

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**PUC-SP**

**Evelise Pedroso Teixeira Prado Vieira**

**O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DOS DIREITOS SOCIAIS**

**MESTRADO EM DIREITO**

**SÃO PAULO**

**2015**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**PUC-SP**

**São Paulo - 2015**

**Evelise Pedroso Teixeira Prado Vieira**

**O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DOS DIREITOS SOCIAIS.**

**Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito sob a orientação do Professor Doutor Vidal Serrano Nunes Júnior.**

**Banca Examinadora**

---

---

---

## RESUMO

VIEIRA, Evelise Pedroso Teixeira Prado. O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Sociais. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Esta dissertação tem por objetivo analisar a justiciabilidade dos direitos sociais e o papel do Ministério Público nesta defesa. O tema reveste-se de grande importância em um país desigual como o Brasil que, aos poucos, percebe que a concentração de renda e de bens gera, ao longo do tempo, em razão da extrema pobreza de parcelas significativas da população, problemas sociais que impedem que o país supere o subdesenvolvimento. Cumpre constatar o desenvolvimento do Direito Constitucional no que diz respeito à previsão dos direitos sociais e concluir que a atual Constituição Federal avançou consideravelmente nesta área. Indispensável estabelecer bases teóricas suficientes para que os direitos sociais previstos na Constituição Federal não sejam, apenas, palavras despidas de qualquer significado. Direitos sociais como promessas vazias já constaram das anteriores Constituições brasileiras. No atual estágio do Direito e das Instituições brasileiras, urge analisar a possibilidade de que estes direitos sejam efetivados pelo Poder Público. É este o propósito deste trabalho, com enfoque especial no Ministério Público, Instituição que vem se dedicando a cumprir o seu papel constitucional. Os direitos sociais são considerados direitos fundamentais, da mesma estatura que os direitos de liberdade. Examina-se a questão de seus custos e dos limites que, em geral, são colocados para a tutela jurisdicional: o princípio da separação de poderes, a discricionariedade administrativa e a teoria da reserva do possível. São examinados, também, os inúmeros instrumentos previstos pelo ordenamento jurídico para que o Ministério Público busque esta tutela. Por fim, buscou-se afirmar a justiciabilidade dos direitos sociais como direitos subjetivos, como garantias institucionais e como direitos previstos em normas programáticas.

**PALAVRAS-CHAVE.** Direitos sociais. Ministério Público. Justiciabilidade.

## ABSTRACT

VIEIRA, Evelise Pedroso Teixeira Prado. The Public Prosecutor's Office and the Defense of Social Rights. 2014. Dissertation (Master in Law) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo..

This dissertation has the objective to analyse the possibility to bring a action for a judgment about social rights and the mission of Public Prosecutor's Office in this defense. The subject has great importance in a unfair country as Brazil that, gradually, realizes that the concentration of income and assets generate, throughout the time, in reason of the extreme poverty of significant parcels of the population, social problems that prevent the country surpasses the underdevelopment. Fulfills the development of constitutional law as regards social rights forecast and conclude that the current Constitution has advanced on this area. Indispensable to establish enough theoretical bases so that the social rights in de Federal Constitution are not, only, words without meaning. In the current stage of brazilian laws and brazilian institutions, it is examined the possibility that these rights are enforced by the Government. This is the purpose of this work, with special focus in the Public Prosecutor's Office, an institution that has been dedicating to fulfill its constitutional role. Social rights are considered fundamental rights, like rights of freedom. It is examined, too, the costs of these rights and the limits that are usually placed against judicial protection: the principle of separation of powers, the administrative discretion and the theory of the reserve of possible. It is examined, also, the instruments provided by the legal system so that Prosecutor's Office may seek judicial protection. Finally, this dissertation has the objective to demonstrate the possibility of judicial protection of these rights, even if they are in the Constitution as institutional guarantees or program standards

**Key-Words-** Social rights. Public Prosecutor's Office. Possibility of judicial protection.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE. ....</b>	<b>13</b>
1 – Introdução. ....	13
2 – O Princípio da igualdade.....	14
3 - Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade.....	16
4- O princípio da igualdade nas Declarações de Direitos.....	20
5- O princípio da igualdade nas Constituições Brasileiras.....	22
6- O princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988.....	24
7- Aplicação, no Brasil, do princípio da igualdade: .....	26
<b>CAPÍTULO II .....</b>	<b>30</b>
<b>A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....</b>	<b>30</b>
<b>CAPÍTULO III .....</b>	<b>35</b>
<b>AS AÇÕES AFIRMATIVAS.....</b>	<b>35</b>
1 – Origem. ....	35
2 – Conceito.....	36
3 – Ações afirmativas em tratados internacionais.....	40
4 – Requisitos das ações afirmativas.....	41
5 - Ações afirmativas na legislação infraconstitucional brasileira.....	45
6- Ações afirmativas nos Tribunais Superiores brasileiros:.....	46
6.1- Supremo Tribunal Federal:.....	46
6.2 - Superior Tribunal de Justiça: .....	48
<b>CAPÍTULO IV .....</b>	<b>51</b>
<b>OS DIREITOS SOCIAIS .....</b>	<b>51</b>
1 - Introdução. ....	51
2 – O Iluminismo.....	52
3 - A Revolução Francesa.....	55
4 - Do Estado Liberal ao Estado Social .....	57
5– Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. ....	63
6 - As funções dos direitos humanos. ....	65
6.1 - O Brasil e os tratados de direitos humanos. ....	66
6.2 - O Brasil e o Tribunal Penal Internacional.....	67
6.3 - A denominada federalização dos direitos humanos.....	68
7- Direitos Fundamentais. ....	70
8 – As funções dos direitos fundamentais.....	71
9 – Características dos Direitos Fundamentais.....	72
9.1- Historicidade .....	73
9.2-Universalidade.....	74
9.3 –Autogeneratividade.....	75
9.4 –Irrenunciabilidade.....	75
9.5 - Limitabilidade. ....	76

9.6 - Possibilidade de concorrência .....	77
9.7 -Inalienabilidade .....	77
9.8 -Imprescritibilidade .....	77
10 – Identificação dos Direitos Fundamentais. ....	78
11- Gerações/Dimensões dos Direitos Fundamentais– Evolução histórica. ....	79
11.1 – Primeira dimensão. ....	80
11.2 – Segunda dimensão. ....	81
11.3 – Terceira dimensão.....	82
12 – Principais documentos sobre direitos fundamentais: da primeira à segunda dimensão.....	82
12.1 - A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia e a Constituição dos Estados Unidos da América.....	83
12.2 - A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.....	84
12.3 – A Constituição francesa de 1848.....	85
12.4 – A Constituição mexicana de 1917. ....	86
12.5 – A Constituição de Weimar.....	86
12.6 – A Declaração Universal dos Direitos Humanos.....	88
12.7 – O Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (1966). ....	90
12.8 – A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).....	90
13 - Direitos Sociais.....	91
14 - Conceito de direitos sociais. ....	94
15. Fundamento dos direitos fundamentais. ....	95
16 - Direitos Sociais nas Constituições Brasileiras. ....	99
16.1 – A Constituição do Império. ....	100
16.2 – Constituição de 1891. ....	101
16.3 – Constituição de 1934. ....	102
16.4 – Constituição de 1937. ....	105
16.5 – Constituição de 1946. ....	106
16.6 – Constituição de 1967. ....	109
16.6.1 – Emenda Constitucional 1, de 1969. ....	110
16.7 - Direitos sociais na Constituição Federal de 1988.....	111
17. Interpretação dos direitos sociais.....	115
18 - Direitos Sociais como cláusula pétrea. ....	119
19 - A proibição do retrocesso.....	120
20 – Concretização dos direitos sociais.....	121
<b>CAPÍTULO V .....</b>	<b>123</b>
<b>OS LIMITES DOS DIREITOS SOCIAIS .....</b>	<b>123</b>
1 - Breves Considerações. ....	123
2 - O Custo dos direitos sociais.....	123
3 - O princípio da separação de poderes. ....	126
4 – A discricionariedade administrativa.....	132
5 – A denominada reserva do possível.....	139
5.1– Teoria da reserva do possível e o mínimo existencial (o limite dos limites). ....	148
<b>CAPÍTULO VI .....</b>	<b>153</b>

<b>O MINISTÉRIO PÚBLICO .....</b>	<b>153</b>
1- As Origens do Ministério Público.....	156
2 - O Ministério Público nas Constituições Brasileiras. ....	161
2.1- A Constituição de 1824.....	161
2.2 - A Constituição de 1898.....	163
2.3 – A Constituição de 1934.....	163
2.4 – A Constituição de 1937.....	164
2.5 – A Constituição de 1946.....	165
2.6 – A Constituição de 1967.....	166
3 – Posição constitucional atual. ....	168
4- Fatores que levaram o Ministério Público ao atual desenho    constitucional. ....	171
4.1 – Constituição sociológica e constituição normativa.....	171
4-2 – Evolução do Ministério Público na ordem infraconstitucional. ....	174
4.2.1 - Código Civil de 1916.....	175
4.2.2 - Código de Processo Civil de 1939. ....	176
4.2.3 - Código de Processo Penal. ....	177
4.2.4- Código de Processo Civil de 1973. ....	179
4.2.5 - Outras leis. ....	180
4.3 -Contexto político no qual estava inserida a Assembleia Constituinte.....	181
4.3.1 -A Comissão Afonso Arinos. ....	182
5. –Conceito de Ministério Público.....	183
5.1 – Instituição permanente.....	185
5.2 - Essencial à função jurisdicional do Estado. ....	187
5.3 – Incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. ....	187
6. –Organização, Atribuições e Estatuto.....	189
7. – Princípios Institucionais do Ministério Público. ....	190
7.1 – O princípio do Promotor natural. ....	192
8–Funções Institucionais do Ministério Público.....	193
8-1-O <i>ombudsman</i> (defensor do povo). ....	195
8.2- Outras atividades.....	197
<b>CAPÍTULO VII .....</b>	<b>199</b>
<b>INSTRUMENTOS DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO: AÇÃO CIVIL PÚBLICA, INQUÉRITO CIVIL, RECOMENDAÇÃO E COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA .....</b>	<b>199</b>
1 - A Ação Civil Pública na Constituição da República. ....	199
2- Ação Civil Pública e Acesso à Justiça.....	200
3-História da Ação Civil Pública. ....	202
4- Conceito de Ação Civil Pública.....	207
5- Legitimidade Ativa e Passiva. ....	208
6- Inquérito Civil. ....	209
6.1- Natureza jurídica do inquérito civil. ....	210
6.2 - Características do inquérito civil. ....	210
7- Recomendações. ....	212
7.1 - Natureza jurídica da recomendação.....	213
8- Compromisso de Ajustamento de Conduta.....	214
<b>CAPÍTULO VIII .....</b>	<b>217</b>

<b>A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ....</b>	<b>217</b>
<b>1- Introdução.....</b>	<b>217</b>
<b>2 - A Forma de Positivação dos Direitos Sociais.....</b>	<b>218</b>
<b>2.1 - Direito social como direito subjetivo .....</b>	<b>219</b>
<b>2.2 – Direitos Sociais e Normas Programáticas .....</b>	<b>223</b>
2.3 - Direito social como garantia institucional.....	228
2.4 - Positivação por meio de cláusulas limitativas do poder econômico. ....	230
2.5 - Positivação por meio das normas projectivas (ou normas conformadoras). .....	230
<b>3 - A judicialização. ....</b>	<b>231</b>
3.1 – Causas da judicialização. ....	232
4 - Judicialização e ativismo judicial. ....	236
<b>5 - A justiciabilidade dos direitos sociais: as políticas públicas. ....</b>	<b>238</b>
<b>5.1 - Justiciabilidade e a suposta indeterminação do conteúdo dos direitos     sociais. ....</b>	<b>245</b>
<b>6 - A defesa dos direitos sociais pelo Ministério Público. ....</b>	<b>246</b>
6.1- O Controle de Constitucionalidade. ....	247
6.2 - Inquérito Civil, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação.....	249
6.3 - Ação civil pública. ....	254
6.3.1 - Improbidade administrativa. ....	260
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>271</b>

## INTRODUÇÃO

O objetivo desta dissertação é analisar os direitos sociais na perspectiva de sua justiciabilidade, com vistas à efetiva concretização destes direitos.

