com efeito, a singularidade do ativismo judiciário em matéria constitucional está diretamente relacionada às especificidades da atividade de interpretação e aplicação da Lei Maior, que, dentre outras, compreendem: a supremacia hierárquica das normas constitucionais; o modelo de Estado intervencionista, típico do Estado-Providência, caracterizado sobretudo pelos artigos 3º e 170 da Constituição Federal; a estrutura lógica de normas-princípio que está presente em boa parte dos preceitos constitucionais; a imprecisão semântica da linguagem constitucional, decorrente da utilização de conceitos indeterminados de cunho valorativo; a posição de supremacia funcional da Corte Constitucional, por lhe incumbir a palavra final sobre questões constitucionais, quer em sede de controle concentrado, quer em sede de controle difuso⁹⁴.

De outra parte, reforça a expansão do Dever-Poder Judiciário o fato de que tudo aquilo que na Constituição está, automaticamente judicializado fica, por força, inclusive, da cláusula de inafastabilidade da jurisdição (art.5º, inciso XXXV). Assim sendo, as políticas públicas^{95 96} estão judicializadas.

Os direitos fundamentais sociais, para serem efetivados, dependem de políticas públicas.

Em sentido amplo, o termo *políticas públicas* abrange a coordenação dos meios à disposição do Estado para que os fins previstos na Constituição sejam cumpridos, o que exige a harmonização das atividades estatais e privadas, nas quais se incluem a prestação de serviços e a atuação normativa, reguladora e de fomento, para a realização de objetivos politicamente determinados e socialmente relevantes. Em outras

⁹⁴ Nosso Supremo Tribunal Federal tem algumas competências que denotam claramente não ter sido o princípio da separação de poderes formatado segundo sua concepção liberal. Exemplos do ora afirmado são: a súmula vinculante (art. 103-A), o mandado de injunção em sua atual densificação (art. 5º, inciso LXXI, e a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade prevista no art. 27 da Lei 9.868, de 10.11.99.

⁹⁵ A questão é política quando sob o domínio da mera conveniência e oportunidade. Mais adiante trataremos da diferença entre política de Estado e política de Governo. O Dever-Poder Judiciário também atua com discricionariedade nos *casos difíceis*, embora neles permaneça o dever ético-funcional de decidir da maneira mais justa e adequada, nos limites traçados pelo texto normativo, contenha ele, ou não, um princípio ou um conceito aberto ou indeterminado.

⁹⁶ Política Pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (conforme BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p.39.

palavras, políticas públicas são *metas políticas conscientes ou programas de ação governamental*, voltados à coordenação dos meios à disposição do Estado e das atividades privadas, com a finalidade de realizar objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados⁹⁷.

Elas, as políticas públicas, constituem atualmente a forma precípua da ação estatal, o que deixa inequívoco o papel central que desempenham para a efetividade de uma constituição dirigente como a nossa. Sendo assim, o tratamento pelo Judiciário das políticas públicas não deve ser considerado como anormal, até porque as relações do cidadão com o Estado são teoricamente pautadas por objetivos sociais, tendo o processo judicial se transformado em espaço privilegiado para sua discussão, nele eclodindo os conflitos resultantes do mau funcionamento ou das disfuncionalidades dessas políticas.

A ação do Estado por políticas públicas se faz vinculada a direitos previamente estabelecidos ou a metas compatíveis com os princípios e objetivos constitucionais. É o paradigma do Estado Constitucional Democrático Social Federal e Republicano de Direito que impõe funções ativas e interventivas em prol de objetivos sociais ou de políticas públicas.

Para tanto, o Estado deve, dentre outras providências, ordenar a alocação de recursos e a realização de ações, de forma a serem alcançados os vários objetivos sociais, expressos através dos vários processos decisórios da sociedade.

Paralelamente, é preciso ensejar aos interessados amplo acesso à jurisdição, de forma a lhes conferir iniciativa de defesa dos valores juridicamente protegidos, pois, somente assim, a jurisdição poderá obter resultados positivos na realização de múltiplos objetivos sociais, corrigindo falhas do mercado ou do processo político e atuando como importante produtor de decisões sociais.

No âmbito do constitucionalismo dirigente, que incorpora um extenso catálogo de direitos sociais, o grande desafio é conter os abusos causados pela inércia ou insuficiência estatal no cumprimento do dever de realizar prestações positivas - que nada mais são do que políticas públicas objeto dos direitos sociais constitucionalmente reconhecidos - mediante a criação de mecanismos judiciais para garantir a sua exigibilidade e o controle da sua efetivação.

⁹⁷ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009, p.190.

O ideal de uma política pública, vista pelo Direito, não se esgota na validade, isto é, na conformidade do seu texto ao regramento jurídico que lhe dá base, nem na eficácia jurídica, que se traduz no cumprimento das normas do programa. O ideal de uma política pública é resultar no atingimento dos objetivos sociais a que se propôs.

Por outro lado, o princípio da separação dos poderes não é um fim em si mesmo. Somente tem sentido se funcionar como instrumento de proteção dos direitos fundamentais, não sendo razoável ser invocado contra o objetivo de tutela desses direitos. Além disso, em caso de omissão dos dois outros deveres-poderes, a atuação subsidiária do Dever-Poder Judiciário não é invasão de competência, mas complemento de uma atuação deficiente do dever-poder omissivo, em última análise, suprimento da prestação do dever de proteção do Estado, que concerne a todo o Estado e não exclusivamente a qualquer dos deveres-poderes, os quais, diga-se de passagem, devem ser harmônicos na construção dos objetivos constitucionais.

Estando a Constituição acima de todas as funções estatais e cabendo ao Judiciário assegurar a realização dos direitos fundamentais, não se pode mais admitir permaneçam os juízes alheios às decisões políticas adotadas pelo Legislativo e/ou pelo Executivo.

A mudança de significado na concepção dos direitos fundamentais abriu, quanto à determinação do significado objetivo do texto constitucional, um novo processo de diálogo e cooperação entre os três deveres-poderes do Estado, presente também o fato de que a Constituição, ostentando unidade de foco, é um sistema, sendo como tal formado de partes inter-relacionadas, interdependentes e interatuantes, cabendo ao Judiciário, por conseguinte, não apenas a tarefa de subsunção do fato à letra da lei (ou seja, não apenas dizer o que está certo e o que está errado com base na lei), mas, principalmente, examinar se o exercício discricionário do poder de legislar e do poder de administrar conduzem à efetivação eficiente dos resultados constitucionalmente objetivados (responsabilidade finalística do juiz).

O Dever-Poder Judiciário é, assim, chamado, observado o princípio da subsidiariedade, a exercer uma função socioterapêutica⁹⁸ de correção dos desvios, por ação ou omissão, na consecução das finalidades a serem atingidas para a proteção dos direitos fundamentais, além de assumir a gestão da tensão entre igualdade formal e

⁹⁸ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009, p.195.

justiça social, daí emergindo o conceito de juiz social, que é consectário de uma teoria material da Constituição e da legitimidade do Estado Social, ambas inspiradas na universalidade, eficácia e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Ao lado do Executivo e do Legislativo, o Judiciário passa a co-responsável pelo sucesso político das exigências do Estado Social. Neste sentido, Charles Warren, famoso juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, ao afirmar que “os juízes da Corte Suprema do país devem ser não somente grandes juristas, senão também estadistas construtivos”⁹⁹.

Desse modo, ao Judiciário cabe, através da tutela das políticas públicas de Estado, viabilizar a efetiva participação de grupos e segmentos da sociedade que não têm acesso aos canais de comunicação com o poder político.

No entanto, há de se evitar o risco do *governo dos juízes*, o que seria profundamente nocivo, porque:

- a) os juízes não são eleitos;
- b) não têm mandatos fixos e gozam das garantias da vitaliciedade e inamovibilidade;
- c) não haveria garantia de que um governo de juízes seria moralmente melhor do que o de representantes eleitos;
- d) haveria a prevalência dos interesses do Poder Judiciário, enquanto grupo político, frente aos interesses reais dos cidadãos.

Esse risco realmente existe, mas é um risco de longo prazo, e que se justifica ser assumido porque:

- a) até hoje, os Deveres-Poderes Executivo e Legislativo nunca efetivaram os direitos sociais, daí a enorme exclusão de parcela significativa de nosso Povo. Logo, é razoável dar ao Judiciário um voto de confiança, até porque, para quem está à margem e não tem mais o que perder, não há, na verdade, risco algum de perda;
- b) o *governo dos eleitos* (exclusivo do Legislativo e do Executivo), apesar de seus membros serem eleitos e de terem mandatos fixos, foi e tem sido um grande fiasco social;

⁹⁹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocussualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009, p.196.

c) da mesma forma que os erros do Legislativo e do Executivo geraram e ainda vão gerar soluções, os excessos que venham a ser sistematicamente praticados pelo *governo de juízes* também haverão de provocar as adequadas soluções. A própria criação do Conselho Nacional de Justiça (CF, art. 103-B), em menor escala, é um exemplo concreto do que estamos a defender;

d) é menos mal ficar o Dever-Poder Judiciário acima de qualquer outro Dever-Poder do que permanecerem o Executivo e Legislativo imunes a qualquer outro Dever-Poder. Em nenhum lugar a democracia proporciona a igualdade do poder político. A transferência de poder político ao Judiciário faz com que a maioria dos cidadãos ganhe mais do que perca, isto porque a maior parte deles é despossuída, não goza de poder econômico, não tem influência nas esferas do poder político. São conhecidas e aparentemente irremediáveis as distorções do caráter igualitário da democracia. A pretensão dos excluídos pode não encontrar espaço nos Parlamentos, quase sempre sem tempo ou vontade de protegê-los, até porque Parlamentos como o brasileiro têm sua representatividade invertida, ou seja, a maioria da população está representada pela minoria parlamentar, enquanto o Poder Econômico conta com a maioria dos congressistas.

e) o controle judicial permite a maior fiscalização e cumprimento da Constituição, reforça o combate a corrupção e promove a maior moralização da gestão pública;

f) a questão de quem deve controlar o controlador é uma questão humana insolúvel não apenas na seara do Direito. Onde há o elemento humano, há o risco de falha, e como o elemento humano é insubstituível, sobretudo na missão de julgar, esse risco jamais será plenamente eliminado. O controlador do controlador equivale então a uma dízima periódica, ou seja, tem escala infinita.

Um outro questionamento contrário à judicialização da política reside na legitimação de suas decisões, pois os detentores de mandato político alcançam essa legitimação pela vontade popular e o controle dos gastos públicos pelo Judiciário faria com que houvesse a suplantação, pelos juízes, dos órgãos que exercem a responsabilidade (“irresponsabilidade”) política (governo e congresso) por tais

despesas, o que findaria com a instituição de um Estado Judicial (era do Jurisprudencialismo), sabido que a inexistência de dinheiro para satisfazer a implementação de todas as necessidades sociais exige escolhas alocativas de recursos, que são típicas opções políticas, pautadas por critérios de macro-justiça (o quanto disponibilizar e a quem atender), para a qual não estaria o Judiciário vocacionado, devendo ele resolver apenas os problemas da micro-justiça (ou da justiça do caso concreto), uma vez que não teria como levar em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.

Sobre esse ponto, entendo que o poder constituinte originário conferiu essa legitimidade ao Dever-Poder Judiciário através, por exemplo, do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV) e do papel institucional de guardião da Constituição outorgado ao Supremo Tribunal Federal (art. 102). Aliás, salvo em caso de abuso de poder jurídico confessado, jamais se pode ter o Supremo Tribunal Federal como violador do texto constitucional. É dizer, exceto se o próprio STF confessar-se praticando uma inconstitucionalidade, o que é impensável, jamais se terá este como violador do texto constitucional. Afinal, cabe ao próprio Tribunal assentar o que diz a Constituição. Uma nova leitura do texto constitucional seria suficiente a acomodar uma viragem jurisprudencial, espancando a tese da inconstitucionalidade de decisão do STF. Isso, em hipótese alguma, afasta a necessidade de fundamentação (CF, art. 93, inciso IX), inclusive sob a perspectiva da Teoria da Argumentação (método axiológico e indutivo).

Quanto à falta de elementos instrutórios, o devido processo legal oferece procedimentos hábeis a dotar o Judiciário das informações necessárias a fazê-lo lidar com os macro-processos, tal como acontece, por exemplo, com os grandes temas que envolvem as políticas públicas no âmbito da ordem econômica e que são submetidos ao Dever-Poder Judiciário.

Além disso, a democracia não se resume à vontade da maioria, até porque as minorias também são titulares de direitos e deveres. Nesse sentido, uma função básica da Constituição é retirar certas decisões do processo político, colocando os direitos acima das decisões da maioria, por intermédio de um sistema de direitos fundamentais que serve como critério último de validade de toda a ordem jurídica.