O tema apresenta grande importância, na medida em que a democratização do país redundou em grande mobilização da sociedade para a confecção da Constituição Federal de 1988. Neste contexto, a dignidade da pessoa humana teve grande relevância, tendo a Carta da República previsto inúmeros direitos sociais.

Esta previsão, por si só, não teria grande importância, uma vez que o ordenamento constitucional brasileiro anterior já previa – com maior ou menor amplitude – direitos sociais. Esta constatação é relevante e justifica a empreitada agora feita, uma vez que a simples previsão constitucional não foi suficiente para que no Brasil pré-Constituição de 1988 estes direitos fossem objeto de discussão. No entanto, a questão, ganhou relevância em razão da previsão constitucional de vários instrumentos para fazer valer estes direitos, bem assim da entrega, ao Ministério Público, de inúmeras funções institucionais, dentre as quais a de instaurar inquéritos civis e ajuizar ações civis públicas na defesa de interesses difusos e coletivos.

Adotou-se, como parâmetro inicial do estudo, a análise do princípio da igualdade, examinando o seu conteúdo jurídico. Estabelecida a igualdade real como a verdadeira dimensão deste princípio, a partir da alteração do papel do Estado – de Liberal a Social - buscou-se identificar o germe dos direitos sociais e das ações afirmativas.

Em seguida, tentou-se discorrer sobre os direitos sociais como direitos fundamentais e os seus limites. Neste tema, avulta em importância o exame do princípio da separação de poderes, da discricionariedade administrativa e da teoria da reserva do possível, gestada no direito alemão e daí transposta para o Brasil. Em especial, quanto à esta teoria, tentou-se indicar os motivos pelos quais ela não pode ser aceita no direito brasileiro tal como vem ocorrendo, vale dizer, da concretização do direito social apenas se existirem recursos públicos disponíveis.

A questão do custo dos direitos foi abordada, ressaltando-se a importância de não se adotar, no Brasil, as mesmas bases teóricas que vigem em outros países, que tem realidade histórica, cultural, social e econômica diversas.

Em matéria de orçamento, buscou-se traçar os principais aspectos do direito que o rege, estabelecendo as bases que permitem a conclusão de que o direito financeiro não está a serviço de fornecer ao gestor público alguma razão para que o Estado não cumpra a sua finalidade.

E, já ensaiando o tema da justiciabilidade, faz-se exposição da Instituição do Ministério Público desde as suas origens, tentando apontar que, desde o Império, sempre foi importante a sua atuação na área social.

Foram expostos os diversos fatores que determinaram que a Instituição ocupasse lugar de destaque durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1988.

Este papel destacado não foi concedido ao Ministério Público senão em razão de sua grande credibilidade na área jurídica e na sociedade. Apontou-se, neste particular, a previsão, no ordenamento infraconstitucional, de diversas atribuições atribuídas à Instituição, que lhe renderam grande notoriedade e importância no cenário do sistema judiciário.

A seguir, foi exposto o desenho constitucional da Instituição.

Na sequência, fez-se exposição dos instrumentos de que pode se valer o Ministério Público para desempenho das atribuições a ele conferidas pela Carta da República. Assim, o inquérito civil, o compromisso de ajustamento de conduta, a recomendação e a ação civil pública foram objeto de apontamentos. Claro que o exame profundo destes instrumentos escaparia dos limites deste trabalho o qual, no entanto, não poderia ser desenvolvido sem que ao menos os aspectos principais deles fossem expostos.

Depois, buscou-se fazer a análise das causas da justiciabilidade, bem assim do denominado ativismo judicial. Sendo estas diversas, e rejeitada a afirmação de ativismo judicial no que diz respeito à concretização dos direitos sociais, o tema da justiciabilidade foi examinado quer estes direitos tenham sido positivados como direitos subjetivos, como normas programáticas e como garantias institucionais.

Especial destaque foi dado à atuação do Ministério Público no controle concentrado de constitucionalidade. Embora não seja objeto deste trabalho o exame dos diversos instrumentos para este controle, procurou-se demonstrar que ele está a serviço, também, da concretização dos direitos sociais.

Adentrando no objetivo específico desta dissertação, foi demonstrada a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos sociais, apontando-se que o fato de a norma ser programática ou instituidora de garantia institucional não retira a sua eficácia, revelando-se, aí, no mínimo, um interesse difuso, cuja tutela é entregue ao Ministério Público.

A dissertação aborda o fato de que a Instituição tem um papel relevante no que diz respeito a assegurar que o Estado aplique os recursos públicos na realização dos direitos sociais. Assim, tanto no que respeita ao equilíbrio orçamentário, como no combate da corrupção, é relevante a atuação do Ministério Público, quer este aja de ofício, quer mediante provocação. Esta atuação não necessariamente é corretiva, podendo ser preventiva. No entanto, na atuação preventiva há necessidade de existir um fato determinado, ou um conjunto de fatos determinados a investigar, visto que não cabe ao Ministério Público proceder a auditorias, ou seja, exercer fiscalização geral e desvinculada da possível existência de fato que comporte, ao menos em tese, o ajuizamento de ação a cargo da Instituição.

Por fim, sublinhou-se a possibilidade de responsabilizar o gestor público omissor por ato de improbidade administrativa, se presentes estes requisitos do ilícito.

A metodologia empregada foi a coleta de subsídios doutrinários e jurisprudenciais que possibilitassem a exposição dos conceitos e parâmetros necessários para o desenvolvimento do estudo. A partir dos elementos coletados, o trabalho foi dividido em oito Capítulos. O primeiro é destinado ao princípio constitucional da igualdade. O segundo, à dignidade da pessoa humana. O terceiro, às ações afirmativas, dentre as quais a técnica das cotas. O quarto Capítulo disserta sobre as bases históricas dos direitos fundamentais e as suas principais características; após, afirma os direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais, compartilhando das mesmas características e importância. Ainda neste Capítulo é exposta a história constitucional brasileira a respeito destes direitos,

bem como feita uma exposição a respeito de sua interpretação e concretização. O Capítulo V aborda os limites dos direitos sociais. O Ministério Público, sua história e posição constitucional atual, bem como as suas funções são objeto do Capítulo VI. O Capítulo VII é dedicado à exposição dos instrumentos de atuação da Instituição. O Capítulo VIII trata da justiciabilidade dos direitos sociais e do papel do Ministério Público nesta defesa.

## CAPÍTULO I

### O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE.

#### 1 – Introdução.

Não parece possível analisar a temática dos direitos sociais sem que o início do trabalho aborde o princípio constitucional da igualdade. O objetivo deste Capítulo, portanto, é o de estabelecer o conteúdo atual deste princípio.

Cumpra, de início, destacar que segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, a natureza dos direitos fundamentais do homem “são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.”<sup>1</sup>

Constata-se a relevância da igualdade como um dos pilares dos direitos fundamentais, ao lado da dignidade e da liberdade.

Ainda segundo ele, o conceito de igualdade provocou posições extremadas. Alguns sustentam que a desigualdade é característica do universo e a igualdade seria apenas um nome, “sem significação no mundo real, pelo que os adeptos desta corrente são denominados nominalistas. No pólo oposto, encontram-se os idealistas, que postulam um igualitarismo absoluto entre as pessoas.”<sup>2</sup>

Importa, aqui, a igualdade jurídica, na medida em que é certo que nenhum ser humano é igual a outro do ponto de vista de suas características físicas, psíquicas, culturais, econômicas e sociais. No entanto, quando se menciona a igualdade entre os homens adota-se a posição realista,

“que reconhece que os homens são desiguais sob múltiplos aspectos, mas também entende ser supremamente exato descrevê-los como criaturas iguais, pois, em cada um deles, o mesmo sistema de

---

<sup>1</sup> Curso de Direito Constitucional Positivo. 30ª. Ed. São Paulo, Malheiros, 2008, pág. 179.

<sup>2</sup> “Curso...”, ob. cit, pág. 212.

características inteligíveis proporciona, à realidade individual, aptidão para existir.”<sup>3</sup>

## 2 – O Princípio da igualdade

GERALDO ATALIBA<sup>4</sup> ensina que na concepção original, a igualdade surge como afirmação do cidadão contra o Estado:

“Princípio fundamental, imediatamente decorrente do republicano, é o da isonomia ou igualdade diante da lei, diante dos atos infralegais, diante de todas as manifestações do poder, quer traduzidas em normas, quer expressas em atos concretos. Firmou-se a isonomia, no direito constitucional moderno, como direito público subjetivo a tratamento igual de todos os cidadãos do Estado.”<sup>5</sup>

ATALIBA relaciona a isonomia com o princípio republicano, afirmando a ligação direta da igualdade com o princípio da legalidade:

“Toda violação da isonomia é uma violação aos princípios básicos do próprio sistema, agressão a seus mais caros fundamentos e razão de nulidade das manifestações estatais. Ela é como que a pedra de toque do regime republicano.”<sup>6</sup>

MARIA TEREZA SADEK<sup>7</sup> afirma:

“O conteúdo da igualdade sofreu importantes modificações no decorrer da história e nas diferentes sociedades. A incorporação de direitos representou a quebra de privilégios. Tanto do ponto de vista formal quanto substantivo, e, em decorrência, a ampliação dos componentes definidores da igualdade”.

Prossegue a estudiosa:

<sup>3</sup> “Curso...”, ob. cit., pág. 212.

<sup>4</sup> República e Constituição. 3ª. Ed, São Paulo: Malheiros, 2011, pág. 161.

<sup>5</sup> “República...”, ob. cit., pág. 157.

<sup>6</sup> “República...”, ob. cit., pág. 158/159.

<sup>7</sup> “Judiciário e Arena Pública: Um Olhar a partir da Ciência Política”, in O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. 2ª. Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2013, pág. 7.

“A igualdade perante a lei representa uma das mais importantes características da modernidade. A prevalência do indivíduo significou, antes de tudo, que nenhum atributo externo teria força para determinar qualquer distinção social”.

Ainda:

“Tais inovações significam afirmar que a desigualdade social – e este é o ponto central – deixou de ser vista como natural. O questionamento da diferenças sociais e o repúdio ao arbítrio dos governantes são decorrências diretas da aceitação do princípio da igualdade natural.”

Na realidade, a aspiração de igualdade surgiu, inicialmente, para superar a situação de dominação de um homem pelo outro, objetivando igualar todos os seres humanos. No entanto, logo se viu que esta concepção de igualdade não era suficiente, por ser simplista, uma vez que condições econômicas, sociais e culturais diversas acabaram por instituir nova forma de servidão, que submetia grande parte da sociedade ao poderio social e, especialmente, ao poder econômico.

A liberdade era, no mais das vezes, apenas uma palavra que justificava a opressão. Afirma AGUSTIN GORDILLO<sup>8</sup>:

“O tempo demonstrou que o simples cumprimento dos postulados de liberdade e igualdade com proteção do Estado pode resultar em verdadeiros paradoxos pois a sociedade apresenta amiúde diferenças econômicas e sociais entre seus componentes, que se acentuam continuamente num regime puramente negativo de organização política, vale dizer, num regime que se contenta em proteger os direitos de propriedade e liberdade etc. tal e como os encontra, sem preocupação de melhorá-los quando são insuficientes.”

Segundo CANOTILHO<sup>9</sup>, a igualdade perante a lei oferecerá uma garantia muito insuficiente se não for acompanhada ou não tiver a natureza de uma igualdade na própria lei, isto é, exigida do próprio legislador relativamente ao conteúdo da lei.

<sup>8</sup> Princípios Gerais de Direito Público. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, pág. 69.

<sup>9</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª. Ed, 11ª. Reimp. Lisboa: Almedina, pág. 427.

### 3 - Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>10</sup> aponta ser entendimento unânime que o princípio da igualdade não se restringe a nivelar os cidadãos perante a lei, mas também ao legislador, que não pode legislar contra o princípio da isonomia. Assevera, também, ser insuficiente recorrer a Aristóteles, para quem a igualdade significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, uma vez que restaria a questão: como aferir quais são os iguais e os desiguais?

No intuito de aprofundar esta questão, BANDEIRA DE MELLO construiu a teoria do conteúdo jurídico do princípio da igualdade afirmando, em síntese, que qualquer fator existente nas coisas, pessoas ou situações pode ser eleito como discrimen, desde que haja um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial e a desigualdade no tratamento e que tal correlação não seja incompatível com os interesses prestigiados na Constituição.

Acrescenta que nenhum fator objetivo pode ser escolhido arbitrariamente, sendo que a ordem jurídica proíbe desigualdades fortuitas ou injustificadas. São três os requisitos da diferenciação: (1) o elemento tomado como fator de desigualdade, (2) a correlação lógica abstrata entre este fator e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado e (3) a correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional (esta correlação deve ser concreta, e não apenas abstrata)

A desigualdade, segundo BANDEIRA DE MELLO, (a) não pode atingir de modo atual e absoluto um só indivíduo<sup>11</sup>; (b) os traços diferenciais devem residir nas

---

<sup>10</sup> O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª. Ed. 21ª Tir. São Paulo, Malheiros, 2012, pág. 10/14.

<sup>11</sup> Segundo o Autor, (Conteúdo Jurídico..., ob. cit., pág. 23/24) a lei não pode erigir em critério diferencial um traço tão específico que singularize no presente e definitivamente, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar. A igualdade é princípio que visa dois objetivos: garantia individual contra perseguições e, de outro lado, tolher favoritismos. Vale dizer, a lei não pode singularizar o seu destinatário, quer para favorecê-lo, quer para onerá-lo. A situação atual única, logicamente insuscetível de se reproduzir ou materialmente inviável pode ser lógica ou material. Haverá inviabilidade lógica se a norma singularizadora descrever situação atual irrepoduzível por força da própria abrangência racional do enunciado e será material quando a situação for descrita de modo tão particularizado que revele a não probabilidade de sua nova ocorrência e revele fraudulentamente a singularização atual absoluta do destinatário. A norma,

coisas, pessoas ou situações; (c) deve existir, abstratamente, correlação lógica entre os fatores diferenciais e a distinção de regime jurídico e (d) em concreto, o vínculo de correlação deve ser pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos. Não é qualquer diferença que autoriza o tratamento diferenciado. Também a diferença que autoriza regime jurídico diverso não autoriza qualquer tratamento diferenciado.

Resta claro, portanto, que a desequiparação de tratamento jurídico pode e deve ocorrer quando razões suficientes, aferíveis em determinado tempo e espaço, indiquem que a discriminação pode ser instrumento para que seja efetiva a igualdade de oportunidades.

Para CANOTILHO<sup>12</sup>, a igualdade pressupõe diferenciações, já que designa uma relação entre diversas pessoas e coisas. A fórmula “o igual deve ser tratado igualmente e o desigual deve ser tratado desigualmente” não contém o critério material de um juízo de valor sobre a relação de igualdade ou desigualdade. Há a proibição do arbítrio, princípio de limite, também insuficiente, se não tiver em seu enunciado normativo-material os critérios de valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Logo, a proibição de arbítrio deve estar associada a um critério material objetivo. Existiria uma violação arbitrária do princípio de igualdade quando a disciplina jurídica: (a) não se basear num fundamento sério; (b) não tiver um sentido legítimo e (c) estabelecer diferenciação jurídica sem um princípio razoável. O fundamento razoável implicará na qualificação deste fundamento, isto é, na valoração dele.

Assim, o problema da valoração do fundamento implica na insuficiência do arbítrio como fundamento adequado de valoração e comparação, a imprescindibilidade da análise da natureza do peso ou dos fundamentos ou motivos do tratamento diferenciado e a insuficiência da consideração do princípio da igualdade como um direito de natureza apenas defensiva ou negativa.

O princípio da igualdade, ainda na lição de CANOTILHO<sup>13</sup> é não só um princípio de Estado de Direito, mas também do Estado Social, devendo ser

---

não obstante, pode voltar-se para um só indivíduo se este for indeterminado e indeterminável no momento de sua elaboração.

<sup>12</sup> “Direito Constitucional...”, Ob. Cit., pág. 428.

<sup>13</sup> “Direito Constitucional...”, Ob. Cit., pág. 430.

considerado um princípio de justiça social, enquanto princípio de igualdade de oportunidades:

“Esta igualdade conexas-se, por um lado, com uma política de <justiça social> e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efetivação dos direitos económicos, sociais e culturais. Por outro lado, ela é inerente à própria idéia de igual dignidade social (e de igual dignidade da pessoa humana) que, deste modo, funciona não apenas como fundamento antropológico-axiológico contra discriminações, objectivas ou subjectivas, mas também como princípio jurídico constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades e como princípio sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivos (inconstitucionalidade por omissão)”.<sup>14</sup>

ROBERTO ALEXY<sup>15</sup> ensina que o enunciado geral de igualdade, dirigido ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados da mesma forma ou que todos sejam iguais em todos os aspectos. De outra parte, não pode permitir toda e qualquer diferenciação. O Autor menciona a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, segundo a qual deve haver uma proibição geral de arbitrariedade. Uma diferenciação arbitrária ocorre se não for possível encontrar um fundamento razoável que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feitos pela lei.

Assim, o enunciado geral de igualdade, *prima facie*, exige um tratamento igual, só se permitindo um tratamento desigual se isto decorrer de princípios contrapostos. Saber o que é uma razão suficiente para a permissibilidade ou a obrigatoriedade de uma discriminação não é algo que o enunciado da igualdade pode responder, sendo necessárias outras considerações, também elas valorativas.

ALEXY entende que o enunciado da igualdade é uma lei geral em relação a leis especiais sobre igualdade e que é conferida margem de discricionariedade ao legislador, não sendo possível ao Tribunal substituir-se ao legislador para fazer valorações que cabe àquele.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> “Direito Constitucional...”, Ob. Cit., pág. 430.

<sup>15</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pág. 397.

<sup>16</sup> “Teoria...”, Ob. Cit., pág. 412

De toda forma, a possibilidade de diferenciação deverá estar a serviço da igualdade fática:

“Por isso, o princípio da igualdade fática é uma razão suficiente para um direito subjetivo definitivo a um tratamento jurídico desigual, a serviço da criação de uma igualdade fática, somente se prevalecer sobre todos os outros princípios relevantes e colidentes. E é necessário atentar para todo um feixe de princípios colidentes. Sempre relevante é o princípio da igualdade jurídica, pois todo tratamento jurídico desigual para o fomento de uma igualdade fática é uma restrição à realização do princípio de igualdade jurídica.”<sup>17</sup>

Não há dúvida de que o Estado liberal foi substituído pelo Estado Social, no qual cabe ao Estado o dever a prestações. Esta passagem será analisada, com mais profundidade, no Capítulo IV deste trabalho. Aqui, no entanto, importa ressaltar, com LEON DUGUIT<sup>18</sup> que os políticos dignos deste nome reconhecem que houve grande alteração na noção de Estado, que não tem apenas direitos, mas grandes deveres a cumprir.

Vale dizer que ao Estado não cabe, apenas, o dever de respeitar e fazer respeitar os direitos fundamentais, mas de praticar ações objetivando a sua efetiva concretização.

GERALDO ATALIBA<sup>19</sup> escreve que, com a superação do liberalismo, pela adoção de ingredientes sociais nas Constituições, abandonou-se a concepção da igualdade do ponto de vista formal. Adota-se a isonomia como um fator vivo e concreto, como igualdade de possibilidades. Daí impor-se a ação positiva e concreta do Estado na promoção efetiva da igualdade, ao lado da legislação compensatória das desigualdades. Acrescenta:

“As aparentes desigualdades, enconradiças nas leis, hão de ser meios e modos de corrigir ou superar diferenças existentes entre pessoas ou situações, ou medidas tendentes a promover a igualdade jurídica onde contingências sociais, naturais, econômicas, geográficas, etc ensejem configurar-se desigualdade, de tal modo que a imparcialidade da lei ou do

---

<sup>17</sup> República e Constituição, Ob. cit., pág. 422.

<sup>18</sup> Las transformaciones Del Derecho Público. Granada: Librería General Enrique Prieto Garcia, pág. 94. No original: “Los hombres políticos dignos de este nombre están de acuerdo em reconocer que se há producido um gran cambio em La noción Del Estado; que El Estado no tiene solamente El derecho de mandar, sino que tiene también grandes deberes que cumplir”.

<sup>19</sup> República e Constituição, ob. cit., pág. 161.

Estado importaria verdadeira consagração e oficialização de tais desigualdades.”<sup>20</sup>

#### **4- O princípio da igualdade nas Declarações de Direitos.**

No final do século XVIII, como um dos resultados das revoluções burguesas, surgiram principais Declarações de Direitos que influenciaram o direito brasileiro.

O princípio da igualdade foi previsto na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 16 de junho de 1776:

“Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e tem certos direitos inatos, dos quais, quando entram em sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter a felicidade e segurança.”<sup>21</sup>

O princípio da igualdade também foi previsto na França, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, em seu artigo 1º: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.”

Após a II Guerra Mundial, com o conhecimento das atrocidades cometidas durante o conflito, entendeu-se que os direitos humanos deveriam ser objeto de tratados internacionais à vista da insuficiência das ordens nacionais para garantia deles. Forma-se, assim, um sistema amplo de proteção no qual as ordens internas e internacionais se complementam para assegurar aos indivíduos a máxima proteção.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>22</sup> (1948), no entendimento de FLÁVIA PIOVESAN<sup>23</sup>, inaugura a concepção contemporânea de direitos humanos,

---

<sup>20</sup> República e Constituição, Ob. cit., pág. 160.

<sup>21</sup> A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 4 de julho de 1776, em seu início, menciona que “todos os homens são criados iguais, sendo-lhes conferido pelo seu Criador certos Direitos inalienáveis, entre os quais se contam a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade. Que para garantir estes Direitos, são instituídos Governo entre os Homens...”

<sup>22</sup> Adotada e proclamada pela Resolução n. 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948 e assinada pelo Brasil na mesma data.

marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Ao consagrar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, a Declaração ineditamente combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade, de sorte que

“apresentando os direitos humanos uma unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade, quando não assegurando o direito de igualdade e, por sua vez, esvaziado revela-se o direito à igualdade, quando não assegurada a liberdade.”<sup>24</sup>

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos o princípio da igualdade é previsto já em seu primeiro considerando:

“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo”

Está previsto, mais uma vez, na parte introdutória:

“Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla;”

O artigo inaugural desta Declaração prevê o princípio da igualdade:

“Artigo I – Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”

---

<sup>23</sup> “A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos”, “in” Direitos Humanos – Visões Contemporâneas. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, 2001, pág. 34.

<sup>24</sup> “A Constituição...”, artigo citado, pág. 36.

O princípio da igualdade está reiterado em vários outros artigos, tais como o VII<sup>25</sup>, X<sup>26</sup>, XVI<sup>27</sup>, XXI-2<sup>28</sup>, XXIII-1<sup>29</sup>.

Cumprir registrar que o princípio da igualdade constitui uma das mais importantes conquistas dos povos e tem como objetivo assegurar a dignidade humana. A sua invocação há de guardar pertinência com este princípio fundamental, não podendo ocorrer para igualar pessoas na ilegalidade ou para evitar a imposição de sanções e de proibições ao argumento de que não há mecanismo adequado para que as sanções e proibições sejam aplicadas a todos os infratores<sup>30</sup>.

### **5- O princípio da igualdade nas Constituições Brasileiras.**

Todas as Constituições brasileiras, desde a do Império (1824) previram o princípio da igualdade. Não obstante, cumpre registrar a evolução constante do seu significado desde a primeira Carta até a atual.

O princípio da igualdade está previsto tanto nas Constituições democráticas, como nas decorrentes de governos ditatoriais (1937 e 1967). Daí não ser possível relacionar, como faz José Afonso da Silva<sup>31</sup>, o princípio da igualdade com a democracia.

Não obstante a previsão, na Constituição de 1824, do princípio da igualdade<sup>32</sup>, a mesma Constituição não proibia a escravidão. O princípio da

<sup>25</sup> “Todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos tem direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.”