Em uma sociedade justa e bem ordenada, as leis não podem comprometer a realização dos direitos fundamentais. Sendo tais direitos fundamentais trunfos contra a

maioria, não poderia essa maioria, mas um órgão independente e especializado, ter competência para verificar a existência de ações ou omissões contrárias à Constituição. Daí ser a jurisdição constitucional *a grande invenção contramajoritária*, na medida em que serve de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia. Caso contrário, se a jurisdição constitucional não existisse ou não detivesse os poderes que tem, ficando a maioria democrática na incumbência de afirmar a prevalência concreta de direitos em colisão, ter-se-ia que negar a idéia de que os direitos fundamentais são realmente trunfos contra a maioria e questionar a própria razão de ser dos mesmos direitos fundamentais. Como sabemos, no Estado Democrático de Direito há a garantia de contestabilidade, inerente à noção de contrato social, que permite ao Judiciário, por intermédio da razão pública, evitar os efeitos ilegítimos da legislação das maiorias transitórias ou dos interesses estreitos, organizados, bem posicionados e hábeis na obtenção de resultados que não se coadunam com o bem-estar comum da sociedade.

Diferentemente dos órgãos judiciais, os legisladores e administradores eleitos (que buscam a reeleição pelo voto da maioria e tendem a defender os interesses desta, que são contrários aos da minoria!) estão sujeitos à pressão de grupos de interesses e ao crivo da opinião pública que, com o cutelo dos horizontes políticos da próxima eleição, podem constrangê-los a serem omissos na formulação de políticas públicas.

Por tudo isso, negar a legitimidade democrática do Judiciário (que atua fundado no caráter democrático da Constituição e não na vontade da maioria) para aplicar imediatamente direitos fundamentais é ignorar a submissão do legislador à Constituição e o papel da jurisdição constitucional na efetivação do Estado Democrático de Direito.

Compete, pois, ao Judiciário velar pela integridade dos direitos fundamentais, repelir condutas governamentais abusivas, conferir prevalência à dignidade da pessoa humana, fazer cumprir as normas que protegem os grupos mais vulneráveis e neutralizar todo e qualquer ensaio de opressão estatal. A prática da jurisdição, para a efetivação da Constituição, não é interferência indevida do Judiciário na esfera orgânica dos demais poderes da República. Não é censurável o protagonismo judiciário quando, diante da inércia e da omissão estatais, a sociedade exige posicionamento jurisprudencial criativo e positivo, para que faça valer a primazia da Constituição.

No AgR no RE 410.715, o nosso Supremo Tribunal Federal, em decisão emblemática, assentou posições significativas a respeito do chamado ativismo judicial. Dito acórdão está assim ementado:

RE 410715 AgR / SP - SÃO PAULO
 AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
 Relator(a): Min. CELSO DE MELLO
 Julgamento: 22/11/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma
 Publicação
 DJ 03-02-2006 PP-00076

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 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.

Decisão

A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Gilmar

Mendes. 2ª Turma, 22.11.2005

Dele se extraem as seguintes definições por parte de nosso Supremo Tribunal Federal:

a) 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. Logo, normas constitucionais programáticas de direitos sociais têm eficácia

vinculante, independentemente de interposição legislativa, e o Judiciário, quando instado, tem o dever constitucional de dar-lhes efetividade.

b) políticas públicas de Estado, albergadas pela Constituição, não se submetem à liberdade de conformação, nem se expõem, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública (meros juízos de conveniência ou de oportunidade), nem se subordinam a razões de puro pragmatismo governamental.

II.6 Inconstitucionalidade do “vácuo de dever-poder”.

A Constituição federal é o traço de união da sociedade brasileira, é o que nos une, sendo um sistema e, portanto, um conjunto de partes inter-relacionadas, interdependentes e interatuantes.

Esse sistema tem como objetivo maior a concretização da dignidade da pessoa humana a todos que formam o povo brasileiro.

Em conseqüência, tudo o que está na Constituição tem, por finalidade última e impostergável, a dignidade da pessoa humana.

Um dos princípios fundamentais do Estado constituído pelo texto de 1988 e também voltado para o objetivo central acima aludido é o da Separação e Harmonia entre os Deveres-Poderes.

Separação e harmonia são duas faces da mesma moeda. As funções legislativa, executiva e judiciária têm, cada uma delas, um papel definido na Constituição e que tem foco na dignidade da pessoa humana. A separação evita a concentração de poder, um risco para a democracia, mas não retira de cada uma das funções o foco comum às três, pelo qual elas devem diuturnamente trabalhar: a dignidade da pessoa humana.

A harmonia também prima pela unidade de foco e tem a mesma raiz da separação, a Constituição. Para não haver desarmonia, cada função deve exercer o seu papel, respeitando a separação, mas essa separação tem de conduzir a um trabalho harmonioso pelo objetivo comum. Assim, se uma das funções vai além ou fica aquém dos seus compromissos constitucionais, o dever de harmonia titulado pelas outras duas vem à tona para corrigir o desvio, inclusive mediante atuação supletiva, tudo isso em

prol do foco comum acima referido e em socorro do dever-poder que agiu fora dos padrões constitucionais.

A atuação supletiva preserva a harmonia e a separação entre os deveres-poderes na medida em que: não há superposição de atuações (isso ocorreria na hipótese de haver dupla atuação, uma regular, pelo dever-poder ao qual originariamente caberia a ação, e outra irregular, por parte daquele que agiu em detrimento da regular atuação do primeiro!); se um dos deveres-poderes deixou de agir quando a Constituição a tanto lhe obriga, um dos outros dois deveres-poderes deve suprir a falta, para reequilíbrio do sistema.

Em outros termos, pelo Princípio da Separação e da Harmonia entre os deveres-poderes, se, por ação ou omissão, alguma das funções procede inconstitucionalmente, deve ser acionado o sistema de freios e contrapesos, porque a Constituição não deve ficar desguarnecida.

A questão do “vácuo de poder” tem pertinência mais direta com a omissão inconstitucional de qualquer dos deveres-poderes, inclusive do dever-poder judiciário.

Vácuo, como ausência total de algo, não existe em se tratando de poder.

Vácuo de poder significa vácuo no processo decisório central. Vácuo que deverá ser preenchido por meio dos mecanismos institucionalizados de reequilíbrio do Sistema, mas que, se não o for a tempo, acabará resolvido pelo deslocamento do poder decisório para determinados atores conjuntamente relevantes.

Então, se não existe vácuo de poder, temos que, quando um dos deveres-poderes (p.ex, Dever-poder nº 1) se omite inconstitucionalmente e nenhum outro o corrige, significa que: a) o dever-poder omissor está com um poder maior do que aquele inerente à Constituição, provavelmente tendo o poder econômico como suporte; b) os dois outros deveres-poderes (deveres-poderes nº 2 e nº 3) também incorrem em inconstitucionalidade, pois deixaram de atuar supletivamente para corrigir a distorção; c) num País de graves problemas sociais, a falta de implementação de políticas públicas por omissão inconstitucional dos deveres-poderes competentes é, na prática, a permissão da economia meramente de mercado, o liberalismo econômico.

Evidentemente que o descumprimento da Constituição, por ação ou por omissão, não pode nem deve ficar sem remédio, cabendo, em última instância, ao Supremo Tribunal Federal saná-lo, porque essa é a vontade do poder constituinte

originário que o elegeu como o guardião da Constituição, o guardião, então, de sua vontade (CF, art. 102).

II.7 Política de Estado e política de Governo: limites à liberdade do Executivo em matéria de direito à educação.

Tanto as políticas de Estado como as políticas de Governo devem necessariamente estar direcionadas para a consecução dos objetivos estatuídos pelo art. 3º de nossa Constituição Federal.

Entretanto, quando a política pública for voltada às finalidades essenciais do Estado e tiver como objetivos a consolidação institucional da sua organização política, a consolidação do Estado Democrático de Direito e a garantia da soberania nacional e da ordem pública, não devendo ser quebradas pela troca de governantes, ela poderá ser considerada política de Estado. Quando, porém, o objetivo das políticas públicas for o de promover ações pontuais dotadas de maior flexibilização e de maior especificidade em seus objetivos, protegendo e promovendo os direitos humanos, poderemos falar de política de Governo. As políticas de Governo se utilizam das bases estruturadas pelas políticas de Estado para promoverem essas ações pontuais.

Nós temos uma constituição dirigente e nosso País vive o drama da desigualdade social, com larga e multissecular exclusão da maioria do nosso Povo.

É nesse contexto que a educação emerge consensualmente como o principal instrumento de promoção da mobilidade social, na medida em que o ensino propicia, ou deve propiciar, as condições necessárias, incluída a igualdade de oportunidades, para o desenvolvimento da pessoa, preparando-a para o exercício da cidadania, aqui entendida como o pleno exercício dos deveres e direitos fundamentais exemplificativamente catalogados em nossa Constituição Federal e nos tratados internacionais de que seja subscritora a República Federativa do Brasil.

O direito à educação deve ser concebido em uma acepção ampla, que inclui, na própria dicção do art. 205, o desenvolvimento pleno da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Pela sua enorme importância, o direito à educação, especialmente no tocante ao ensino fundamental e à sua prestação às crianças e aos adolescentes, é tratado pela nossa Constituição com especial atenção e de forma minuciosa, tanto pelos artigos

205 até 214, como pelo art. 227, destacando-se a determinação constitucional de absoluta prioridade na concretização desse direito relativamente à criança, ao adolescente e ao jovem.

Logicamente que a educação envolve política de Estado, não sendo tão ampla a liberdade de conformação do Legislador e do Executivo.

O art. 214 de nossa Constituição obriga o Dever-Poder Legislativo à feitura do Plano Nacional de Educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e o desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam à:

- a) erradicação do analfabetismo;
- b) universalização do atendimento escolar;
- c) melhoria da qualidade do ensino;
- d) formação para o trabalho;
- e) promoção humanística, científica e tecnológica do País;
- f) estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.

Vê-se que a Constituição, no ponto, exigiu medidas *conducentes* aos objetivos que elencou. Isso não significa que a modulação temporal do alcance desses objetivos fique dissociada do Princípio da Máxima Efetividade, bem como que escapem ao controle do Judiciário a lei instituidora do Plano decenal e as políticas públicas de implementação desse Plano pelo Poder Executivo.

CAPÍTULO III – Crítica à reserva do possível.

III.1 A reserva do possível na doutrina e na jurisprudência¹⁰⁰.

Ninguém discordará da afirmativa de que a atividade financeira do Estado deve ser minimamente racional, tendo a ordem jurídica papéis relevantes a desempenhar nesse tema.

O primeiro deles é assegurar que os processos decisórios sejam realizados de forma democrática, no espaço público, incluídas aí as escolhas orçamentárias. Definir as formas de obtenção de receita, seu montante e os destinatários da carga tributária, bem como as prioridades de alocação do dinheiro público, não é atividade puramente técnica ou contábil. Ao contrário, tais definições representam escolhas políticas fundamentais, que moldarão o tamanho do Estado e suas responsabilidades para com a sociedade.

O segundo papel do Direito é prover os meios para que as escolhas não sejam aleatórias ou arbitrárias e estejam sujeitas a alguma forma de controle efetivo, não apenas jurídico, mas também político-social. É da essência do Estado de Direito que a ordem jurídica condicione e limite o exercício do poder político. Isso ocorre de diversas formas, como, por exemplo, pela partilha de competência entre diversos centros decisórios, pela fixação de procedimentos e até mesmo pela exclusão de certas matérias da esfera de disposição ordinária das maiorias, sobretudo no que concerne à proteção dos direitos fundamentais.

Em matéria financeira, um dos principais instrumentos jurídicos a serviço dos fins mencionados é ou deveria ser o orçamento público. A Constituição prevê a existência de três leis orçamentárias e estabelece a regra da legalidade, tanto para a conformação da receita, sobretudo em matéria tributária, quanto para a definição da despesa. O conjunto dessas previsões deveria garantir a transparência e o controle da atividade orçamentária.

Claro que a racionalidade nunca será completa, dado o grande conjunto de variáveis envolvidas e a natural dificuldade de se equacionar um conjunto virtualmente infinito de interesses e coordenar a atividade de um número imenso de agentes públicos: o orçamento público está sujeito a interferências vindas de todos os lados.

¹⁰⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2009.

Um orçamento realista, efetivo e *conforme a Constituição* será, antes de tudo, um instrumento de concretização e harmonização das escolhas políticas, além de constituir fórum privilegiado para a fiscalização social. O orçamento é pressuposto de efetividade das decisões tomadas pelo Poder Público. É um orçamento-programa, que veicula as decisões democráticas fundamentais sobre a alocação dos recursos, definindo objetivos e linhas de ação voltados para o desenvolvimento da comunidade.