<sup>26</sup> “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um Tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela.”

<sup>27</sup> “Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, tem o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e dissolução.”

<sup>28</sup> “Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público de seu país.”

<sup>29</sup> “Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.”

<sup>30</sup> Neste sentido, o art. XXX da Declaração estabelece que nenhuma disposição dela pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades nela previstas.

<sup>31</sup> “Curso de Direito Constitucional...”, ob. cit, pág. 211.

<sup>32</sup> Art. 179: “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos, dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império pela maneira seguinte: (...) XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.”

igualdade, tanto quanto os demais, era previsto apenas quanto aos cidadãos brasileiros. O escravo não era considerado um cidadão. Esta mesma Constituição Federal previa que o Imperador era inviolável e sagrado, não estando sujeito a qualquer responsabilidade (art. 99). Daí o entendimento de que, ainda que a Carta Imperial tenha sofrido forte influência das Declarações de Direitos americana e francesa, não descartava integralmente os privilégios e não traduzia igual proteção aos homens: alguns eram cidadãos. Outros eram escravos. Outro era sagrado.

A primeira Constituição republicana (1891) também consignou, em seu texto, o princípio da igualdade e extinguiu os privilégios de nascimento e de nobreza<sup>33</sup>. A Declaração de Direitos desta Carta não mais se referia aos cidadãos brasileiros, mas aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país.

A Constituição Federal de 1934, também previu, em seu art. 113, 1, o princípio da igualdade<sup>34</sup>.

As Constituições de 1937 (art. 122, 1) e 1946 (art. 141, § 1º), com texto de igual teor<sup>35</sup>, previram o princípio da igualdade.

A Constituição Federal de 1967 dispunha, em seu artigo 150, § 1º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito será punido na forma da lei”, redação que, em sua essência, foi mantida na Carta de 1969 (art. 153, § 1º).

A atual Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, inovou ao mencionar o princípio da igualdade já no “caput” da disposição constitucional que introduz o rol de direitos fundamentais. Não pareceu suficiente ao Constituinte dedicar ao princípio apenas um inciso.

É o seguinte o texto do art. 5º, “caput”, da Constituição em vigor:

---

<sup>33</sup> Art. 72: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes: (...) § 2º. Todos são iguaes perante a lei. A Republica não admite privilegio de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerogativas e regalias, bem como os títulos nobiliarchicos e de conselho.”

<sup>34</sup> “Todos são iguaes perante a lei. Não haverá privilégios nem distincções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos paes, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.”

<sup>35</sup> “Todos são iguais perante a lei.”

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes:”

## **6- O princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988.**

Embora a norma do art. 5º, “caput”, da Constituição Federal faça menção aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, o princípio da igualdade aplica-se a toda e qualquer pessoa que, a qualquer título, esteja em território nacional.

Aplica-se, também, às pessoas jurídicas naquilo que lhes for próprio, uma vez que a pessoa jurídica constitui apenas uma ficção na qual é formada nova personalidade, distinta da de seus sócios (estas pessoas humanas que a criaram e que a operam).

Mas não é apenas no art. 5º, “caput”, que é albergado o princípio da igualdade. Outras disposições constitucionais reforçam este princípio.

Importante, a esta altura, transcrever os incisos art. 3º da Constituição Federal, que consigna os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais<sup>36</sup>;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.<sup>37</sup>

Sendo um dos objetivos do Brasil a redução das desigualdades sociais e regionais, vedada qualquer forma de discriminação, percebe-se aqui, claramente, a reiteração do princípio da igualdade: a desigualdade é confessada pelo texto

---

<sup>36</sup> A redução das desigualdades regionais e sociais também é um dos princípios da ordem econômica (art. 170, VII)

<sup>37</sup> Em conexão direta com o inciso IV, do art. 3º, da Carta da República, temos o artigo 5º, incisos XLI e XLII, cujas redações são as seguintes, respectivamente: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;” e “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.”

constitucional e considerada indesejável, tanto assim que é proposta a sua redução. A discriminação, de outra parte, é proibida, determinando-se a sua punição.

O art. 5º, I, da Constituição Federal prevê a igualdade de gênero (“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”) e exercem igualmente direitos e deveres na sociedade conjugal (art. 226, § 5º)

O princípio da igualdade é contemplado, também, no art. 37, “caput”, da Constituição Federal, que estabelece que a Administração direta e indireta observe, ao lado de outros, o princípio da impessoalidade. Este princípio determina que a Administração, ao atuar, objetive apenas o bem comum, proibidos quaisquer perseguições ou favoritismos. Vale dizer, o princípio da impessoalidade veda discriminações e prestigia o princípio da igualdade.

É contemplado, também, no art. 37, II, que determina que a investidura em cargo ou emprego público dependa de aprovação prévia em concurso público, salvo as exceções constitucionais. O concurso público objetiva a seleção de candidatos que, preenchendo os requisitos legais, possam igualmente ser admitidos pelo Estado pelos critérios previamente definidos no edital.

Digna de menção, ainda no que tange à Administração Pública, a obrigatoriedade de prévia licitação para obras, serviços, compras e alienações<sup>38</sup>, que deve ser realizada assegurando-se a igualdade entre os concorrentes.

A Constituição Federal assegura a igualdade no trabalho, proibindo de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX) e, de forma específica, proibindo discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7º, XXX)

No âmbito tributário, a Constituição Federal prevê, como garantia do contribuinte, a igualdade tributária (art. 150, II).

Em feliz síntese, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO<sup>39</sup> ensina que o princípio da igualdade significa a sujeição de todos a um direito comum, daí

---

<sup>38</sup> Art. 37, XXI – “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure **igualdade de condições a todos os concorrentes**...”

<sup>39</sup> “Aspectos Jurídicos das Ações Afirmativas”, “in” Rev. TST, Brasília, vol. 69, n. 2, jul/dez 2003, pág.73.

decorrendo dois corolários: o primeiro, a proibição do tratamento diferenciado prejudicial ao ser humano e o segundo, a vedação do tratamento diferenciado que dá preferências ou vantagens a determinados seres humanos em razão dessas características de gênero, raça, cor, profissão e outros.

De outra parte, a Constituição Federal prevê, em alguns casos, tratamento desigual. Dentre estes, consta a distinção do tempo para aposentadoria entre homens e mulheres (art. 40, § 1º), do tempo de aposentadoria para as pessoas portadoras de deficiência, para pessoas que exerçam atividades de risco ou em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (art. 40, § 4º), do tempo de aposentadoria para professor que exerça magistério em educação infantil, ensino fundamental e médio (art. 40, § 5º).

A Carta da República determina, ainda, a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII).

Prevê, também, tratamento favorecido das empresas de pequeno porte (art. 170, IX).

Além disto, coloca alguns grupos em situação de proteção especial: crianças, idosos, índios e pessoas com deficiência.

### **7- Aplicação, no Brasil, do princípio da igualdade:**

No Brasil, o ordenamento jurídico contém várias disposições legais reiterando o princípio da igualdade, sendo mister citar a lei processual civil que, ao mesmo tempo em que afirma a igualdade entre as partes (art. 125, I, do Código de Processo Civil), prevê prazos diversos para contestar e recorrer para a Fazenda Pública e para o Ministério Público (art. 188). A Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) prevê o não adiantamento de custas e despesas processuais pelo autor, benefício este não extensível ao Réu. Constata-se, do exame destes exemplos, que a igualdade é a regra a qual, no entanto, é excepcionada em situações nas quais se entende que a igualdade real só se atinge com a desequiparação.

O Supremo Tribunal Federal já foi chamado a decidir sobre o princípio da igualdade em várias ocasiões, passando-se, aqui, a comentar as mais significativas ou as mais recentes.

Mencione-se o entendimento da Suprema Corte expresso na Súmula 339 do STF – “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores sob fundamento de isonomia”<sup>40</sup>. Este enunciado só se justifica pela ponderação entre dois princípios constitucionais colidentes: o da legalidade da despesa pública e o da isonomia. A Excelsa Corte optou pela preponderância do primeiro.

Ainda, discutiu-se, naquela Corte, ainda, o princípio da igualdade tributária na imposição de taxa de fiscalização mais onerosa quanto a certos produtos. Prevaleceu o entendimento que não havia ofensa ao princípio da isonomia uma vez que a vigilância em torno de produtos fumígenos seria bem mais onerosa do que a de outros produtos, inclusive as bebidas, visto os malefícios causados pelo tabagismo ao ser humano. Consta da ementa:

“O interesse público, ligado à existência de uma população mais saudável, se sobrepõe a qualquer outro interesse que possa ser alegado para afastar os mecanismos que viabilizem uma vigilância efetiva do Poder Público para garantia da saúde da população”<sup>41</sup>.

Em outro caso, no julgamento da ADI 2356 MC/DF<sup>42</sup> o Supremo Tribunal Federal apreciou a constitucionalidade do art. 2º da Emenda Constitucional n. 30, que acrescentou o art. 78 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, autorizando o pagamento em parcelas dos precatórios em ações iniciadas antes de 31 de dezembro de 1999. Entendeu-se que, ao lado da violação de outras normas constitucionais, havia sido ferido o princípio da igualdade:

“Não respeita o princípio da igualdade a admissão de que um certo número de precatórios, oriundos de ações ajuizadas até 31.12.1999, fique sujeito ao regime especial do art. 78 ADCT, com o pagamento a ser efetuado em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo

---

<sup>40</sup> Esta súmula foi convertida na Súmula Vinculante 37.

<sup>41</sup> 1ª. Turma, AI 721577/AgR/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, julg. 20.03.2012, v.u.

<sup>42</sup> Tribunal Pleno, Relator para o Acórdão Ministro Ayres Britto, julg. 25.11.2010, m.v.

máximo de dez anos, enquanto os demais créditos sejam beneficiados com o tratamento mais favorável do § 1º do art. 100 da Constituição”.

Naquela Corte foi discutida, também, a constitucionalidade de lei do Estado de Minas Gerais que determinava que, para o recebimento de pensão por morte de servidora pública, o marido devia provar requisito não exigido das esposas de servidores falecidos (invalidez). Entendeu o Supremo Tribunal Federal:

“A lei estadual mineira, violando o princípio da igualdade do artigo 5º, I, da Constituição, exige do marido, para que este receba pensão por morte da mulher, um requisito – o da invalidez – que não se presume em relação à viúva e que não foi objeto do acórdão do RE 204.193, 30.05.2011, Carlos Velloso, DJ 31.10.2002. Nesse precedente, ficou evidenciado que o dado sociológico que se presume em favor da mulher é o da dependência econômica e não a de invalidez, razão pela qual também não pode ela ser exigida do marido. Se a condição de invalidez revela, de modo inequívoco, a dependência econômica, a recíproca não é verdadeira; a condição de dependência econômica não implica declaração de invalidez.”<sup>43</sup>

O Supremo Tribunal Federal apreciou, ainda, pedido formulado por estudantes judeus que pretendiam participar do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) em data alternativa ao sábado. Os requerentes afirmavam que a designação do exame para este dia da semana havia desrespeitado o direito fundamental de liberdade religiosa e o direito à educação. Não foi concedida a medida cautelar porque a designação de data alternativa desrespeitaria o princípio da igualdade, “convolvendo-se em privilégio para um grupo religioso”<sup>44</sup>.

Em outro caso, foi discutida a constitucionalidade de emenda à Constituição estadual instituindo subsídio mensal e vitalício aos ex-governadores do Estado. O Supremo Tribunal Federal entendeu que o ato normativo afrontava o equilíbrio federativo e os princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade pública e da responsabilidade dos gastos públicos (arts. 1º, 5º, “caput”, 25, § 1º, 37, caput e inc. XIII, 169, § 1º, inc. I e II e 195, § 5º, da Constituição da República).<sup>45</sup>

Por fim, registre-se que no recente caso das uniões homoafetivas o Supremo Tribunal Federal, após enunciar a proibição de discriminação das pessoas em razão

<sup>43</sup> Tribunal Pleno, RE 385397 AgR/MG, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julg. 29.06.2007, v.u.

<sup>44</sup> Tribunal Pleno, STA 389 AgR/MG, Relator Ministro Gilmar Mendes, julg. 03.12.2009, m.v.