A precedência dos agentes eleitos no domínio orçamentário, como nas decisões políticas em geral, fundamenta-se na sua legitimidade democrática direta e na sua suposta capacidade de considerar conjunturas complexas e elementos sistêmicos. Esses dois argumentos costumam ser invocados, inclusive, para restringir a atuação do Judiciário na matéria.

A lei orçamentária equaciona os dois elementos essenciais da atividade financeira do Estado: receita e despesa. A principal fonte de receita decorre da tributação. Os tributos são criados por outras leis, não pela lei orçamentária, as quais têm plena efetividade, ou seja, elas não estão à mercê do Poder Executivo, valendo lembrar que o art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal impõe o dever de arrecadação de todos os tributos como medida de responsabilidade na gestão fiscal. Em outras palavras, há pouca liberdade para a Administração, pelo menos em tese, na atividade de concretização das receitas. No outro pólo da equação, que é constituído pela despesa, vigora a sistemática de que a lei orçamentária constitui apenas uma autorização para o Poder Executivo, que pode deixar de dar cumprimento às previsões de gasto, sem nem mesmo ter de justificar os motivos. Isso não deve significar que o problema da alocação de recursos (despesa) seja exclusivamente político. A Constituição limita o poder de tributar em atenção aos direitos fundamentais reconhecidos aos contribuintes. Seria contraditório que nada tivesse a dizer sobre a aplicação dos recursos arrecadados, não apenas em seu sentido formal – pela instituição de procedimentos e controles – mas também quanto à substância das decisões, colocando em evidência os efeitos das opções orçamentárias para a cidadania. Como a tributação não é feita desprovida de finalidade, tendo, isto sim, o propósito de atender aos objetivos do Estado, o conteúdo das despesas haverá de estar vinculado juridicamente às prioridades eleitas pelo Poder Constituinte.

É pela alocação dos recursos públicos que se define quanto cada grupo social receberá do Estado, quais as necessidades que serão atendidas e em qual extensão, qual o impacto da distribuição dos recursos públicos na conformação de serviços e utilidades básicas como saúde, educação e segurança. Por isso mesmo, é

necessário que todos os segmentos participem do processo de decisão, e não apenas o bloco majoritário que forma o Executivo.

É importante fortalecer no Brasil uma cultura orçamentária que deixe bem patente não ser a cidadania fiscal apenas o cumprimento do dever de pagar tributos e que considere a vinculação *prima facie* do Executivo à lei orçamentária, superável por atos positivos e devidamente motivados.

Essa abordagem preliminar, versando sobre a questão das escolhas orçamentárias e seu respectivo controle, é importante para a análise da exceção da reserva do possível, consoante será doravante demonstrado.

Nas décadas que se seguiram ao fim da Segunda Guerra Mundial, especialmente nos últimos anos do Século XX, começou a tomar forma um fenômeno social de integração das sociedades, de encurtamento das distâncias entre os povos, de troca de informações e de relações de mercado, chamado globalização.

As manobras econômicas veiculadas pela globalização encontram-se assentadas em uma teoria econômica que resgatou valores do capitalismo anterior ao Estado do Bem – Estar Social, consolidando-os a partir dos eventuais fracassos amargados pelas democracias sociais e pelos Estados burocráticos de intervenção no plano econômico: o neoliberalismo.

A doutrina neoliberal sistematizou-se no Consenso de Washington.

Em 1989, no bojo do reaganismo e do tatcherismo, máximas expressões do neoliberalismo em ação, reuniram-se em Washington, convocados pelo Institute for International Economics, entidade de caráter privado, diversos economistas latino-americanos de perfil liberal, funcionários do Fundo Monetário Internacional (FMI), Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e do governo norte-americano. O objetivo do encontro era avaliar as reformas econômicas em curso no âmbito da América Latina.

John Willianson, economista inglês e diretor do instituto promotor do encontro, foi quem alinhavou os dez pontos tidos como consensuais entre os participantes e os cunhou com a expressão "*Consenso de Washington*", através da qual ficaram conhecidas as conclusões daquele encontro, resumidas nas seguintes regras universais:

- a) Disciplina fiscal, através da qual o Estado deve limitar seus gastos à arrecadação, eliminando o déficit público;
- b) Focalização dos gastos públicos em educação, saúde e infra-estrutura;

- c) Reforma tributária que amplie a base sobre a qual incide a carga tributária, com maior peso nos impostos indiretos e menor progressividade nos impostos diretos;
- d) Liberalização financeira, com o fim de restrições que impeçam instituições financeiras internacionais de atuar em igualdade com as nacionais e o afastamento do Estado do setor;
- e) Taxa de câmbio competitiva;
- f) Liberalização do comércio exterior, com redução de alíquotas de importação e estímulos à exportação, visando a impulsionar a globalização da economia;
- g) Eliminação de restrições ao capital externo, permitindo investimento direto estrangeiro;
- h) Privatização, com a venda de empresas estatais;
- i) Desregulação, com redução da legislação de controle do processo econômico e das relações trabalhistas;
- j) Propriedade intelectual.

Embora tivessem, em princípio, caráter acadêmico, as conclusões do Consenso acabaram tornando-se o receituário imposto por agências internacionais para a concessão de créditos: *os países que quisessem empréstimos do FMI, por exemplo, deveriam adequar suas economias às novas regras*. Para garantir e "auxiliar" no processo das chamadas reformas estruturais, o FMI e as demais agências do governo norte-americano ou multilaterais incrementaram a *monitoração* – novo nome da velha ingerência nos assuntos internos – das alterações "modernizadoras".

Em síntese, é possível afirmar que o Consenso de Washington faz parte do conjunto de reformas neoliberais que está centrado doutrinariamente na desregulamentação dos mercados, abertura comercial e financeira e redução do tamanho e papel do Estado.

O ambiente, nessa ocasião e como já afirmado, era de crise do Estado do Bem-Estar Social: apontava-se a ineficiência da atividade estatal em virtude do excesso de gastos públicos com os programas sociais e do excesso de intervenção nos mecanismos de mercado; em contraposição e como remédio, defendia-se o Estado mínimo, que deixaria mais espaço para o mercado.

Nascida em plena época neoliberal, a Constituição de 1988 veio a sofrer fortes alterações em seu texto na década de noventa, as quais permitiram o processo de

privatização e a abertura da economia aos mercados internacionais, o que conduziu o Estado brasileiro a uma posição ambivalente: embora vinculado aos objetivos traçados pelo art. 3º de nossa Constituição, perdeu, em muitos aspectos, as rédeas da economia, desmontando boa parte da estrutura responsável pela prestação de serviços, os quais, se nunca funcionaram a contento, ficaram ainda mais restritos, ocasionando mais inefetividade dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, mais exclusão.

Para reduzir a distância entre texto constitucional e realidade social, os neoliberais defendem a desregulamentação, a nível constitucional e infraconstitucional, dos direitos sociais. Além disso, o cidadão brasileiro, que não teve cumpridas as promessas constitucionais no âmbito dos direitos sociais, vê-se agora surpreendido com argumentos de ordem econômico-financeira para obstaculizar a efetivação das prestações devidas pelo Estado. É que surgiu como argumento freqüente em processos judiciais versando sobre direito sociais a exceção da reserva do possível, cujo objetivo imediato é adequar as pretensões sociais às reservas orçamentárias e à real disponibilidade de recursos em caixa, tudo isso objetivando conter decisões judiciais determinantes de prestações sociais previstas em normas de direitos fundamentais.

A reserva do possível é um argumento que deve ser examinado com muita cautela, até porque ele normalmente traz consigo pelo menos três falsas idéias.

A primeira, procura caracterizar os direitos sociais como de segunda ordem, o que é errado porque só através deles é que se poderá realmente garantir a liberdade, a segurança, a vida, enfim, os demais direitos de primeira dimensão.

A segunda, objetiva condicionar o atendimento dos direitos sociais a uma economia forte, que também está errada porque os recursos públicos, que sempre serão escassos e insuficientes para atender a todas as necessidades, são gastos em decorrência de escolhas políticas, logo, a questão é de vontade política e não de economia forte.

A terceira, almeja plantar a idéia de que os direitos sociais representam um alto custo. Ora, os direitos de primeira dimensão também têm altos custos, aspecto sempre encoberto por aqueles beneficiados do status quo.

Em outras palavras, há um alinhamento entre neoliberalismo, enxugamento das estruturas do Estado voltadas para as políticas públicas, retórica do alto custo dos direitos sociais e exceção da reserva do possível, sendo adequado concluir que o Sistema de dominação “encomendou” e obteve as respostas teóricas para conter os avanços sociais e que precisam ser cabalmente superadas, para benefício da maioria dos condôminos desta nossa Pátria, o povo brasileiro. Aliás, enquanto houver recursos

públicos para alimentar a corrupção (reserva do ilícito), não é ético negar as prestações sociais ao argumento da falta de disponibilidade de caixa (reserva do possível).

Não há dúvida quanto ao fato de a exceção da reserva do possível ¹⁰¹ter suas bases fincadas na escassez de recursos públicos e, nesse sentido, ser reconhecida como dado da realidade.

Entretanto, condicionar a definição do âmbito normativo dos direitos fundamentais sociais às possibilidades financeiras discricionariamente estabelecidas pelo Legislativo e Executivo é algo que merece uma profunda reflexão.

Colocar a escassez de recursos financeiros como condição de possibilidade de reconhecimento efetivo de um direito social significa, na prática, o seguinte: se for possível deduzir a viabilidade prática do âmbito normativo do direito, então se pode falar em direito subjetivo exigível do Estado; se não for possível fazê-lo, a pretensão não estaria dentro do âmbito normativo e, por esta razão, não gozaria da proteção jurídica.

É preciso, todavia, não esquecer de que a questão da escassez dos recursos financeiros disponíveis para a efetivação dos direitos fundamentais sociais revela-se, o mais das vezes, como uma escassez artificial, porque consequência de uma decisão política anterior que manejou ditos recursos financeiros para atender a outras finalidades.

O direito fundamental não nasce com a limitação da reserva do possível (logo, não lhe é imanente!), pois a escassez de recursos financeiros destinados à sua realização não é natural, nem essencial, mas fruto da escolha realizada pelos poderes públicos de não gastar dinheiro com aquele determinado direito. São as chamadas *escolhas trágicas*, que deixam de fora do universo possível a tutela do direito reclamado e insatisfeito. Além disso, à luz do Princípio da Máxima Efetividade, deve o operador do Direito sempre buscar soluções jurídicas inovadoras para aproximar, o mais possível, texto constitucional e realidade social, não obstante consciente dos limites fáticos.

Existe, pois, uma diferença entre escassez de recursos relacionada à inexistência física deles e escassez oriunda de escolhas alocativas de recursos (os recursos são escassos para um determinado fim porque foram politicamente destinados à consecução de outro). Logo, a escassez:

¹⁰¹ A retórica da reserva do possível chegou para a doutrina e jurisprudência brasileiras com maior intensidade a partir dos anos 90, época em que o neoliberalismo começou a direcionar a atuação dos poderes públicos nacionais.

- a) envolve o elemento escolha, sendo fruto de uma decisão política;
- b) como tal, é exterior ao Direito, não sendo determinante de sua existência, de seu conteúdo, embora possa comprometer sua efetividade;
- c) pode e deve ser sindicada judicialmente com manejo do princípio da proporcionalidade, verificando-se, por exemplo, se ela efetivamente existe, se é contornável e se as razões da escolha alocativa de recursos em prejuízo do direito vindicado são adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.

Pode-se dizer, então, que, na estruturação dos gastos públicos, incidem:

- a) o Princípio da Proporcionalidade;
- b) o dever de fundamentação pelo Executivo e pelo Legislativo quanto ao destino conferido aos recursos materiais, o mesmo acontecendo em relação ao Judiciário, nas decisões em que determina o cumprimento de prestações materiais;
- c) o Princípio da Igualdade de Oportunidades, já que nenhuma sociedade possui recursos ilimitados para atender à demanda por direitos sociais, o que exige muita criteriosidade na alocação dos recursos, presente o fato de que a destinação deles é fundamental à concretude da igualdade efetiva de oportunidades, à qual estão vinculados todos os deveres-poderes.

Sendo assim, a exceção da reserva do possível, por não ser absoluta, não deve ser aceita como uma necessária excludente de ilicitude, por impossibilidade de conduta diversa. Cabe ao Estado demonstrar que a escassez atende aos ditames da proporcionalidade.

A discussão nos tribunais brasileiros sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais e a aplicação da reserva do possível tem encontrado exemplos mais freqüentes no âmbito do direito à saúde.

Até que ponto deve o Judiciário intervir nas políticas públicas adotadas pelo Executivo, ou agir mesmo quando não houver previsão legal, atuando supletivamente ao legislativo, para garantir a efetividade dos direitos fundamentais sociais prestacionais?

São temas interligados e que têm ocasionado diferentes soluções judiciais. Algumas desprezam a questão relativa ao custo desses direitos e determinam uma aplicação quase que absoluta da norma constitucional, de modo a colocar em

segundo plano eventuais conseqüências jurídicas de suas decisões para o orçamento público. Outras, por outro lado, eximem-se de obrigar o Estado à adoção de políticas públicas ou mesmo realização de prestações específicas, sob o fundamento de que estaria havendo uma invasão da competência discricionária do Executivo. Existem também aquelas em que a questão do custo é mensurada e ponderada com os bens jurídicos em conflito.

Na jurisprudência pátria, a reserva do possível, uma restrição extrajurídica, passou a significar a reserva do financeiramente possível, ou seja, a existência de valores disponíveis nos cofres públicos e com previsão orçamentária para serem gastos precisamente na finalidade judicialmente determinada. Nesse sentido, chama a atenção a artificialidade dessa escassez, na medida em que ela é, na maior parte dos casos, uma escassez decorrente da escolha feita pelos poderes públicos. Não por outra razão, decidiu o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 273.834/RS, que *“A falta de previsão orçamentária não deve preocupar o juiz que lhe incumbe a administração da justiça, mas apenas ao administrador, que deve atender equilibradamente as necessidades dos súditos, principalmente os mais necessitados e doentes”*.

Naturalmente que a reserva do possível nem deve ser tida como um dado incontestável, nem seu afastamento pode prescindir de uma fundamentação consistente. Nesse contexto, é importante averiguar os limites passíveis de serem impostos à sua aplicação, sendo certo que dois importantes instrumentos jurídicos encontram-se à disposição do Judiciário para avaliar a atuação restritiva da reserva do possível em relação aos direitos fundamentais sociais: o postulado da proporcionalidade enquanto proibição de insuficiência, e o mínimo existencial.

A partir da já estudada dimensão programática e dirigente da Constituição, é possível verificar que as normas constitucionais têm o condão de impor a adoção de políticas públicas ao Estado, especialmente a fim de tornar efetivos os direitos fundamentais sociais a prestações, bem como determinar que as alocações de recursos orçamentários estejam direcionadas à realização desses direitos.

O próprio constituinte traçou uma série de princípios orçamentários a serem levados em consideração quando da alocação de recursos pelo Estado, dentre eles:

- a) o da redistribuição da renda (CF, arts. 1º, III, e 3º, I a IV);

- b) o da gratuidade, relacionado à prestação gratuita de bens materiais necessários à sobrevivência com dignidade do ser humano (CF, 5º, LXXIV LXXVI; 208, I);
- c) o da solidariedade (CF, art. 3º, I);
- d) o do desenvolvimento (CF, art. 3º, II).

Como parâmetro de controle da discricionariedade estatal:

- a) na escolha das políticas públicas, ainda que estejam todas voltadas para a realização de uma finalidade constitucional, tem-se o postulado da proporcionalidade. Em havendo um volume “X” de recursos a ser empregado para a satisfação do direito à educação, por exemplo, as medidas a serem adotadas pelo Estado deverão se mostrar adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito. Assim, é possível verificar a idoneidade constitucional de uma política pública – se a medida é adequada ao fim a que se propõe; se é a que menos atinge a liberdade dos demais cidadãos, sendo portanto necessária; e, finalmente, se é a que apresenta a melhor relação custo-benefício;
- b) na alocação de recursos, também incide o princípio da proporcionalidade, enquanto proibição de insuficiência, esta decorrente do caráter principiológico inerente aos direitos fundamentais a prestações materiais, em relação aos quais a Constituição exige a melhor realização possível, já que se constituem em mandados de otimização.

Desse modo, alegada a reserva do possível, cabe investigar quais os bens jurídicos aos quais ela visa proteger e confrontá-los com o bem jurídico albergado pela norma de direito fundamental.

Tomemos, como exemplo de uma prestação estatal relacionada à efetividade do direito fundamental à educação, uma escola pública em mau estado de conservação, com estrutura física deficitária, sem professores previamente qualificados e com salários atrasados, e sem controle do conteúdo que está sendo ministrado. Se o Estado alega não dispor de recursos para suprir essas deficiências, dever-se-á perquirir se todos os recursos previstos na Constituição Federal foram efetivamente destinados a este fim. Em caso afirmativo, deve-se analisar se há verbas com destinações não prioritárias, por exemplo, para construção de praças e para ajardinamento dos bairros nobres da cidade. Ainda que o lazer seja direito fundamental, é certo que, nas circunstâncias descritas, os recursos não foram alocados em favor da necessidade mais

premente, até porque os moradores não terão sua dignidade em risco pela não construção de praças, mas seguramente ela ficará comprometida em algum grau pela falta de instrução/educação.

Outro exemplo seria o confronto entre, de um lado, a melhoria do sistema educacional, com a reforma das salas de aula e a qualificação dos professores, e, do outro, a construção de um auditório municipal para sediar espetáculos.

Por tais exemplos se demonstra que, somente à luz de um caso concreto, é possível ser analisada a escassez artificial de recursos, bem como aferida a proporcionalidade no sentido da proibição da insuficiência das medidas estatais.

Além da proibição de insuficiência, abrangida em seus três aspectos – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – existe outro elemento, acima já mencionado, que influencia as decisões judiciais acerca da realização dos direitos fundamentais sociais: a noção de mínimo existencial. Ela fornece um parâmetro material de aferição da possibilidade de aplicação da argumentação relacionada à reserva do possível.

O mínimo existencial¹⁰² é um núcleo irredutível do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual abarcaria um mínimo relacionado aos direitos individuais de liberdade, bem como quatro direitos de ordem prestacional: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados (elementos materiais) e o acesso ao judiciário (elemento instrumental). Esse mínimo existencial deixa de ser um fim a atingir pela atuação do legislador para transformar-se em um direito constitucionalmente assegurado, independentemente da intervenção legislativa. As prestações que representam um plus em relação a este mínimo continuam no âmbito da competência do Legislativo, a quem caberá promover as políticas de justiça social que realizem de forma mais ampla a justiça distributiva.

Na condição de núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, o mínimo existencial¹⁰³ tem gerado importantes repercussões para a sua subjetividade, ou seja, para a dimensão de exigibilidade das prestações materiais neles previstas perante o Judiciário.

¹⁰² BARCELLOS, Ana Paula de, apud OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 313, 316 e 319.

¹⁰³ A proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais – entendido como um conteúdo mínimo irredutível e impassível de restrição – foi prevista na Lei Fundamental Alemã (art. 19, § 2º): os direitos fundamentais podem ser restringidos desde que não afetado o seu conteúdo essencial.

É certo, porém, que nem todo núcleo essencial de direito fundamental corresponde ao mínimo existencial. Quando eles coincidem, gera-se uma carga especial de subjetividade, diretamente a partir da norma constitucional, sem qualquer necessidade de intervenção do legislador. A parcela de direito fundamental que ultrapassa o mínimo existencial, por sua vez, é direito subjetivo, mas sujeito a um processo de densificação intenso, por conta de sua natureza principiológica.

Para nós, o mínimo existencial, identificável em cada caso concreto, não é o exclusivo parâmetro jurídico adequado para definir a exigibilidade de um direito fundamental social, porque, a partir da teoria dos princípios, todo direito fundamental social é exigível *prima facie*. É que a fundamentalidade material extravasa o conteúdo do mínimo existencial, tendo o constituinte se preocupado com a dignidade da pessoa humana como um todo e não em sua versão minimalista. Os direitos sociais, cuja fundamentalidade formal e material vincula todos os deveres-poderes constituídos e cujo conteúdo expressa valores de cunho social especialmente relacionados com a dignidade da pessoa humana, não têm a finalidade de assegurar apenas o mínimo, exigindo a Constituição, pelo Princípio da Máxima Efetividade, o máximo possível, o máximo existencial. Logo, é ampla a subjetividade dos direitos sociais, cuja não realização somente se justifica a partir de um processo de ponderação orientado pela argumentação jusracional.

Em relação à efetividade do mínimo existencial, não é aceita a escassez artificial de recursos, até porque ele assume o caráter de uma autêntica regra jurídica, não sujeita, em princípio, a ponderação.

III.2 O papel do Judiciário na aplicação do direito em ordem a induzir, conformar, transformar e libertar para o alcance dos compromissos constitucionais.

O Estado brasileiro apresenta como característica histórica e funesta a ineficiência contundente do Legislativo e do Executivo na efetividade dos direitos fundamentais, gerando um sentimento de frustração relativamente ao texto constitucional.

Nesse quadro, o Dever-Poder Judiciário é considerado no Brasil como o depositário das esperanças de modificação do status quo e do resgate das promessas constitucionais, tarefas em que falharam secularmente os deveres-poderes Legislativo e Executivo.

Tal circunstância, aliada ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, tem provocado o deslocamento da tensão de procedimentos políticos para procedimentos judiciais.

Como típica carta-compromisso, a nossa atual Constituição encarnou a síntese de nossas contradições e ideais de mudança, traduzindo o embate entre forças conservadoras e aspirações mudancistas.

Em nossa sociedade, são muitas as contradições econômicas, os antagonismos sociais, os paradoxos políticos.

O desafio que se coloca ao Judiciário brasileiro é o de estar preparado para enfrentar essas demandas sociais com responsabilidade nas áreas mais tensas e nos setores mais problemáticos da nossa vida social.

A renovação organizacional, processual e funcional do Judiciário, em resposta às profundas mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais de uma sociedade heterogênea, complexa e contraditória como a nossa, exige, para que a Justiça readquira credibilidade e legitimidade, com resgate de suas funções sociais, um diálogo substantivo forjado a partir de uma racionalidade comunicativa capaz de fluir com base na força do melhor argumento.

O julgador deve estar consciente não apenas de que toda interpretação, genericamente falando, permite algum grau de criatividade decorrente da margem de escolha entre opções normativas, o qual autoriza a inserção de argumentos na decisão que a vinculem aos direitos fundamentais (autênticas medidas de decisão material, direcionando-as!), como também de que o Judiciário deve ter maior capacidade afirmativa sobre o Legislativo e o Executivo, a fim de que este atue com maior eficiência e determinação em áreas cruciais como saúde, educação e segurança.

Esse quadro justifica a necessidade de se cunhar um novo modelo de juiz e, conseqüentemente, um novo padrão de Dever-Poder Judiciário, que necessita se posicionar de modo diferente daquele inerente ao modelo clássico e cuja legitimidade, nos tempos atuais, decorre do fato de a ele caber a prioritária proteção dos deveres e direitos fundamentais e não apenas a mera garantia da estrutura política.

A responsabilidade social dos juízes lhes impõe o dever de decidir de acordo com os princípios democráticos substantivamente considerados, que são umbilicalmente atrelados aos direitos fundamentais, sendo certo que o Estado substancialmente democrático depende, sobretudo, de uma efetiva vivência por todos os cidadãos, com destaque para aqueles que integram a Magistratura, os quais devem ter

um compromisso pessoal diuturnamente renovado que os leve a julgar com aprimoramento técnico e de modo vinculado ao anseio geral de justiça, preocupando-se, ademais, com as conseqüências e os reflexos sociais de sua decisão.

Nessa perspectiva, o juiz, como elemento catalisador do princípio democrático e dos direitos fundamentais, pode e deve adotar uma postura ativa na proteção e libertação dos necessitados, na defesa dos politicamente vulneráveis, conduzindo o Estado a cumprir com as prestações sociais a que constitucionalmente está obrigado, em ordem a que sejam vencidas as agruras da vida da maior parte de nosso Povo, tudo isso através de um adequado procedimento, acompanhado da essencial motivação de suas decisões, elementos esses que permitem o controle do exercício de sua relevante função, a de julgar.

Por tudo isso, é inegável a importância do Dever-Poder Judiciário na construção da verdadeira democracia, até hoje ainda não vivenciada pelo Povo brasileiro, que tem sido vítima de um egoísmo irracional por parte da elite dirigente, a qual, sempre procurando conservar o que não presta para ser conservado, dá abertura à atuação proeminente do poder econômico, cuja força, embora não formalmente institucionalizado, vem ditando, ao longo dos séculos, o que deve e o que não deve ser efetivo no texto constitucional.

III.3 O Judiciário na construção da reserva do possível: condicionando a qualidade do gasto público em prol da dignidade da pessoa humana.

O projeto de Estado instituído pela nossa Constituição dirigente tem foco na dignidade da pessoa humana, ou seja, tudo que está na nossa Carta gira, de modo direto ou indireto, em prol desse objetivo.

Para alcançá-lo, o Estado desenvolve intensa atividade financeira, como, aliás, foi exposto linhas acima. Parte dessa atividade financeira diz respeito às despesas públicas, que estão fixadas em orçamento-programa. O orçamento-programa vincula recursos a políticas públicas. E as políticas públicas objetivam ou, pelo menos, devem objetivar a concretização dos deveres e direitos fundamentais, na maior extensão possível (Princípios da Máxima Efetividade e da Proibição de Insuficiência).