<sup>45</sup> Tribunal Pleno, ADI 3853/MS, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julg. 12.09.2007, m.v).

do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual, assentou:

“O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de promover o bem de todos”. Afirmando que a preferência sexual de cada indivíduo está inserida na autonomia da vontade e na noção de dignidade humana, reconheceu a união homoafetiva, reputando-a em isonomia com as uniões heteroafetivas para o fim de formação e reconhecimento da família<sup>46</sup>.

Portanto, o princípio da igualdade tem como norte a dignidade da pessoa humana, que ilumina a criação dos direitos sociais e das ações afirmativas.

---

<sup>46</sup> Tribunal Pleno, ADPF 132/RJ, Relator Ministro Ayres Britto, julg. 05.05.2011, v.u.

## CAPÍTULO II

### A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A igualdade ou a desigualdade deve ser aferida com relação a algum parâmetro que, necessariamente, deve constar da Constituição Federal.

Este parâmetro é a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal.

Na realidade, desde as primeiras Declarações de Direitos se afirmava que os homens são iguais em dignidade, vale dizer, são seres únicos merecedores de igual respeito e proteção, e não meios para o atingimento de qualquer fim. Transcreve-se, mais uma vez, o artigo inaugural da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

“Artigo I – Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”

Trata-se de mais um dos conceitos jurídicos indeterminados que, na lição de LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>47</sup>, são expressões de sentido fluido, destinadas a lidar com situações nas quais o legislador não pôde ou não quis, no relato abstrato do enunciado normativo, especificar de forma detalhada suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando a ser dele extraído. O sentido do conceito “envolve uma atuação predominantemente técnica, baseada em regras de experiência, em precedentes, ou, eventualmente, em elementos externos ao direito”<sup>48</sup>. No entanto, segundo este Autor, a dignidade da pessoa humana está na origem dos direitos materialmente fundamentais e representa o núcleo essencial de cada um deles.

“O princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um

---

<sup>47</sup> Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 2ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 313

<sup>48</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Curso...”, ob.cit, pág. 314.

respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.<sup>49</sup>

A dificuldade de precisar o conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana não é óbice para que este princípio seja aplicado no caso concreto, do qual se extrairão os elementos sociais, culturais, econômicos e jurídicos que possibilitarão a sua compreensão no tempo e no espaço.

AILTON COCURUTTO<sup>50</sup>, após reconhecer a dificuldade de precisar o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, fornece importante contribuição:

“Logo, casos existem em que preceitos positivados são incompatíveis com o Estado social, afigurando-se como elemento de desequilíbrio, ou instrumento de arbítrio e de opressão contra pessoas excluídas, de modo que a realidade impõe a necessidade imediata de observância aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da inclusão social, afastando-se aquilo que Rudolf Von Ihering denominou como fantasma de direito.”

LAURO LUIZ GOMES RIBEIRO<sup>51</sup> entende que a dignidade tem fundamento no próprio valor intrínseco do ser humano, tendo sido abrangido pela nossa Constituição Pátria e devendo ser a base para todo e qualquer tratamento destinado ao homem, seja ele adulto, ou criança, seja com deficiência ou idoso, seja do sexo masculino, ou do feminino, basta ter a característica essencial, que é ser homem. Portanto, o homem deve representar o centro, o alvo de maior preocupação e atenção governamental e do próprio corpo social, não podendo ser instrumento nem ter seu livre arbítrio mitigado ou excluído. Ao homem também deve ser destinado tratamento igualitário, justo e respeitoso, de modo a contribuir para a sua felicidade bem como com sua autodeterminação.

---

<sup>49</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Curso...”, ob. Cit., pág. 251/252

<sup>50</sup> Os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Inclusão Social. 1ª, Ed., 2ª. Tiragem, São Paulo: Malheiros, 2010, pág. 49.

<sup>51</sup> Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo:Verbatim, 2010, pág. 33.

É correto afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana alberga todas as conseqüências de se considerar o ser humano como igual a qualquer outro ser humano na dimensão da concretização máxima de todos os seus direitos fundamentais.

Em inúmeros dispositivos a Carta da República protege a dignidade da pessoa humana. Assim acontece quando prevê que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); quando determina que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (art. 5º, XLIII); quando proíbe as penas de morte (salvo em caso de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e as cruéis (art. 5º, XLVII) ou quando assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIV).

Pode-se compreender a dignidade da pessoa humana por sua face negativa, vale dizer, pela constatação da indignidade, do tratamento indigno. Não é tarefa que demande grandes reflexões verificar o desrespeito à dignidade humana quando se tem conhecimento de algum episódio de tortura, ou quando se vê, nos centros humanos, um contingente de pessoas morando nas ruas, ou pessoas morrendo à espera de atendimento médico, ou, ainda, crianças crescendo sem qualquer assistência. Mas apenas isto não se mostra suficiente para apreender o conteúdo da dignidade da pessoa humana, uma vez que estas constatações apenas esboçam os limites da indignidade.

INGO WOLFGANG SARLET<sup>52</sup> entende que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana continua sendo a autonomia e o direito de autodeterminação da pessoa, não se podendo, no entanto, desconsiderar a dimensão instrumental,

“traduzida pela noção de uma igual dignidade de todas as pessoas, fundada na participação ativa de todos na magistratura moral coletiva, não restrita, portanto, à idéia de autonomia individual, mas que – pelo contrário – parte do pressuposto da necessidade de promoção das condições de uma contribuição ativa para o reconhecimento e proteção do conjunto de direitos e liberdades indispensáveis no nosso tempo”.

---

<sup>52</sup> Dimensões da Dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2ª. Ed, 2ª. Tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pág. 22.

Prossegue o Ilustre constitucionalista:

“A dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência)<sup>53</sup>, bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação”<sup>54</sup>.

Ainda segundo INGO WOLFGANG SARLET<sup>55</sup>, a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais:

“Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gerar direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe, também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção”.

LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>56</sup> entende que a dignidade humana identifica o valor intrínseco de todos os seres humanos, a autonomia de cada um, esta limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário).

O valor intrínseco seria, no plano filosófico, o elemento ontológico da dignidade humana, correspondendo “ao conjunto de características que são

---

<sup>53</sup> Este aspecto foi decisivo para que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse, como instituto jurídico, a união homoafetiva. Dentre outras considerações, em especial relativamente ao conceito de família, declarou a Corte (Pleno, ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julg. 05/05/2011v.u): “Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea”.

<sup>54</sup> “Dimensões da Dignidade...”, ob. cit, pág. 30

<sup>55</sup> “Dimensões da Dignidade...”, ob. cit, pág. 32.

<sup>56</sup> “A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo – A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial. 2ª. Reimpressão, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, pág. 72.

inerentes e comuns a todos os seres humanos e que lhes confere um status especial e superior no mundo, distinto de outras espécies”.

A autonomia seria o elemento ético da dignidade humana: É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa.”<sup>57</sup> Inserta na noção de autonomia estaria o conceito de mínimo existencial, ou o direito básico às provisões necessárias para que se viva dignamente. A igualdade e a autonomia seriam, ao ver do Autor, noções dependentes do fato de o indivíduo serem *livres da necessidade*:

“Para serem livres, iguais e capazes de exercer uma soberania responsável, os indivíduos precisam estar além de liminares mínimos de bem-estar, sob pena de a autonomia se tornar uma mera ficção, e a verdadeira dignidade humana não existir. Isso exige o acesso a algumas prestações essenciais – como educação básica e serviços de saúde – assim como a satisfação de algumas necessidades elementares, como alimentação, água, vestuário e abrigo. O mínimo existencial, portanto, está no núcleo essencial dos direitos sociais e econômicos”<sup>58</sup>.

Por fim, ainda segundo LUÍS ROBERTO BARROSO, o último elemento da dignidade seria o social, que corresponderia ao valor comunitário, que frequentemente é inspirado por motivações paternalistas e moralistas, de que é exemplo o caso do arremesso de anão, decidido pelo Conselho de Estado da França<sup>59</sup>.

Vê-se, pois, que o conceito de dignidade humana encontra-se em construção cujo término não parece próximo. Ela leva em conta fatores filosóficos, históricos, sociais, econômicos, culturais e jurídicos, que devem dialogar e desafiar conclusão satisfatória a qual, no entanto, dificilmente sobreviverá às mudanças próprias da sociedade.

Longe de tentar estabelecer um conceito de dignidade da pessoa humana, estas considerações buscaram estabelecer as bases das ações afirmativas e dos direitos sociais, que serão objeto dos Capítulos seguintes.

---

<sup>57</sup> “A Dignidade...”, ob. cit., pág. 81.

<sup>58</sup> “A Dignidade...”, Ob. Cit., pág. 84.

<sup>59</sup> A autoridade administrativa proibiu determinado espetáculo apresentado em casas noturnas, que consistia em arremessar, a curta distância, um anão, como se ele fosse um projétil. O Conselho de Estado entendeu que aquele trabalho ofendia a dignidade humana do anão, ainda que ele desejasse realizar a apresentação.

## CAPÍTULO III

### AS AÇÕES AFIRMATIVAS

#### 1 – Origem.

A partir da década de 1960 os constitucionalistas começaram a constatar que a inserção, na Constituição, do princípio da igualdade e a sanção à discriminação eram insuficientes para a efetivação do princípio da igualdade jurídica. Era necessário reavaliar o princípio da igualdade visando à eliminação de preconceitos e condutas discriminatórias não apenas por ações repressivo-negativas, mas também por ações promocionais afirmativas do Estado.

Afirma CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA<sup>60</sup>:

“desde a década de 60, especialmente, começou a se fazer patente aos que tinham olhos com que ver claro que o Direito Constitucional acanhava-se em sua concepção meramente formal do princípio denominado isonomia, despojado de instrumentos de promoção da igualdade jurídica como vinha sendo, até então, cuidado.”

MARIA TERESA SADEK assevera que no século XX, especialmente depois da Segunda Guerra Mundial, com o questionamento da concepção formal de igualdade, decorrente da constatação de grandes desigualdades reais, teve início a concepção das políticas afirmativas:

“À Lei igual para todos incorpora-se o princípio de que desiguais devem ser tratados de forma desigual. Cresce a força de movimentos segundo os quais a lei, para cumprir suas funções, deve ser desigual para indivíduos que são desiguais na vida real. Assim, passam a ser defendidas a elaboração e a adoção de políticas que tenham por finalidade diminuir a desigualdade. Políticas afirmativas traduzem a idéia de que cabe à lei e também ao poder público interferir na desigualdade concreta.”<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> “Ação afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica”, in Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 33, n. 131, jul/set.1996, pág. 284.

<sup>61</sup> “Judiciário e Arena Pública...”, artigo citado, pág. 9.

A origem da expressão “ação afirmativa” é a *Civil Rights Act of 1964* (Lei de Direitos Civis) dos Estados Unidos que se destinou a generalizar o direito de voto e a combater a discriminação centrada na segregação racial.

Estas ações tiveram origem em 1965, nos Estados Unidos da América, com pronunciamento do presidente Lyndon B. Johnson que, em discurso, indagou se todos os presentes na universidade eram livres para competirem com os iguais membros da sociedade, em igualdade de condições. A partir disto, a Suprema Corte Americana passou a levar em consideração a “affirmative action”, que significa a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas em razão de condições históricas, sociais e culturais, a fim de que seja efetivamente obtida a igualdade assegurada constitucionalmente.

## **2 – Conceito.**

Esta passagem do conteúdo passivo do princípio para o ativo é sentida no direito brasileiro, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988.

PATRICIA TUMA MARTINS BERTOLIN E ALESSANDRA BENEDITO<sup>62</sup> definem as ações afirmativas como um conjunto de políticas – públicas e privadas – que visam efetivar a igualdade, materializando-se por meio de ações que se destinam a grupos historicamente discriminados e, portanto, expostos a uma condição de maior vulnerabilidade:

“Os objetivos para a criação e implantação de políticas de ação afirmativa serão sempre a transformação da sociedade, na busca de justiça social”. Acrescentam que só há lugar para ações afirmativas nas sociedades onde a desigualdade deixou (e deixa) suas marcas, para cuja correção aquelas se dirigem.”<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> “Ações Afirmativas”, in *O Direito e as Políticas Públicas no Brasil*. Organizadores Gianpaolo Poggio Smanio e Patrícia Tuma Martins Bertolin. São Paulo: Atlas, 2013, pág. 371.