Diante a escassez de recursos para satisfazer integralmente a todas as necessidades, aspecto que é eterno, são feitas escolhas, são estabelecidas prioridades, o que acarreta a ausência ou insuficiência de recursos financeiros para determinados

objetivos, ao que tem a doutrina cognominado de *escassez artificial*. Em outros termos, a escassez é dita artificial porque, enquanto um determinado objetivo não recebeu recursos ou os recebeu de modo insuficiente, outros objetivos foram contemplados de modo satisfatório, quando poderiam não ter sido, do que resultaria a disponibilidade de recursos suficientes para a satisfação daquele.

Nessas escolhas, não existe liberdade absoluta de conformação, devendo ser respeitadas as prioridades e os objetivos constitucionalmente estabelecidos.

Na medida em que as prioridades e os objetivos estão constitucionalmente estabelecidos, automaticamente estão judicializados (Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição).

A judicialização, nesse tema, envolve o exame das escolhas efetuadas pelo Legislativo e Executivo sob dois ângulos:

- a) se o mínimo existencial está priorizado antes que qualquer outra despesa;
- b) em não se tratando de mínimo existencial, se os princípios da máxima efetividade e da proibição de insuficiência, densificados nos casos concretos pelo princípio da proporcionalidade, foram adequadamente satisfeitos.

Essa, para nós, a missão relevante que também cabe ao Judiciário exercer, na medida em que ele não apenas é co-responsável pelo projeto de Estado retratado em nossa Carta, como detém a singularidade, através de seu órgão máximo, o Supremo Tribunal Federal, de guardar, em última instância, nossa Lei Maior.

CAPÍTULO IV – Radiografia, por amostragem, de decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal sobre a efetivação do direito à educação de 1988 a 2010.

IV.1 Metodologia e critérios empregados para o levantamento dos dados.

Em, 11.10.2010, acessamos o site do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br), utilizamos, como critério de pesquisa, a expressão “reserva do possível e educação”, e obtivemos os seguintes resultados, com a indicação importante, feita no próprio site, de que a base *contém apenas decisões selecionadas*:

- Acórdãos: 3 documentos encontrados;
- Súmulas: nenhum documento encontrado;
- Súmulas Vinculantes: nenhum documento encontrado;
- Decisões Monocráticas: 53 documentos encontrados;
- Decisões da Presidência: 8 documentos encontrados;
- Questões de Ordem: nenhum documento encontrado;
- Repercussão Geral: nenhum documento encontrado;
- Informativo: 8 documentos encontrados.

IV.2. Aspectos quantitativos e atores acionantes:

Vinculadas ao objeto desta dissertação, identificamos trinta decisões monocráticas de relatores, quatro decisões da Presidência da Corte e dois acórdãos¹⁰⁴.

Cada uma das decisões colhidas, por sua vez, faz referência a várias outras que lhe são anteriores, a indicar uma trajetória sobre o entendimento da Corte a respeito do tema.

Da amostra, constatou-se que o manejo de ações em sede de controle concentrado representou uma participação pouco expressiva de apenas 3%.

Especificamente quanto aos atores acionantes, a amostra detectou que a participação dos Partidos Políticos, ficou restrita a 3%, bem como as promoções levadas a efeito por particulares, que igualmente se limitaram aos módicos 3%. Todos

¹⁰⁴ Não guardam pertinência com o objeto desta dissertação as seguintes decisões: STA 175: sobre o direito à saúde; RHC 7.4.2010 8.4.2010 30: trata de crianças e adolescentes vítimas de abuso e/ou exploração sexual; AC 2395: sobre inobservância do devido processo legal na inscrição de Estado-membro em cadastros públicos restritivos; ADI 4167: sobre o piso nacional dos profissionais da educação básica; ADI 3324: sobre a transferência “ex officio” entre instituições de ensino e congeneridade. As demais decisões que não desfrutaram de pertinência temática estão apontadas em notas aos anexos a este trabalho.

os demais processos resultaram de iniciativa do Ministério Público (94%). No âmbito do Ministério Público, nenhuma atuação do Ministério Público Federal. Quanto ao Ministério Público Estadual, o do Estado de Santa Catarina teve a maior participação, com 48% da amostra, seguido pelo do Estado de São Paulo, com 27%, pelo do Estado do Rio de Janeiro, com 5%, pelo do Estado do Rio Grande do Sul, com 5%, pelo do Distrito Federal, com 3%, pelo do Estado de Minas Gerais, com 3% e pelo Estado do Tocantins, com 3%.

Para melhor visualização, apresentamos o quadro abaixo, com a participação de cada um:

ATORES	AMOSTRA = 100 %
PARTIDOS POLÍTICOS	3%
PARTICULARES (CIDADÃOS, ISOLADAMENTE)	3%
MP SC	48%
MP SP	27%
MP RJ	5%
MP RS	5%
MP DF	3%
MP MG	3%
MP TO	3%

Com base na amostra, é possível concluir que o baixo nível de cidadania é causa e efeito da tímida atuação das instituições. Os Partidos Políticos e o próprio Ministério Público, segundo a amostra, são decepcionantes, valendo registrar que o Ministério Público Federal sequer apareceu na estatística, o que é, de igual modo, profundamente lamentável. O mesmo se diga quanto à participação do Povo na postulação do seu direito fundamental à educação constitucionalmente assegurado.

Apesar disso, os Ministérios Públicos Estaduais de Santa Catarina e de São Paulo se revelaram menos alheios ao direito fundamental à educação, sendo que o primeiro deles ostentou quase o dobro das promoções do segundo.

A Defensoria Pública é outra grande e lamentável ausente e indiferente, apesar de a Constituição Federal a qualificar como instituição essencial à função

jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

Outra conclusão possível da amostra é que, em Santa Catarina e em São Paulo, a inércia estatal é menos intensa, o que posso atribuir às melhores condições econômicas, sociais e culturais que influenciam positivamente a cidadania.

IV.3 Desvelando as teses utilizadas nas decisões:

Ao decidir sobre a obrigatoriedade de fornecimento de transporte escolar aos alunos do ensino médio, menores de 18 anos, que residem há mais de 3 km de distância das escolas públicas de Município, o STF, na STA 318 (ver anexo), Min. Gilmar Mendes, superou dois conhecidos obstáculos, o primeiro deles relativo à reserva do possível.

No ponto, ficou assentado que *a escassez de recursos públicos não pode ser utilizada, indiscriminadamente, para justificar a omissão estatal na área da Educação*, aduzindo ainda que *Se o Estado está obrigado (constitucional e legalmente) a implementar as políticas públicas destinadas às crianças e aos adolescentes, especialmente as de educação, deve assegurar recursos a está área antes de fazê-lo a qualquer outra”*.

Em outras palavras, consagrou o Supremo a tese de que nenhum direito fundamental nasce com a limitação da reserva do possível (logo, não lhe é imanente!), pois a escassez de recursos financeiros destinados à sua realização não é natural, nem essencial, mas fruto da escolha realizada pelos poderes públicos de não gastar dinheiro com aquele determinado direito. São as chamadas *escolhas trágicas*, que deixam de fora do universo possível a tutela do direito reclamado e insatisfeito. Além disso, à luz do Princípio da Máxima Efetividade, deve o operador do Direito sempre buscar soluções jurídicas inovadoras para aproximar, o mais possível, texto constitucional e realidade social, não obstante consciente dos limites fáticos.

Como se pode observar, existe, pois, uma diferença entre escassez de recursos relacionada à inexistência física deles e escassez oriunda de escolhas alocativas de recursos (os recursos são escassos para um determinado fim porque foram politicamente destinados à consecução de outro). Logo, a escassez envolve o elemento escolha, sendo fruto de uma decisão política e, como tal, é exterior ao Direito, não

sendo determinante de sua existência, de seu conteúdo, embora possa comprometer sua efetividade, podendo e devendo ser sindicada judicialmente com manejo do princípio da proporcionalidade.

Outro argumento suficientemente rebatido na mesma assentada foi o do Princípio da Separação dos Poderes. A esse respeito, mais uma vez o Supremo reafirmou que *nos dias atuais, tal princípio, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz da realidade constitucional brasileira, num círculo em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam*¹⁰⁵, aduzindo ainda que *a alegação de violação à separação dos Poderes não justifica a inércia do Poder Executivo estadual do Rio Grande do Sul em cumprir seu dever constitucional de garantia do direito à educação e dos direitos da criança e do adolescente, com a absoluta prioridade reclamada no texto constitucional (art. 206, VII, art. 208, II e §§ 1º e 2º, art. 211, § 3º, e art. 227), ... o que deixa expresso o dever do Poder Executivo de dar primazia à consecução daquelas políticas públicas*¹⁰⁶.

Por sua vez, na SL 263 (ver anexo), que tratou da obrigatoriedade de Estado-membro preencher integralmente o quadro de professores da rede estadual em um de seus Municípios, o Min. Gilmar Mendes, com os mesmos fundamentos acima colacionados, superou as alegações de violação à reserva do possível e à separação dos poderes, de falta de previsão orçamentária, de exiguidade do prazo para efetivação das medidas, de possível efeito multiplicador, de vedação legal e constitucional expressas de ordenação de despesas sem autorização legal.

A inclusão de criança em programa de orientação e apoio sócio-familiar, no julgamento do RE 491121 (Min. Dias Toffoli, ver anexo), foi deferida pelo Supremo, que expressamente recordou a possibilidade de o Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, implementar tais políticas, *sempre que os órgãos estatais competentes vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais, impregnados de estatura constitucional*¹⁰⁷, deixando claro que a cláusula da “reserva do possível”, ressalvada a ocorrência de justo motivo

¹⁰⁵ STA 318/RS, Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 20/04/2009.

¹⁰⁶ STA 318/RS, Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 20/04/2009.

¹⁰⁷ RE 491121/SC, Min. Dias Toffoli. Julgamento em 27/08/2010.

objetivamente aferível, não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações. O agir doloso, segundo entendo, decorre da vontade livre e consciente na estruturação do orçamento e, conseqüentemente, na realização das *escolhas trágicas*.

A Min. Ellen Gracie teve o mesmo posicionamento, ao julgar o RE 510333 (ver anexo).

O Min. Ayres de Britto, tratando do mesmo tema no RE 574481(ver anexo), enfatizou que Reserva do Possível é argumento inaceitável quando sua aplicação possibilitar o comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial; que as normas programáticas têm natureza cogente; e que o regular exercício da função jurisdicional não transgredir o princípio da separação dos poderes. Tal posição é igualmente adotada pelo Min. Celso de Mello, conforme é possível constatar nas decisões que julgaram, por exemplo, os AI'S 583476, 583553, 583587, 583596 e 583264, e os RE's 482611 e 601884.

Sobre a obrigatoriedade de creche para menores, o Supremo reconheceu nos RE's 594787, 600419, 677274, 427707, 4467255, 410715 e 436996(Min. Celso de Melo, ver anexo), no RE 426309 (Min Dias Toffoli, ver anexo), no RE 592937 (Min. Cezar Peluso, ver anexo) ultrapassando, com a mesma fundamentação, os óbices da reserva do possível, da separação dos poderes e da suposta falta de cogência das normas programáticas.

Palmilhando o mesmo entendimento, o Supremo acolheu a demanda por vaga em pré-escola no AI 781468 e no RE 554075 (Min. Cármen Lúcia, ver anexo); o pedido por matrícula de criança de 0 a 6 anos na Rede Pública no RE 462629 (Min. Dias Toffoli, ver anexo); o pleito por vagas em ensino fundamental e educação infantil para as crianças carentes no RE 595595 (Min. Eros Grau, ver anexo).

De fundamental importância os julgamentos do Agravo Regimental no RE 410715, Min. Celso de Mello, e da ADPF 45, Min. Celso de Mello, porque representam, em verdade, a melhor síntese da orientação do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema objeto desta dissertação.

Com efeito, a determinação judicial, em situações excepcionais, para implementação de políticas públicas definidas, ainda que por normas programáticas, pela própria Constituição não é considerada violação à separação dos Poderes, porque, em tal situação, estará havendo apenas o regular exercício da função jurisdicional no cumprimento da Constituição, sem que isso signifique, em absoluto, indevida restrição

da margem substancial de autonomia que a Constituição confere ao Legislador para definir a forma e a medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado *Livre Espaço de Conformação*.

Quanto à reserva do possível, ela não é aceita para obstar a concretização do mínimo existencial, até porque, somente após ser ele (o mínimo existencial) atendido é que se poderá discutir sobre os recursos remanescentes. Ultrapassado o mínimo existencial, a reserva do possível só é admitida se houver demonstração de justo motivo objetivamente demonstrável e suficiente o bastante para exonerar o Estado circunstancialmente de suas obrigações constitucionais.

Também ali ficou assente que os direitos econômicos, sociais e culturais se caracterizam pela gradualidade de seu processo de concretização, o que se explica, em breve síntese, pela impossibilidade de a Constituição, como regra, precisar o conteúdo das prestações devidas a título de direitos sociais, já que não é possível antever a quantidade de recursos que o Estado vai dispor em cada momento para satisfazê-los.

IV.4. Síntese do posicionamento da Corte quanto ao objeto de estudo desta dissertação de mestrado:

De acordo com o exposto e pesquisado, é possível agrupar as seguintes posições do STF sobre o tema versado nesta dissertação. Destaca-se que as conclusões abaixo indicadas são lastreadas nas tabelas anexas, decorrentes de coleta de dados efetivada no curso da investigação proposta.

Quanto às teses vigentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal, podem ser colhidas, portanto, as seguintes:

- a) É possível ao Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais, impregnados de estatura constitucional;
- b) Não há, em tal hipótese excepcional, que se falar em violação ao princípio da separação de poderes, porque é firme no Supremo Tribunal Federal o entendimento de

que “o regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes”;

c) Não é possível a invocação, pelo Poder Público, da cláusula da Reserva do Possível, sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial. Em outras palavras, há necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”;

d) Ao apurar os elementos fundamentais da dignidade da pessoa humana (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos deverão eles ser investidos. O mínimo existencial, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível;

e) 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 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;

f) Têm caráter cogente e vinculante as normas constitucionais, inclusive aquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas.

g) Tem caráter relativo a liberdade de conformação do legislador em sede de direitos fundamentais;

h) Tem viabilidade instrumental a arguição de descumprimento de preceito fundamental no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração);

k) em sede de liminar, o bloqueio de verbas públicas e a aplicação de multa diária por descumprimento de ordem judicial em desfavor dos entes públicos inadimplentes não têm sido aceitos.

Portanto, como bem se vê acima, as teses coletadas do STF, de acordo com a pesquisa realizada, indicam que os direitos sociais possuem, no âmbito daquela excelsa Corte, um campo fértil para sua densificação e determinação, a cada caso

apreciado, dos conteúdos e limites de tais direitos, bem como da obrigatoriedade de o Estado os adimplir ou não.

CONCLUSÃO:

A cláusula da reserva do possível, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, contingencia o direito fundamental à educação.

Porém, tal como na vida, onde nada é absoluto, a não ser a certeza de que tudo é relativo, esse contingenciamento, ainda segundo o Supremo Tribunal Federal, encontra seu limite no mínimo existencial, não apenas em relação ao direito à educação, mas também quanto aos demais direitos fundamentais.

Evidentemente, a zona de certeza positiva sobre o que seja mínimo existencial é algo ainda em construção. Como dissemos linhas atrás, é possível percebê-lo como integrado pelo direito ao salário mínimo (art. 7º, inciso IV); pelo sistema de previdência social (art. 201, § 2º); pelo sistema de assistência social (art. 203, inciso V); pelo sistema de saúde (art. 196); e pelo sistema de educação (art. 208, inciso I e §§ 1º e 2º). Só que eles, no caso brasileiro, não funcionam a contento, sendo prova disso o notório conjunto de miseráveis, de hipossuficientes, de desabrigados, enfim, de desassistidos que formam uma grande legião em nossa Sociedade excludente e indiferente, não-solidária.

Quanto à parcela de direitos fundamentais que ultrapasse o mínimo existencial, o Supremo tem exigido a demonstração de um justo motivo objetivamente aferível, o que, em certa medida, representa uma redução da liberdade de conformação do Legislativo e do Executivo.

Por outro lado, nossa Constituição, como dirigente que é, submete-se ao Princípio da Máxima Efetividade, o que, a toda evidência, entra em tensão com o mínimo existencial, porque, quanto a este, o Supremo não admite justificativa para seu inadimplemento, enquanto para aquele aceita a arguição de um justo motivo para o não atendimento do direito fundamental.

A Corte, numa posição de cautela, tem adotado a Teoria da Aproximação para avaliar a atuação do Executivo e do Legislativo na implementação dos direitos sociais, o que é bastante compreensível, para que não venha a ser acoimada de excessivamente ativista, sem contar que não é possível antever a quantidade de recursos que o Estado vai dispor em cada momento para satisfazer os direitos sociais, aspecto que se agrava pelo fato de não serem eles, os direitos sociais, determináveis quanto à extensão de cada um, variáveis essas que, de certo modo, impõem realmente que o Supremo acolha, como de fato tem acolhido e acima foi dito, a teoria da aproximação.

Mas o Povo brasileiro tem pressa no resgate da dívida social , que é multissecular, ficando, então, o desafio de modular a aproximação de modo a não ser, também essa teoria, mais um suporte teórico para a Constituição-álibi que não permita a redução significativa e em tempo curto o mais possível do hiato entre realidade social e texto constitucional.

Nesse processo de concretização constitucional, o Supremo já adequou o Princípio da Separação dos Poderes à nossa realidade, reconfigurando-o às necessidades do Povo brasileiro, e dando ênfase à sua visceral ligação ao Princípio da Harmonia, pois, entre os Poderes, há unidade de origem e de foco, sendo certo ainda que, se a omissão de algum dos Poderes não for suprida pela atuação de outro, o espaço aberto será ocupado pelo Poder Econômico, com suas leis fundamentalistas de mercado, que de sociais nada têm.

Além disso, reconheceu vinculatividade e cogência às normas programáticas.

Com isso, a Constituição Federal encontra-se com maiores chances de reduzir seu nível de simbolismo, ainda muito alto!

BIBLIOGRAFIA

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. 3ª. Edição. São Paulo. Saraiva. 2007.
- ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito*. 3ª. Edição. São Paulo. Saraiva. 2008.
- ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- ANDRADE, Fernando Gomes de. *Direitos Sociais e Concretização Judicial: limites e possibilidades*. Recife: Nossa Livraria, 2008.
- APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: RT, 2008.
- ARAÚJO, Inês Lacerda. *Do Signo ao Discurso: introdução à filosofia da linguagem*. São Paulo: Parábola Editorial, 2004.
- ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. *Ações Afirmativas e Estado Democrático Social de Direito*. São Paulo: LTr, 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. 1ª. Edição. Rio de Janeiro. Renovar. 2005.
- BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. 1ª. Edição. Rio de Janeiro. Renovar. 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 9ª. Edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional – Tomo III*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife. Renovar. 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O Direito na Pós-Modernidade*. 1ª. Edição. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2005.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (Coordenação). *Educação e Metodologia para os Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *As Ideologias e o Poder em Crise, 4ª. edição*. Tradução de João Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional, 24ª. edição*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos Sociais: eficácia e acionabilidade à luz da constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2008.
- BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da Proporcionalidade & da Razoabilidade*. 2ª. Edição. Curitiba. Juruá. 2008.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). *Políticas Públicas – Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. 1ª. Edição. São Paulo. Saraiva. 2006.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1988. Reimpressão em 2002.
- CASTILHO, Ricardo. *Justiça Social e Distributiva: desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais – Ensaio sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno e Comunitário*. 1ª. Edição. Rio de Janeiro. Forense. 2005.
- CLÈVE, Clemerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: *Revista Crítica Jurídica*. Jul-Dez de 2003.
- COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. Direitos Fundamentais Sociais: Reserva do Possível e Controle Jurisdicional. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado/ Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Vol. 30, n. 63, jan/jun 2006.
- COELHO, Inocência Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.
- COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *Interpretação conforme a Constituição: decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2007.
- CORDEIRO, Paulo Machado. *A Responsabilidade Social dos Juízes e a Aplicação dos Direitos Fundamentais: perspectivas para um sistema de responsabilidade social do juiz a partir da instrumentalização da defesa dos direitos fundamentais*. Salvador: Podivm, 2007.
- COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M.(organizadores). *Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?* São Paulo: Malheiros, 2009.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, Luís Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (organizadores). *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na Vida dos Povos: da idade média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DANTAS, David Diniz. *Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo – Teoria e Casos Práticos*. 2ª. Edição. São Paulo. Madras Editora. 2005.
- DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo e Pós-Modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DE CONTO, Mário: *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um formalismo-valorativo*. 3ª. Edição. São Paulo. Saraiva. 2009.
- DE OLIVEIRA, Fábio. *Por uma Teoria dos Princípios*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.
- DE PAULA, Jônatas Luiz Moreira. *Ciência Política – Estado & Justiça*. 1ª. Edição. Leme/SP. Mizuno. 2007.
- DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 28ª. edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

- DA SILVA, Ovídio A Baptista. *Processo e Ideologia – O Paradigma Racionalista*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense. 2006.
- DA SILVA, Sandoval Alves. *Direitos Sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007.
- DO VALE, André Rufino. *Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DIAS, Jean Carlos. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. 1ª. Edição. São Paulo: Método. 2007.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coordenadores). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri. Uma visão crítica do neoconstitucionalismo. In: *Constituição e Efetividade Constitucional*. George Salomão Leite e Glauco Salomão Leite (orgs). Salvador: Juspodium, 2008.
- DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (coordenadores). *Teoria do Direito Neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Método, 2008.
- DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2ª. Edição. São Paulo: RT, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13ª. Edição. São Paulo: Malheiros. 2008.
- DUARTE, Écio Oto Ramos e POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico – As faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição*. 1ª. Edição. São Paulo. Landy Editora. 2006.
- FARIA, José Eduardo. *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica*. 1ª. Edição. São Paulo. Editora Universidade de São Paulo. 1988.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves e PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e (m) Crise – Reflexões de Teoria da Constituição e Teoria Geral do Processo sobre o Acesso à Justiça e as Recentes Reformas do Poder Judiciário à Luz de: Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas*. 1ª. Edição. Rio de Janeiro. Lumen Júris. 2008.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. 1ª. Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2005.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido, 47ª. edição*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008.
- FREIRE, Paulo. *Educação como Prática da Liberdade, 31ª. edição*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 2008.
- FREIRE, Ricardo Maurício. *Tendências do Pensamento Jurídico Contemporâneo*. Salvador: Podivm, 2007.
- GALINDO, Bruno. *Teoria Intercultural da Constituição – A Transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Européia e no Mercosul*. 1ª. Edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2006.
- GOMES, Maria Tereza Uille. *Direito Humano à Educação e Políticas Públicas*. Curitiba: Juruá, 2009.

- HERRERA FLORES, Joaquín. *A Reinvenção dos Direitos Humanos. Tradução: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger, Jefferson Aparecido Dias*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria Crítica dos Direitos Humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Tradução: Luciana Caplan; Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger, Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coordenação). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT; Coimbra, 2009.
- LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coordenadores). *Constituição e Efetividade Constitucional*. Salvador: Podivm, 2008.
- LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 3ª. Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2ª. Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. 4ª. Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil, volume I: teoria geral do processo*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2006.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo – A Invasão da Constituição*. 1ª. Edição. São Paulo. Método. 2008.
- MOURA, Lenice S. Moreira de (organizadora). *O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista: homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MULLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito – Introdução à Teoria e Metodologia Estruturantes do Direito*. 1ª. Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2007.
- MULLER, Friedrich. *Quem é o Povo?* 4ª. Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2009.
- NETO, Cláudio Pereira de Souza e Sarmento, Daniel (coordenadores). *A Constitucionalização do Direito – Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. 1ª. Edição. Rio de Janeiro. Lúmen Juris. 2007.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 2ª. Edição. São Paulo. Martins Fontes. 2007.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.
- NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência*. 3ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do Juiz nas Ações Coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2009.
- PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O Princípio do Devido Processo Legal: direito fundamental do cidadão*. Coimbra: Almedina, 2009.
- PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Perspectiva do Direito como Integridade*. São Paulo: Ltr, 2009.