<sup>63</sup> “Ações Afirmativas”. In *O Direito e as Políticas Públicas no Brasil*. Organizadores Gianpaolo Poggio Smanio e Patrícia Tuma Martins Bertolin, artigo citado, pág. 391.

Ações afirmativas, na lição do Superior Tribunal de Justiça<sup>64</sup>,

“são medidas especiais tomadas com o objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais, sociais ou étnicos ou indivíduos que necessitem de proteção, e que possam ser necessárias e úteis para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais, e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos. A possibilidade de adoção de ações afirmativas tem amparo nos arts. 3º e 5º, ambos da Constituição Federal/88 e nas normas da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial”.

Cumpra registrar que este ensinamento é aplicável a qualquer pessoa ou grupo que, por razões históricas, sociais, culturais, econômicas ou de qualquer outra ordem, necessite de especial proteção.

Em outro acórdão desta Corte Superior afirma-se que:

“as ações afirmativas, fundadas em princípios legitimadores dos interesses humanos, reabre o diálogo pós-positivista entre o direito e a ética, tornando efetivos os princípios constitucionais da isonomia e da proteção da dignidade da pessoa humana, cânones que remontam às mais antigas Declarações Universais dos Direitos do Homem. Enfim, a proteção da própria humanidade, centro que hoje ilumina o universo jurídico, após a tão decantada e aplaudida mudança de paradigmas do sistema jurídico, que abandonando a igualização dos direitos optou, axiologicamente, pela busca da justiça e pela pessoalização das situações consagradas na ordem jurídica.”<sup>65</sup>

Esta alteração do conteúdo do princípio da igualdade era indispensável:

“De um conceito jurídico passivo mudou-se para um conceito jurídico ativo, quer-se dizer, de um conceito negativo de conduta discriminatórias vedadas passou-se a um conceito positivo de condutas promotoras da igualdade jurídica. (...) A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.”<sup>66</sup>

<sup>64</sup> 2ª. Turma, REsp 1132476/PR, Relator Ministro Humberto Martins, julg. 13.10.2009, v.u.

<sup>65</sup> 1ª. Turma, REsp 567873/MG, Relator Ministro Luiz Fux, julg. 10.02.2004, v.u.

<sup>66</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “Ação Afirmativa...”, artigo citado, pág. 286.

As políticas de ação afirmativa não podem ser criadas e instituídas quando dissociadas de uma realidade concreta que mostre a necessidade delas para atingir a igualdade.

Daí o acerto da afirmação de CELSO LAFER<sup>67</sup>:

“A igualdade é um conceito complexo, porque existem vários critérios para aferir a igualdade. Esta não se confunde com o igualitarismo, que postula que todos devem ser iguais em tudo, rejeitando, desta maneira, a diversidade da condição humana. Numa sociedade pluralista e democrática não cabe aplicar, para se realizar a justiça, um único critério de igualdade. Todos têm sua validade no âmbito de determinadas esferas. Assim, por exemplo, cabe aplicar o critério da necessidade para a concessão do Bolsa-Família; do mérito para o da concessão, pela Fapesp, do financiamento do projeto de pesquisa; o da capacidade contributiva para nortear a tributação. A busca da igualdade dos pontos de partida norteia o critério de justiça das políticas afirmativas.”

VIDAL SERRANO NUNES NÚNIOR E LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO<sup>68</sup> ensinam que a Constituição brasileira protege certos grupos que, no seu entendimento, merecem tratamento diverso:

“Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições. São as chamadas ações afirmativas”.

As medidas especiais de proteção de determinado grupo não precisam, necessariamente, constar ou ser autorizadas, de forma expressa, pela Constituição. Podem estar previstas no ordenamento infraconstitucional, hipótese em que para a sua validade, devem conformar-se com os demais princípios previstos na Carta da República.

No entanto, quando previstos no texto constitucional, não cabe ao intérprete verificar a correlação lógica entre o elemento diferencial e a distinção de regime

---

<sup>67</sup> Artigo “Variações sobre a Justiça”, publicado no “O Estado de São Paulo”, Ed. de 18 de novembro de 2012, pág. 2.

<sup>68</sup> Curso de Direito Constitucional. 15ª. Ed, São Paulo: Verbatim, 2011, pág. 165.

jurídico: esta relação já foi feita pelo Constituinte<sup>69</sup>. É o caso, por exemplo, da especial proteção que a Carta Federal confere aos índios (art. 231).

A ação afirmativa é uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas algumas minorias a partir do reconhecimento da pluralidade que marca as sociedades atuais.

Esclareça-se que o termo minoria não é utilizado em seu sentido quantitativo, mas como qualificação jurídica dos grupos ou pessoas cujos direitos não podem ser exercitados igualmente com aqueles que detem o poder político, econômico e social.

FLÁVIA PIOVESAN<sup>70</sup> afirma:

As ações afirmativas, enquanto políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório, cumprem uma finalidade pública decisiva no projeto democrático, que é a de assegurar a diversidade e a pluralidade social. Devem ser compreendidas não somente pelo prisma retrospectivo, no sentido de aliviar a carga de um passado discriminatório, mas também prospectivo, no sentido de fomentar a transformação social, criando uma nova realidade. Constituem medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, com a crença de que esta se deve moldar no respeito à diferença e à diversidade. Através dela transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva”.

No Brasil, a constitucionalidade das ações afirmativas resulta da conjugação do princípio da igualdade (art. 5º, “caput”), com o princípio da dignidade humana (art. 1º, III) e com os objetivos da República enunciados no art. 3º da Carta da República.

As ações afirmativas englobam o conceito de discriminação positiva, discriminação inversa, ou discriminação reversa. “É um tratamento compensatório ou corretivo. É a discriminação reversa que pretende corrigir pelas ações afirmativas a discriminação em detrimento de grupos sociais.”<sup>71</sup>

Nos dizeres de JOAQUIM B. BARBOSA GOMES<sup>72</sup>, que foi Ministro do Supremo Tribunal Federal:

---

<sup>69</sup> ARAÚJO E NUNES JÚNIOR, “Curso...”, ob. cit., pág. 166.

<sup>70</sup> “Ações afirmativas no Brasil – Desafios e perspectivas”, in Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso, v. 2, n. 2, p. 133-144, jan/jun.2007, pág. 137.

<sup>71</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Aspectos Jurídicos das Ações Afirmativas”. In Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 69, n. 2, p. 72-79, jul-dez. 2003, pág. 75.

<sup>72</sup> “A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro”, in Revista de Informação Legislativa, v. 38, n. 151, jul/set.2001, pág. 132.

“As ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade.”

Lembra o Ministro<sup>73</sup> que, inicialmente, as ações afirmativas se definiam como um mero “encorajamento” por parte do Estado a que as pessoas com poder decisório nas áreas pública e privada considerassem fatores que excluía, total ou parcialmente, as minorias. Constatando-se a ineficácia desta posição, houve alteração conceitual do instituto, que passou a ser associado à idéia de imposição de cotas rígidas de representantes de minorias a determinados setores do mercado de trabalho e a instituições educacionais. O instituto evoluiu, no presente, para a definição exposta no parágrafo anterior.

### **3 – Ações afirmativas em tratados internacionais.**

Alguns tratados internacionais, celebrados para a proteção de minorias, expressamente concitam os Estados-partes à adoção de ações afirmativas.

Com efeito, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher<sup>74</sup>, em cujos considerandos consta a “fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher” e a preocupação pelo fato de que “a mulher continue sendo objeto de grandes discriminações, lembrando que a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana”, estabeleceu em seu artigo 4º, 1:

“a adoção, pelos Estados-partes, de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a

---

<sup>73</sup> “A recepção...”, artigo citado, pág. 135.

<sup>74</sup> Adotada pela Resolução n. 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 1979 e ratificada pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984.

mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.”

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial<sup>75</sup>, em cujos considerandos consta que a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclama que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que toda pessoa pode invocar todos os direitos estabelecidos nessa Declaração, sem distinção alguma, e principalmente de raça, cor ou origem nacional, estabelece, no art. 1º, 4:

“Não serão considerados discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção e direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.”

Do exposto, conclui-se que no âmbito internacional, a igualdade é referida, expressamente, à dignidade da pessoa humana e tem o significado de igualdade real, de igualdade de oportunidades, de igualdade de pontos de partida. Conclui-se, também, que é prevista a adoção de medidas especiais para o atingimento desta igualdade, medidas estas de caráter temporário: devem durar o tempo necessário para alcançar os seus objetivos.

#### **4 – Requisitos das ações afirmativas.**

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO<sup>76</sup> enuncia cinco regras para a validade constitucional do estabelecimento de ações afirmativas:

---

<sup>75</sup> Adotada pela Resolução n. 2.106-A (XX) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965 e ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968.

<sup>76</sup> “Aspectos Jurídicos das Ações Afirmativas”, artigo citado, pág. 75/76.

A primeira regra é a da **objetividade**: há necessidade de identificar, de forma objetiva, o grupo favorecido e o seu âmbito.

A segunda regra é a da **medida ou da proporcionalidade**: a medida da vantagem deve ser ponderada em face da desigualdade a ser corrigida, não criando onerosidade excessiva em face da maioria ou de outros grupos.

A terceira regra é a da **adequação ou da razoabilidade**: as regras da vantagem devem ser adequadas à correção do desigualamento.

A quarta é a **regra da finalidade**, que deve ser a correção das desigualdades.

Por fim, a quinta regra é a da **temporiedade** – a ação afirmativa não pode criar um status jurídico permanente, mas excepcional, temporário<sup>77</sup>.

Segundo JOAQUIM BARBOSA<sup>78</sup>, a legislação infraconstitucional (já que, quanto às ações afirmativas previstas na Lei Maior, como já afirmado, o Constituinte retirou do intérprete ou do aplicador a tarefa de examinar os requisitos de validade da medida), deve respeitar três critérios concomitantes para que atenda e concretize o princípio da igualdade:

“(a) decorrer de um comando-dever constitucional, no sentido de que deve obediência a uma norma programática que determina a redução das desigualdades sociais; (b) ser específica, estabelecendo claramente aquelas situações ou indivíduos que serão ‘beneficiados’ com a diferenciação; e (c) ser eficiente, ou seja, é necessária a existência de um nexó causal entre a prioridade legal concedida e a igualdade socioeconômica pretendida.”

Por outro lado, as ações afirmativas não se resumem ao sistema de cotas. JOAQUIM BARBOSA<sup>79</sup> afirma que quanto às técnicas de implementação das ações afirmativas, podem ser utilizados, além do sistema de cotas (sistema que separa determinada quantidade de posições para preenchimento por integrantes das minorias), o método do estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e os incentivos fiscais (como instrumento de motivação do setor privado). Acrescente-se

---

<sup>77</sup> PATRICIA TUMA MARTINS BERTOLIN E ALESSANDRA BENEDITO (“Ações Afirmativas”, artigo citado, pág. 391) afirmam que as ações afirmativas tem por característica a transitoriedade, de sorte que atingida a igualdade, devem deixar de existir. No entanto, isso não significa que deva haver um prazo certo para a sua duração.

<sup>78</sup> “A recepção...”, artigo citado, pág. 146.

<sup>79</sup> “A recepção...”, artigo citado, pág. 147.

a possibilidade de previsão de qualquer outra técnica que se mostre adequada para o atingimento da sua finalidade.

O estabelecimento de cotas é um instrumento efetivo de obtenção da igualdade de oportunidades, mas não é o único, nem mesmo o principal. Cuida-se de medida que, quando adotada, deve vir acompanhada de políticas públicas que propiciem que, em futuro não longínquo, as cotas possam ser abolidas, por desnecessárias.

Debates intensos vem ocorrendo no Brasil acerca da correção ou incorreção da implantação do sistema de cotas para minorias na área do ensino superior<sup>80</sup>.

Entendo que resulta inaceitável a posição de que não deve ser utilizada qualquer cota para minorias. Os defensores deste ponto de vista dizem que o correto seria a melhoria do ensino público, para que todos tenham, unicamente por seus méritos, igual oportunidade de acesso.