- PEREIRA, Antônio Jorge da Silva; SILVA, Cinthya Nunes Vieira da; MACHADO, Décio Lencioni; COVAC, José Roberto; FELCA, Marcelo Adelqui (Coordenadores). *Direito Educacional: aspectos práticos e jurídicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- PINTO FERREIRA, Luis. Educação e Constituinte. In: *Revista de informação Legislativa*, vol. 92.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SALDANHA, Nélon. *Ordem e Hermenêutica*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro e São Paulo. Renovar. 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª. Edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 7ª. Edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2ª. Edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang e Timm, Luciano Benetti (organizadores). *Direitos Fundamentais, Orçamento e “reserva do possível”*. 1ª. Edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2008.
- SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; MIGUEL, Revenga (Coordenação). *A Eficácia dos Direitos Sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*, 2ª. edição. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Tendências do Pensamento Jurídico Contemporâneo*. 1ª. Edição. Salvador. Podivm. 2007.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: em busca de um direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz; DE MORAIS, José Luis Bolzan; BARRETO, Ovídio Araújo Baptista... [ET AL.]. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS – mestrado e doutorado, Anuário 2007, n. 4*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz; DE MORAIS, José Luis Bolzan; BARRETO, Vicente de Paulo... [ET AL.]. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS – mestrado e doutorado, Anuário 2008, n. 5*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- VEIGA-NETO, Alfredo. *Foucault & a Educação*, 2ª. edição. Belo Horizonte: Autêntica, 2007.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional*. Tradução e Prefácio de Agassiz Almeida Filho. 1ª. Edição. Rio de Janeiro. 2004.
- VIEIRA, José Ribas (coordenador). *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea*. 1ª. Edição. Rio de Janeiro. Lumen Júris. 2007.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo. Malheiros. 2006.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos Sistemas e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ZOLLINGER, Márcia Brandão. *Proteção Processual aos Direitos Fundamentais*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

ACÓRDÃOS SELECIONADOS PELO PRÓPRIO STF:

Tipo de Processo	Número	Relator: Ministro	Data do Julgamento	Pólo Ativo	Pólo Passivo	Dispositivos Constitucionais prequestionados e Matérias debatidas	Conclusões
1)AGRAVO REGIMENTAL NO RE	410715	CELSO DE MELLO	22/11/05	MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ.	MIN PUB SP	208, IV; 211, § 2º.	NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO. 1) É possível ao Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais, impregnados de estatura constitucional; 2) 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; 3) Impossibilidade de invocação, pelo Poder Público, da cláusula da Reserva do Possível, sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial; 4) Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas; 5) Não há que se falar em violação ao princípio da separação de poderes. Isso porque o regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não

							transgredir o princípio da separação de poderes.
2) ADPF	45	CELSO DE MELLO	29.04.04	PSDB	PRES DA REPÚBLICA		<p>1) LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL;</p> <p>2) INOPONIBILIDADE DO ARBITRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS;</p> <p>3) CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR;</p> <p>4) NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”;</p> <p>5) VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO);</p> <p>6) NÃO SE INCLUI, ORDINARIAMENTE, NO ÂMBITO DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DO PODER JUDICIÁRIO - E NAS DESTA SUPREMA CORTE, EM ESPECIAL - A ATRIBUIÇÃO DE FORMULAR E DE IMPLEMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS;</p> <p>7) TAL INCUMBÊNCIA, NO ENTANTO,</p>

						<p>EMBORA EM BASES EXCEPCIONAIS, PODERÁ ATRIBUIR-SE AO PODER JUDICIÁRIO, SE E QUANDO OS ÓRGÃOS ESTATAIS COMPETENTES, POR DESCUMPRIREM OS ENCARGOS POLÍTICO-JURÍDICOS QUE SOBRE ELES INCIDEM, VIEREM A COMPROMETER, COM TAL COMPORTAMENTO, A EFICÁCIA E A INTEGRIDADE DE DIREITOS INDIVIDUAIS E/OU COLETIVOS IMPREGNADOS DE ESTATURA CONSTITUCIONAL, AINDA QUE DERIVADOS DE CLÁUSULAS REVESTIDAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO;</p> <p>8) O CARÁTER PROGRAMÁTICO DAS REGRAS INSCRITAS NO TEXTO DA CARTA POLÍTICA “NÃO PODE CONVERTER-SE EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE, 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” (RTJ 175/1212-1213, REL. MIN. CELSO DE MELLO);</p> <p>9) A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS – ALÉM DE CARACTERIZAR-SE PELA GRADUALIDADE DE SEU PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO – DEPENDE, EM GRANDE MEDIDA, DE UM INESCAPÁVEL VÍNCULO</p>
--	--	--	--	--	--	--

						<p>FINANCEIRO SUBORDINADO ÀS POSSIBILIDADES ORÇAMENTÁRIAS DO ESTADO, DE TAL MODO QUE, COMPROVADA, OBJETIVAMENTE, A INCAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA DA PESSOA ESTATAL, DESTA NÃO SE PODERÁ RAZOAVELMENTE EXIGIR, CONSIDERADA A LIMITAÇÃO MATERIAL REFERIDA, A IMEDIATA EFETIVAÇÃO DO COMANDO FUNDADO NO TEXTO DA CARTA POLÍTICA;</p> <p>10) 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 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;</p> <p>11) AO APURAR OS ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DESSA DIGNIDADE (O MÍNIMO EXISTENCIAL), ESTAR-SE-ÃO ESTABELECIDO EXATAMENTE OS ALVOS PRIORITÁRIOS DOS GASTOS PÚBLICOS. APENAS DEPOIS DE ATINGI-LOS É QUE SE PODERÁ DISCUTIR, RELATIVAMENTE AOS RECURSOS REMANESCENTES, EM QUE OUTROS PROJETOS SE DEVERÁ INVESTIR. O</p>
--	--	--	--	--	--	--

						<p>MÍNIMO EXISTENCIAL, COMO SE VÊ, ASSOCIADO AO ESTABELECIMENTO DE PRIORIDADES ORÇAMENTÁRIAS, É CAPAZ DE CONVIVER PRODUTIVAMENTE COM A RESERVA DO POSSÍVEL;</p> <p>12) O BINÔMIO (RAZOABILIDADE DA PRETENSÃO + DISPONIBILIDADE FINANCEIRA DO ESTADO) DEVE CONFIGURAR-SE DE MODO AFIRMATIVO E EM SITUAÇÃO DE CUMULATIVA OCORRÊNCIA, POIS, AUSENTE QUALQUER DESSES ELEMENTOS, DESCARACTERIZAR-SE-Á A POSSIBILIDADE ESTATAL DE REALIZAÇÃO PRÁTICA DE TAIS DIREITOS;</p> <p>13) NÃO SE REVELA ABSOLUTA, NESSE DOMÍNIO, A LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR, NEM A DE ATUAÇÃO DO PODER EXECUTIVO. É QUE, SE TAIS PODERES DO ESTADO AGIREM DE MODO IRRAZOÁVEL OU PROCEDEREM COM A CLARA INTENÇÃO DE NEUTRALIZAR, COMPROMETENDO-A, A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS, AFETANDO, COMO DECORRÊNCIA CAUSAL DE UMA INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA ESTATAL OU DE UM ABUSIVO COMPORTAMENTO GOVERNAMENTAL, AQUELE NÚCLEO INTANGÍVEL CONSUBSTANCIADOR DE UM CONJUNTO IRREDUTÍVEL DE CONDIÇÕES MÍNIMAS NECESSÁRIAS A UMA EXISTÊNCIA DIGNA E ESSENCIAIS À PRÓPRIA SOBREVIVÊNCIA DO</p>
--	--	--	--	--	--	--

						<p>INDIVÍDUO, AÍ, ENTÃO, JUSTIFICAR-SE-Á, COMO PRECEDENTEMENTE JÁ ENFATIZADO - E ATÉ MESMO POR RAZÕES FUNDADAS EM UM IMPERATIVO ÉTICO-JURÍDICO -, A POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO;</p> <p>14) A CONSTITUIÇÃO CONFERE AO LEGISLADOR UMA MARGEM SUBSTANCIAL DE AUTONOMIA NA DEFINIÇÃO DA FORMA E MEDIDA EM QUE O DIREITO SOCIAL DEVE SER ASSEGURADO, O CHAMADO 'LIVRE ESPAÇO DE CONFORMAÇÃO';</p> <p>15) EM PRINCÍPIO, O PODER JUDICIÁRIO NÃO DEVE INTERVIR EM ESFERA RESERVADA A OUTRO PODER PARA SUBSTITUÍ-LO EM JUÍZOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE, QUERENDO CONTROLAR AS OPÇÕES LEGISLATIVAS DE ORGANIZAÇÃO E PRESTAÇÃO, A NÃO SER, EXCEPCIONALMENTE, QUANDO HAJA UMA VIOLAÇÃO EVIDENTE E ARBITRÁRIA, PELO LEGISLADOR, DA INCUMBÊNCIA CONSTITUCIONAL ;</p> <p>16) PARECE CADA VEZ MAIS NECESSÁRIA A REVISÃO DO VETUSTO DOGMA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES EM RELAÇÃO AO CONTROLE DOS GASTOS PÚBLICOS E DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS BÁSICOS NO ESTADO SOCIAL, VISTO QUE OS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO NO BRASIL SE MOSTRARAM INCAPAZES DE GARANTIR UM CUMPRIMENTO RACIONAL DOS</p>
--	--	--	--	--	--	--

							RESPECTIVOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS;

POR NÃO DIZEREM RESPEITO AO TEMA DA DISSERTAÇÃO, NÃO FORAM CONSIDERADOS OS SEGUINTE ACÓRDÃO:

PET 3388: ação popular sobre a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol;

MI 708: sobre o direito de greve dos servidores públicos.

DECISÕES DA PRESIDÊNCIA DO STF SELECIONADAS PELO PRÓPRIO SUPREMO TRIBUNAL

Tipo de Processo	Número	Relator: Ministro	Data do Julgamento	Pólo Ativo	Pólo Passivo	Dispositivos Constitucionais prequestionados e Matérias debatidas	Conclusão
1) STA (na origem, ACP)	318	GILMAR MENDES	20/04/09	ESTADO RS	TJRS e, como interessado, MP RS	2º, 23, V, 205, 206, VII, 208, II, VI, VII, e §§ 1º e 2º; 211, § 3º, 227. Fornecimento de transporte escolar aos alunos do ensino médio, menores de 18 anos, que residem a mais de 3 km de distância das escolas públicas no município.	Deferido parcialmente o pedido de suspensão, tão-somente quanto à determinação de bloqueio de verbas públicas, mantendo a determinação para que o Estado do Rio Grande do Sul assegure o transporte escolar aos alunos.
2) SL (na origem, ACP)	263	GILMAR MENDES	14/10/08	ESTADO RJ	TJRJ e, como interessado, MPRJ	2º, 6º, 163, I, 165, 166, §§ 3º e 4º, 167, III, 205 a 214, 227. Preenchimento integral do quadro de professores da rede estadual no Município. Lesão à economia pública estadual, por ausência de previsão orçamentária; exigência do prazo para a efetivação das medidas; ofensa ao princípio da reserva do possível; possibilidade de efeito multiplicador; vedação legal e constitucional expressas de ordenação de despesas sem	Deferido parcialmente o pedido de suspensão, tão-somente quanto à fixação de multa diária por descumprimento da ordem judicial, mantendo a determinação para que o Estado do Rio de Janeiro restabeleça o serviço de ensino, preenchendo o quadro de professores da rede estadual no Município, de forma a garantir que todos os estudantes recebam o conteúdo programático mínimo fixado.

						<p>autorização legal; violação ao princípio da separação dos poderes. Aplicação de multa em caso de descumprimento da medida.</p>	
3) STA □ na origem, ACP).	241	GILMAR MENDES	10/10/08	ESTADO RJ	TJRJ e, como interessado, MPRJ	<p>2º, 5º, §§ 1º e 2º, 6º, 163, I, 165, 166, §§ 3º e 4º, 167, III, 205, 208, I e § 1º, 210, 227.</p> <p>Preenchimento integral do quadro de professores da rede estadual no Município. Lesão à economia pública estadual, por ausência de previsão orçamentária; exigência do prazo para a efetivação das medidas; ofensa ao princípio da reserva do possível; possibilidade de efeito multiplicador; vedação legal e constitucional expressas de ordenação de despesas sem autorização legal; violação ao princípio da separação dos poderes. Aplicação de multa em caso de descumprimento da medida.</p>	Deferido parcialmente o pedido de suspensão, tão-somente quanto à fixação de multa diária por descumprimento da ordem judicial, mantendo a determinação para que o Estado do Rio de Janeiro restabeleça o serviço de ensino, preenchendo o quadro de professores da rede estadual no Município, de forma a garantir que todos os estudantes recebam o conteúdo programático mínimo fixado.
4) SL □ na origem,	235	GILMAR MENDES	08/07/08	ESTADO TOCANTINS	TJ TOCANTINS	<p>2º, 163, I, 165, 166, §§ 3º e 4º, 167, III, 208, IV,</p>	Deferido parcialmente o pedido de suspensão, tão-somente quanto à fixação

ACP)					e, como interessado, MP TOCANTINS	211, § 2º, 227, caput e § 3º;	de multa diária por descumprimento da ordem judicial de construção de unidade especializada, em doze meses, na Comarca. Mantida a decisão impugnada quanto: à implantação, em doze meses, de programa de internação e semiliberdade de adolescentes infratores, na Comarca; à proibição, sob pena de multa diária, de abrigar adolescentes infratores em outra unidade que não seja uma unidade especializada.
------	--	--	--	--	-----------------------------------	-------------------------------	--

POR NÃO DIZEREM RESPEITO AO TEMA DA DISSERTAÇÃO, FORAM EXCLUÍDAS AS SEGUINTE DECISÕES:

SL 417: seguimento negado, por inobservância do roteiro processual adequado;

STA 389: para suspender decisão que autorizava a participação, em data alternativa, de alunos no Enem, por motivo de crença religiosa;

ADPF 186 MC: contra atos administrativos instituidores de cotas raciais;

ADPF 79 MC: contra decisões judiciais concessivas de equiparação salarial dos professores do Estado argente.