É claro que o simples estabelecimento de cotas, sem a adoção de medidas que acarretem a melhoria efetiva do ensino público, tende a fazer com que estas sejam permanentes, uma vez que a causa da desigualdade permanecerá. E as cotas, tanto quanto qualquer outra medida de ação afirmativa, não se coadunam com a permanência. Mas a afirmação da necessidade de melhoria do ensino público (cujo resultado demanda, por vezes, mais de uma geração) não significa que, imediatamente, não seja necessário o estabelecimento de cotas.

Ademais, a própria questão do mérito maior ou menor para o ingresso no ensino superior pode ser objeto de debate. Tome-se, por exemplo, dois jovens cujas famílias tem condições econômicas diversas: um estuda em escola particular e o outro, em escola pública. Cada um destes jovens é o melhor aluno de sua escola sendo que aquele que estudou em escola particular teve, em regra, acesso a ensino de melhor qualidade relativamente ao que estudou em escola pública. Há mérito

---

<sup>80</sup> Em artigo de autoria de Carlos Lordelo, David Lira, Ocimara Balmant e Paulo Saldanha, publicado no jornal O Estado de São Paulo (edição de 12 de agosto de 2012, pág. A23) consta: "Recorte inédito de dados do desempenho no Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) de 2010 nas capitais do País, além de confirmar a distância entre as notas médias dos estudantes de colégios particulares e o das escolas públicas, revela o abismo que separa estudantes brancos e negros das duas redes." Acrescenta: "Embora em menor dimensão, a variação de desempenho entre negros e brancos dentro da escola pública também é desvantajosa para o primeiro grupo. Na média, os brancos tem médias 3% maiores que os negros." E, ainda: "As notas médias dos negros que estudam em escola privada é 15% superior às dos negros da rede pública – próxima dos 17% entre todos os estudantes da rede particular e da rede pública."

menor deste último que, ao realizar exame no qual foram exigidos conteúdos ou desempenho apenas ensinado na escola freqüentada pelo primeiro, obteve pontuação menor? Apenas se o mérito fosse aferido relativamente ao conteúdo que cada escola propiciou seria possível estabelecer o merecedor da melhor oportunidade. No entanto, isto não ocorre, razão pela qual a questão não pode ser, propriamente, colocada em termos de mérito de cada aluno.

Lembre-se, ainda, a desconfiança que surge quando dados estatísticos demonstram que o sistema de cotas não afeta a qualidade de ensino superior. A Revista Veja (edição 2284, ano 45 – n. 35, de 29 de agosto de 2012, em matéria assinada por Julia Carvalho) afirma a existência de estudos indicando que o desempenho dos cotistas, no fim do curso, é semelhante ao dos alunos que entraram sem o benefício. No entanto, afirma que estes dados devem ser vistos com ressalvas, porque, de acordo com um sociólogo, “As pesquisas que aferem rendimento de cotistas são muito discutíveis, porque são feitas pelas próprias instituições interessadas em comprovar que suas políticas funcionam”.

Não se pode esquecer, a esta altura, das palavras de NORBERTO BOBBIO<sup>81</sup> acerca do problema atual dos fundamentos dos direitos do homem:

“É inegável que existe uma crise dos fundamentos. Deve-se reconhecê-la, mas não tentar superá-la buscando outro fundamento absoluto para servir como substituto para o que se perdeu. Nossa tarefa, hoje, é muito mais modesta, embora também mais difícil. Não se trata de encontrar o fundamento absoluto – empreendimento sublime, porém desesperado – mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis. Mas também essa busca dos fundamentos possíveis - empreendimento legítimo e não destinado, como o outro, ao fracasso – não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado.”

Esta lição é invocada para registrar que as ações afirmativas, embora sejam medidas fundadas em solidariedade, sofrem críticas oriundas, de ordinário, dos setores sociais que imaginam que deles são subtraídas as vantagens concedidas aos grupos favorecidos. Tão importante quanto estabelecer os fundamentos teóricos das ações afirmativas é pesquisar as formas pelas quais pode ser efetivado o princípio da igualdade na sociedade atual.

---

<sup>81</sup> A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 13ª. Reimpressão, pág. 23/24.

## 5 - Ações afirmativas na legislação infraconstitucional brasileira.

No direito brasileiro existem algumas leis que prevêm regime jurídico diferenciado objetivando a igualação de minorias. Não se pretende relacionar, aqui, todas as leis, mas indicar que a legislação caminha, em passos decididos, para o estabelecimento, em diversos aspectos, das ações afirmativas.

Anote-se, inicialmente, a Lei n. 9.100, de 3 de outubro de 1996 (que estabeleceu normas para as eleições municipais de 1996), que determinava que cada partido ou coligação poderia registrar candidatos para a Câmara Municipal reservando vinte por cento, no mínimo, das vagas para candidaturas de mulheres. A Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997 (que estabelece normas para as eleições), com a redação dada pela Lei n. 12.034/2009, também estabelece cotas para candidatos da cada sexo (art. 10, § 3º).

A Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), em seu artigo 1º, declara ter sido ela editada em atendimento à Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Violência contra a Mulher e à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Trata-se de instituir ações afirmativas em favor deste grupo, “como exigem as estatísticas que demonstram a situação de verdadeira calamidade pública que assumiu a agressão contra as mulheres.”<sup>82</sup>

A Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, em seu art. 1º estabelece ser ele “destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica”. Segundo o art. 4º desta Lei, a participação da população negra, em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de: (...) II – adoção de medidas, programas e políticas de ações afirmativas; (...) VII – implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no

---

<sup>82</sup> CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. Violência Doméstica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 22/23..

tocante à educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, acesso à Justiça e outros. O parágrafo único do citado art. 4º dispõe que os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do país.

Lembre-se, ainda, a Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012<sup>83</sup>, que instituiu a cota de 50% (cincoenta por cento) das vagas em instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação e em instituições federais de ensino técnico de nível médio para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas e, dentre estes, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do IGBE.

Por último, há que se registrar a existência da Lei n. 12.990, de 9 de junho de 2014, que reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

## **6- Ações afirmativas nos Tribunais Superiores brasileiros:**

As ações afirmativas vem sendo objeto de exame pelas mais altas Cortes do país, sendo animador verificar que o acolhimento das ações afirmativas é a nota marcante desta jurisprudência, como adiante será visto.

### **6.1- Supremo Tribunal Federal:**

O Supremo Tribunal Federal julgou constitucional lei que concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência. A Associação das empresas de transporte objetava a esta concessão, que entendia ferir a ordem econômica, a isonomia, a

---

<sup>83</sup> A lei foi regulamentada pelo Decreto n. 7.894, de 11 de outubro de 2012.

livre iniciativa e o direito de propriedade. Tais objeções foram afastadas, considerando que o passe livre

“faz parte das políticas públicas para inserir os deficientes na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República, de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição dos meios para que eles sejam alcançados.”<sup>84</sup>

Em outro caso, ao decidir sobre a demarcação de terras indígenas, a Corte Superior fundou-se no entendimento de que

“os artigos 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas”<sup>85</sup>.

Julgando mandado de segurança impetrado por candidato portador de visão monocular, que pretendia o cumprimento do art. 37, inciso VIII, da Carta da República, entendeu o Supremo Tribunal Federal:

“A visão univalente – comprometedora das noções de profundidade e distância – implica limitação superior à deficiência parcial que afete os dois olhos. A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988.”<sup>86</sup>

No âmbito da educação, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional a política de ações afirmativas no ingresso no ensino superior pelo uso de critério étnico-racial<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> Tribunal Pleno, ADI 2649/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julg. 08.05.2008, m.v.

<sup>85</sup> Tribunal Pleno, Pet. 3388/RR, Relator Ministro Carlos Britto, julg. 19.03.2009, m.v.

<sup>86</sup> 1ª. Turma, RMS 26071/DF, Relator Ministro Carlos Britto, julg. 13.11.2007, v.u.

<sup>87</sup> Pleno, RE 597285, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julg. 05.05.2002, m.v.

Ainda na área da educação, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional a Lei n. 11.096/2005, que estabeleceu o Programa Universidade para todos – PROUNI. Consta do v. acórdão por último citado:

“Não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade. A imperiosa luta contra as relações desigualitárias muito raro se dá pela via do descenso ou do rebaixamento puro e simples dos sujeitos favorecidos. Geralmente se verifica é pela ascensão das pessoas até então sob a hegemonia de outras. Que para tal viagem de verticalidade são compensadas com esse ou aquele fator de supremacia formal. Não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade. O típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para contrabater renitentes desigualações. A lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social. Toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos.”

## **6.2 - Superior Tribunal de Justiça:**

O Superior Tribunal de Justiça admitiu a instituição da política de cotas em universidades:

“O ingresso na instituição de ensino como discente é regulamentado basicamente pelas normas jurídicas internas das universidades, logo a fixação de cotas para indivíduos pertencentes a grupos étnicos, sociais e raciais afastados compulsoriamente do progresso e do desenvolvimento, na forma do artigo 3º da Constituição Federal/88 e da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, faz parte, ao menos – considerando o nosso ordenamento jurídico atual – da autonomia universitária para dispor do processo seletivo vestibular. A expressão “tenham realizado o ensino fundamental e médio exclusivamente em escola pública no Brasil”, critério objetivo escolhido pela UFPR no seu edital de processo seletivo vestibular, não comporta exceção sob pena de inviabilização do sistema de cotas proposto.”<sup>88</sup>

Entendeu, ainda, ser válida lei estadual que estabelece cotas para afrodescendentes em concursos públicos, independentemente de igual previsão no

---

<sup>88</sup> 2ª. Turma, REsp 1132476/PR, Relator Ministro Humberto Martins, julg. 13.10.2009, v.u.

estatuto da entidade, não se podendo contrapor a esta medida o princípio da autonomia universitária:

“A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988. A Lei Estadual que prevê a reserva de vagas para afro-descendentes em concurso público está de acordo com a ordem constitucional vigente. As Universidades Públicas possuem autonomia suficiente para gerir seu pessoal, bem como o próprio patrimônio financeiro. O exercício dessa autonomia não pode, contudo, sobrepor-se ao quanto dispõem a Constituição e as Leis.”<sup>89</sup>.

Mencione-se, ainda, acórdão que reconheceu a existência de isenção tributária do IPI para pessoas portadoras de deficiência física, mesmo na falta de regulamento, que é secundário e complementar da legislação, “não podendo ser erigido em óbice à implementação de ação afirmativa de inclusão da minoria.”<sup>90</sup>

Ainda quanto às pessoas portadoras de deficiência e isenção de imposto na compra de automóveis para pessoa com deficiência impossibilitada de dirigir, consta do v. acórdão que dirimiu a questão:

“A ratio legis do benefício fiscal conferido aos deficientes físicos indicia que indeferir requerimento formulado com o fim de adquirir veículo para que outrem o dirija, à míngua de condições de adaptá-lo, afronta o fim colimado pelo legislador ao aprovar a norma visando facilitar a locomoção de pessoa portadora de deficiência física, possibilitando-lhe a aquisição de veículo para seu uso, independentemente do pagamento do IPI. Consectariamente, revela-se inaceitável privar a Recorrente de um benefício legal que coadjuva às suas razões finais a motivos humanitários, posto de sábia que os deficientes físicos enfrentam inúmeras dificuldades, tais como o preconceito, a discriminação, a comiseração exagerada, acesso ao mercado de trabalho, os obstáculos físicos, constatações que conduziram à consagração das denominadas ações afirmativas, como esta que se pretende empreender.”<sup>91</sup>

Conclui-se, pois, que o instituto da ação afirmativa vem sendo prestigiado tanto pela legislação, como pela jurisprudência brasileiras.

---

<sup>89</sup> 5ª. Turma, RMS 26089/PR, Relator Ministro Felix Fischer, julg. 22.04.2008, v.u.

<sup>90</sup> 2ª. Turma, REsp 1046475/ES, Relatora Ministra Eliana Calmon, julg. 12.08.2008, v.u.

<sup>91</sup> 1ª. Turma, REsp 567873/MG, Relator Ministro Luiz Fux, julg. 10.02.2004, v.u.