DECISÕES MONOCRÁTICAS DE RELATORES:

Tipo de Processo	Número	Relator(a): Ministro (a)	Data do Julgamento	Pólo Ativo	Pólo Passivo	Dispositivos Constitucionais prequestionado s e Matérias debatidas	Conclusão do Julgamento
1) RE	491121	DIAS TOFFOLI	27/08/10	MIN PUB SC	MUNICÍPIO FLORIANÓPOLIS	Programa de orientação e apoio sócio-familiar. 2º e 227, caput e § 1º.	Provimento. CPC, 557, § 1º -A. 1) É possível ao Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais, impregnados de estatura constitucional; 2)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..
2) AI (na origem, MS)	591906	DIAS TOFFOLI	04/08/10	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO	MIN PUB SP	Matrícula em escola de Menor. 5º, II e III; 30, VI; 211, §§ 2º e 3º; 214.	Negado provimento. Idem à anterior.
3) RE	510333	ELLEN GRACIE	23/06/10	MIN PUB SC	MUNICÍPIO FLORIANÓPOLIS	Inclusão de Menor em Programa Social. 227	Provimento. CPC, 557, § 1º -A. Idem à anterior.
4) RE	574481	ALVES	21/06/10	MIN PUB	MUNICÍPIO	Inclusão de	Provimento. CPC, 557, § 1º -A. Idem à

		BRITTO		SC	FLORIANÓPOLIS	Menor em Programa Social.227	anterior, com o seguinte acórdão: 1) Impossibilidade de invocação, pelo Poder Público, da cláusula da Reserva do Possível, sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191 197); 2)Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas; 3)Não há que se falar em violação ao princípio da separação de poderes. Isso porque é firme no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que “o regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes” MS 23.452, da relatoria do ministro Celso de Mello)
5) RE	574506	AQURES BRITTO	21/06/10	MIN PUB SC	MUNICÍPIO FLORIANÓPOLIS	Inclusão de Menor em Programa Social. 227	Provimento. CPC, 557, § 1º -A. Idem à imediatamente anterior.
6) RE	572960	AQURES BRITTO	21/06/10	MIN PUB SC	MUNICÍPIO FLORIANÓPOLIS	Inclusão de Menor em Programa Social.227	Provimento. CPC, 557, § 1º -A. Idem à imediatamente anterior.
7) RE	573690	AQURES BRITTO	21/06/10	MIN PUB SC	MUNICÍPIO FLORIANÓPOLIS	Inclusão de Menor em Programa Social. 227	Provimento. CPC, 557, § 1º -A. Idem à imediatamente anterior.
8) RE	572717	AQURES BRITTO	21/06/10	MIN PUB SC	MUNICÍPIO FLORIANÓPOLIS	Inclusão de Menor em	Provimento. CPC, 557, § 1º -A. Idem à imediatamente anterior.

						Programa Social. 227	
9) AI	583476	CELSO DE MELLO	06/05/10	MIN PUB SC	MUNICÍPIO FLORIANÓPOLIS	Inclusão de Menor em Programa Social. 227	Provimento. CPC, 557, § 1º -A. Idem à imediatamente anterior.
10) AI	583553	CELSO DE MELLO	06/05/10	MIN PUB SC	MUNICÍPIO FLORIANÓPOLIS	Inclusão de Menor em Programa Social. 227	Provimento. CPC, 544, § 4º. Idem à imediatamente anterior.
11) RE	426309	DIAS TOFFOLI	12/04/10	MUNICÍPIO SÃO PAULO	MIN PUB SP	Creches para menores. 208, IV, e 211, § 2º.	Negado seguimento. CPC, 557, caput. Possibilidade de ação do Poder Judiciário para a proteção desse direito. Direito Subjetivo Público. Compreensão global do Direito Constitucional à Educação.
12) AI	583587	CELSO DE MELLO	09/04/10	MIN PUB SC	MUNICÍPIO FLORIANÓPOLIS	Inclusão de Menor em Programa Social. 227	Provimento. CPC 544, § 4º. 1) É possível ao Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais, impregnados de estatura constitucional; 2) 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; 3) Impossibilidade de invocação, pelo Poder Público, da cláusula da Reserva

							do Possível, sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191 197); 4) Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas; 5) Não há que se falar em violação ao princípio da separação de poderes. Isso porque o firme no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que “o regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes” MS 23.452, da relatoria do ministro Celso de Mello)
13) AI	583596	CELSO DE MELLO	05/04/10	MIN PUB SC	MUNICÍPIO FLORIANÓPOLIS	Inclusão de Menor em Programa Social. 227	Provimento. CPC 544, § 4º. 1) É possível ao Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais, impregnados de estatura constitucional; 2) 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; 3) Impossibilidade de invocação, pelo Poder Público, da cláusula da Reserva do Possível, sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191 197); 4) Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas; 5) Não há que se falar em violação ao princípio da separação de poderes. Isso porque é firme no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que “o regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes” MS 23.452, da relatoria do ministro Celso de Mello)
14) AI (MS na origem)	747505	ARRES BRITTO	29/03/10	MUNICÍPIO SANTO ANDRÉ	JONATAN FRANÇA carvalho	Creches para menores. 208, IV, e 211, § 2º.	Negado seguimento. CPC, 557, caput. Possibilidade de ação do Poder Judiciário para a proteção desse direito. Direito Subjetivo Público. Compreensão global do Direito Constitucional à Educação.
15) RE	482611	CELSO DE MELLO	23/03/10	MIN PUB SC	MUNICÍPIO FLORIANÓPOLIS	Inclusão de Menor em Programa Social. 227	Provimento. CPC 557, § 1º-A. 1) É possível ao Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes vierem a

							comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais, impregnados de estatura constitucional; 2) 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; 3) Impossibilidade de invocação, pelo Poder Público, da cláusula da Reserva do Possível, sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191 197); 4) Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas; 5) Não há que se falar em violação ao princípio da separação de poderes. Isso porque o firme no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que “o regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes” MS 23.452, da relatoria do ministro Celso de Mello)
16) AI	583264	CELSO DE MELLO	15/03/10	MIN PUB SC	MUNICÍPIO FLORIANÓPOLIS	Inclusão de Menor em Programa Social. 227	Provimento. CPC 544, § 4º. 1) É possível ao Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria

							Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais, impregnados de estatura constitucional; 2) 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; 3) Impossibilidade de invocação, pelo Poder Público, da cláusula da Reserva do Possível, sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191 197); 4) Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas; 5) Não há que se falar em violação ao princípio da separação de poderes. Isso porque o firme no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que “o regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes” MS 23.452, da relatoria do ministro Celso de Mello)
17) RE	601884	CELSO DE	03/03/10	MIN PUB SC	MUNICÍPIO FLORIANÓPOLIS	Inclusão de Menor em	Provimento. CPC 557, § 1º-A. Idem à imediatamente anterior.

		MELLO				Programa Social. 227	
18) RE	594787	CELSO DE MELLO	01/03/10	MIN PUB RS	MUNICÍPIO SAPIRANGA	Creches para menores. 5º, § 1º, 6º, caput, 205, 206, 208, IV, 227 e 211, § 2º.	Provimento. CPC 557, § 1º-A. 1) É possível ao Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais, impregnados de estatura constitucional; 2) 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; 3) Impossibilidade de invocação, pelo Poder Público, da cláusula da Reserva do Possível, sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191 197); 4) Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas; 5) Não há que se falar em violação ao princípio da separação de poderes. Isso porque o firme no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que "o regular exercício da função jurisdicional, por

							isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes” MS 23.452, da relatoria do ministro Celso de Mello)
19) AI	781468	CARMEN LÚCIA	23/02/10	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO	MIN PUB SP	VAGA EM PRÉ-ESCOLA. 2º, 18, 167, 208, I e IV.	Negado seguimento. CPC, art. 557, caput. Idem à anterior.
20) RE	229760	ALVES BRITTO	10/12/09	MP DF e Territórios	DF	208, IV, 211, § 2º.	Provimento. CPC, art. 557, § 1º-A. Idem à anterior.
21) RE	462629	DIAS TOFFOLI	03/12/09	MP MG	MUNICÍPIO ANDRADAS	208, IV, 211, § 2º. Matrícula de criança de 0 a 6 anos na Rede Pública.	Provimento. CPC, art. 557, § 1º-A. Idem à anterior.
22) RE (MS na origem)	600419	CELSO DE MELLO	03/09/09	MP SP em favor de Menor de até cinco anos	MUNICÍPIO SÃO PAULO.	208, IV, 211, § 2º, 227. Creche.	Provimento. CPC, art. 557, § 1º - A. Idem à anterior.
23) RE	592937	CEZAR PELUSO	04/03/09	MUNICÍPIO DE CRICIÚMA	MP SC	2º, 5º, LII, 167, I, 208, I e § 1º. Creche.	Negado seguimento. CPC, art. 557. Idem à anterior.
24) RE	595595	EROS GRAU	11/02/09	MUNICÍPIO DE CRICIÚMA	MP SC	2º, 167, I, 208, I e § 1º. Vagas em ensino fundamental e educação infantil para as crianças carentes residentes em seu território.	Negado seguimento. CPC, art. 557. Idem à anterior.
25) AI	677274	CELSO DE MELLO	18/09/08	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO	MP SP	208, IV, 211, § 2º. Creche e pré-escola. Educação	Negado provimento. Idem à anterior.

						infantil.	
26) RE	554075	CARMEN LÚCIA	15/08/08	MP SC	MUNICÍPIO DE CRICIÚMA	2º, 205, 208, IV, 227. Vaga na prª-escola.	Provimento. CPC, art. 557, § 1º - A. Idem à anterior.
27) RE	472707	CELSO DE MELLO	14/03/06	MP SP em favor de Menor.	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.	208, IV, 211, § 2º. Creche e prª-escola.	Provimento. CPC, art. 557, § 1º - A. Idem à anterior.
28) RE	467255	CELSO DE MELLO	22/02/06	MP SP.	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.	208, IV, 211, § 2º. Creche e prª-escola.	Provimento. CPC, art. 557, § 1º - A. Idem à anterior.
29) RE	410715	CELSO DE MELLO	27/10/05	MP SP.	MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ.	208, IV, 211, § 2º. Creche e prª-escola.	Provimento. CPC, art. 557, § 1º - A. Idem à anterior.
30) RE	436996	CELSO DE MELLO	26/10/05	MP SP.	MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ.	208, IV, 211, § 2º. Creche e prª-escola.	Provimento. CPC, art. 557, § 1º - A. Idem à anterior.

Por não dizerem respeito ao objeto da dissertação, deixaram de ser examinadas as decisões monocráticas exaradas nos seguintes processos:

RE 597285: sobre o sistema de “cotas” com reserva de vagas como meio de ingresso em cursos de nível superior;

RE 422321: sobre a natureza jurídica do salário-educação;

Rcl 9688: sobre precatório submetido a parcelamento;

Rcl 8952: sobre o seqüestro de rendas municipais em detrimento de verbas para saúde e educação;

Rcl 9352: sobre o seqüestro de rendas municipais em detrimento de verbas para saúde e educação;

Rcl 8209: sobre o seqüestro de rendas municipais em detrimento de verbas para saúde e educação;

RMS 28200: sobre direito líquido e certo à renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social;

Rcl 8920: sobre o seqüestro de rendas municipais em detrimento de verbas para saúde e educação;

RE 394084: sobre os princípios tributários da reserva legal, do não-confisco e da capacidade contributiva;

Rcl 8921: sobre o seqüestro de rendas municipais em detrimento de verbas para saúde e educação;

RE 367432: para provimento de cargos públicos, construção de cadeia, compra de veículos;

RE 572946: Sobre enquadramento de professor estrangeiro no RJU;

AC 2395 MC: para tornar sem efeito inscrições em cadastros públicos restritivos;

RE 403893: sobre destituição de pátrio poder;

Rcl 6735: sobre o seqüestro de rendas municipais em detrimento de verbas para saúde e educação;

ACO 1191: para a suspensão de concurso público em andamento;

MS 26938 MC: sobre jornada de trabalho no RJU;

Pet 3950: sobre a falta de pagamento de precatórios de natureza alimentar;

AC 1742 MC: para exclusão do Estado requerente do SIAFI;

ACO 992 MC: contra a possibilidade de inscrição do Estado requerente em cadastro restritivo;

ACO 962 MC: contra a possibilidade de inscrição do Estado requerente em cadastro restritivo;

ADI 2678: para a suspensão de edital de concurso público;

RE 327807: sobre imunidade de instituição de assistência social.