O princípio da igualdade, na sua nova concepção, além de embasar a política de ações afirmativas, determinou o reconhecimento dos direitos sociais, que serão objeto de exposição no Capítulo seguinte.

## **CAPÍTULO IV**

### **OS DIREITOS SOCIAIS**

#### **1 - Introdução.**

A temática dos direitos sociais vem ocupando, cada vez mais, os debates jurídicos, principalmente em razão da centralidade que o instituto ocupa no atual direito constitucional brasileiro e da importância do assunto na sociedade moderna.

Propõe-se, neste Capítulo, o exame dos principais fatores que determinaram o reconhecimento dos direitos humanos, buscando situá-los no ordenamento vigente. Após, buscar-se-á diferenciá-los dos direitos fundamentais e explorar estes conceitos.

Depois, cumpre fazer uma abordagem acerca das principais razões que determinaram o reconhecimento dos direitos sociais e a sua previsão no ordenamento constitucional brasileiro.

A tarefa tem início com o Iluminismo, passa a Revolução Industrial e chega até os nossos dias suscitando problemas variados. A questão principal diz respeito à concretização dos direitos sociais em uma sociedade como a brasileira, na qual existe um grande contingente de pessoas que vivem em estado de miséria – ou, até, abaixo deste estado. Não obstante, não é raro que estes necessitados não sejam vistos como verdadeiros cidadãos, titulares de direitos essenciais e merecedores reais da proteção do Estado.

De outra parte, não se perca de vista que o Estado tem um papel a desempenhar com relação a todos quantos se encontrem no país, quer este papel seja de proteção, quer de real prestação. E não se pode negar que estas prestações públicas não vem sendo disponibilizadas a todos na forma determinada na Constituição Federal.

As razões para tanto são de ordem política e econômica, sendo corrente o discurso da falta de estrutura do Estado para assegurar, a todos e indistintamente, o

pleno gozo dos direitos sociais, sendo importante ressaltar, também, certa hesitação de parte da doutrina e da jurisprudência ao interpretar as normas que asseguram estes direitos, o que acarreta, por vezes, a não concretização deles.

Assim, este Capítulo tem o objetivo de iniciar um passeio pela história para analisar as principais razões que determinaram o nascimento e o reconhecimento dos denominados direitos sociais e as suas atuais características.

## **2 – O Iluminismo.**

Afirma CANOTILHO<sup>92</sup> que “a antiguidade clássica não se quedou numa completa cegueira em relação à idéia de direitos fundamentais”, mencionando vários pensamentos que se aproximavam da tese da igualdade natural e da idéia de humanidade. No entanto, estes pensamentos não ultrapassaram o plano filosófico e não se converteram em categoria jurídica e, muito menos, “em medida natural da comunidade social”.

INGO WOLFGANG SARLET<sup>93</sup> anota que “os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente no pensamento greco-romano e na tradição judaico-cristã”. Anota, também, a particular relevância do pensamento de Santo Tomás de Aquino, na Idade Média:

“além da já referida concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população.”

O Iluminismo nasceu no final do Século XVII ou no início do Século XVIII e denomina a concepção filosófica, política e social caracterizada pelo entendimento

---

<sup>92</sup> J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Ob cit, pág. 381.

<sup>93</sup> Curso de Direito Constitucional. 2ª. Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pág. 264.

de que o ser humano poderia valer-se da razão para tornar o seu mundo melhor, sendo o senhor do seu destino.

A utilização da razão deveria guiar os passos do homem, que assim não mais deveria se deixar levar pelas crenças que o dominavam.

Os maiores expoentes do Iluminismo foram Bento de Espinosa, John Locke, Montesquieu, Voltaire, Denis Diderot, Jean Jacques Rousseau e Immanuel Kant.

Immanuel Kant, a quem se atribui a denominada “inversão copernicana”, colocou o homem no centro do universo. Assim, para ele, é o sujeito que determina o objeto, que só pode ser compreendido a partir da experiência humana, ou da razão.

Esta mesma razão indicaria ao homem a necessidade de libertação de antigas amarras existentes no período do Absolutismo, fazendo-o senhor da própria história. Segundo INGO WOLFGANG SARLET<sup>94</sup>, para Kant,

“todos os direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência, que cabe a todo homem em virtude de sua própria humanidade, encontrando-se limitado apenas pela liberdade coexistente dos demais homens, concepção que fez escola na tradição filosófica, política e jurídica ocidental”.

O Iluminismo forneceu as bases teóricas para as transformações políticas e sociais que redundaram no reconhecimento dos direitos humanos, que seriam inatos ao ser humano. Numa primeira concepção, estes direitos seriam justificados por serem inerentes ao ser humano. PAULO BONAVIDES<sup>95</sup> ensina, acerca desta primeira concepção:

“Montesquieu punha limites ao exercício da autoridade com a separação de poderes. Locke, com a conservação de direitos naturais, frente à organização estatal. Desses direitos, o mais típico era o direito de propriedade, que se apresenta no contratualismo lockiano por direito anterior e superior a toda criação jurídica do Homem, depois da passagem do Estado de Natureza ao Estado de Sociedade”.

---

<sup>94</sup> “Curso...”, 2013, ob. cit., pág. 266.

<sup>95</sup> “Do Estado Liberal ao Estado Social. 10ª. Ed, São Paulo: Malheiros, 2011, pág. 168.

Desta concepção original decorre a proclamação, no art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da propriedade como direito inviolável e sagrado.

“Em ambos os casos, com Locke ou Montesquieu, a idéia que persiste no fundo do debate é esse princípio invariável do liberalismo – a proteção e tutela do indivíduo, premissa essencial do sistema capitalista”<sup>96</sup>.

À época do Iluminismo, Denis Diderot organizou a famosa *Encyclopoedia* (1751-86), formada por trinta e cinco volumes. A obra continha as doutrinas fundamentais dos estudiosos iluministas, ressaltando-se a importância da razão, do progresso humano e da felicidade, sendo que “um de seus colaboradores foi Jean-Jacques, que partilhava diversas atitudes dos iluministas, embora os seus escritos também reflectissem idéias que seriam desenvolvidas no início do Século XIX”<sup>97</sup>.

Com efeito, Jean Jacques Rousseau – que passou a maior parte da sua vida na França - é reconhecido como uma das principais figuras do iluminismo francês.

Na sua principal obra - “Do Contrato Social” -, Rousseau entendia que a sociedade decorria de uma espécie de contrato entre os homens. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO<sup>98</sup> explica que a tese contratualista significava não a existência de um efetivo contrato, mas que a sociedade só podia ser corretamente entendida “se se supusesse que ela derivava de um acordo entre os homens, contrato livremente consentido entre eles, portanto, um contrato cujas cláusulas não haveriam de ser prejudiciais a nenhum dos homens”. Variava o fundamento deste contrato, sendo que em Rousseau se encontra a fonte da democracia: “Nesse sentido, somente seria legítimo, para Rousseau, o governo da vontade geral, o governo democrático”.

Com precisão, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>99</sup> afirma:

---

<sup>96</sup> BONAVIDES, Paulo. “Do Estado Liberal ao Estado Social. 10ª. Ed.. São Paulo: Malheiros, 2011, pág. 168.

<sup>97</sup> SHELMAN, J. H. “A França antes da Revolução. Lisboa: Editora Gradiva, 1985, pág. 47.

<sup>98</sup> O Poder Constituinte. São Paulo: Saraiva, 3ª. Ed, 1999, pág. 7/8.

<sup>99</sup> Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2ª. Ed., 11ª. Tiragem. São Paulo, Malheiros, 2012, pág. 11.

O pensamento de Jean Jacques Rousseau, que em sua última e derradeira instância se apóia na idéia da igualdade, sustenta a soberania popular. Sendo todos os homens iguais, todo o poder a eles pertenceria. O Estado receberia parcelas de poder deferidas pelos vários indivíduos. De sorte que a origem, a justificação do poder, não mais residiria em algum direito divino, ou na simples positividade derivada da força, mas, pelo contrário, seria uma resultante direta da vontade consonante dos vários indivíduos que compõem o todo social. É a ideia da soberania popular, é a idéia de democracia.”

O pensamento iluminista constituiu fator importantíssimo para a eclosão da Revolução Francesa, como será visto a seguir.

### **3 - A Revolução Francesa.**

Embora não tenha sido o único fator, as idéias gestadas no Iluminismo influenciaram o ambiente francês para a eclosão da Revolução. Segundo o historiador J. H. SHENNAN, na França antes da Revolução,

“A coroa era o fulcro central do sistema, constituindo a única fonte de autoridade política do estado. Os reis franceses eram absolutistas, o que significa que não havia limites para o exercício do seu poder por parte de outros indivíduos, grupos ou instituições do reino”<sup>100</sup>.

Ensina o mesmo historiador que, tradicionalmente, o rei, como fonte de justiça para o seu reino, garantia os direitos e privilégios separados de diversos grupos em corporação. Porque esses grupos possuíam direitos diferentes, tratava-se de uma sociedade essencialmente em desigualdade<sup>101</sup>, sendo dividida em estados, ou ordens.

O clero constituía o primeiro estado, detentor de inúmeros privilégios, possuindo, à época, algo como um décimo das terras do reino”<sup>102</sup>.

A nobreza francesa constituía o segundo estado:

---

<sup>100</sup> “A França...”, Ob. Cit, pág. 8.

<sup>101</sup> “A França...” Ob. Cit, pág. 10.

<sup>102</sup> SHELMAAN, J. H. “A França...”, ob. Cit, pág. 13.

“Em troca dos seus serviços à coroa, originalmente do tipo militar, mas posteriormente alargados por forma a incluírem uma série de responsabilidades administrativas, o rei concedia à nobreza vastos direitos e privilégios que garantiam a sua proeminência social, econômica e política.”<sup>103</sup>

O Terceiro Estado era constituído pela vasta maioria do povo francês.

Embora o Terceiro Estado abrangesse todas as classes de pessoas, os grupos mais importantes eram os camponeses e a burguesia. Quanto aos primeiros, os camponeses, estavam sujeitos a inúmeros impostos e essas obrigações permanentes deixavam-lhe pouco dinheiro para melhoramentos<sup>104</sup>. Quanto à burguesia, no século XVIII o termo aplicava-se a diversas pessoas:

“Essencialmente, no entanto, referia-se aos membros do terceiro estado que residiam nas cidades e viviam, não do trabalho físico duro, mas de uma capacidade mental ou artística, ou, no caso de serem suficientemente ricos, de investimentos em terras e acções governamentais”<sup>105</sup>.

O mesmo historiador aponta, quanto ao Terceiro Estado, que diferentemente das outras duas ordens, este ainda não tinha uma identidade definida, “e os burgueses eram simplesmente os seus representantes mais bem sucedidos, que tinham descoberto uma maneira de adquirir posição e fortuna para além das expectativas normais”<sup>106</sup>.

Impossível analisar a Revolução Francesa sem a menção ao abade francês Emmanuel Joseph Sieyès, que escreveu o livro “O que é o Terceiro Estado?”. Ainda que a sua intenção não fosse, à época, o lançamento de bases teóricas para a ascensão da burguesia, o certo é que esta obra foi utilizada, pelo Terceiro Estado, como base para a Revolução.

Em resumo, Sieyès afirmava que o Terceiro Estado não era nada, mas que deveria ser tudo, na medida em que ele abrangia todas as classes produtivas na

---

<sup>103</sup> “A França...”, ob. Cit., pág. 14.

<sup>104</sup> SHELMMANN, J. H. “A França...”, ob. Cit, pág.18/19.

<sup>105</sup> “A França...”, ob. Cit, pág. 19.

<sup>106</sup> “A França...”, ob. Cit, pág. 19.

França. Os demais Estados – clero e nobreza – detentores de inúmeros privilégios, poderiam ser suprimidos sem em nada diminuir a nação.

O seu livro, cujo título é uma pergunta, é dividido em três outras perguntas, quais sejam: O que é o Terceiro Estado? O que o Terceiro Estado tem sido até agora? O que pede o Terceiro Estado? A estas questões, Syeyès respondia: O Terceiro Estado é tudo; o Terceiro Estado não vem sendo nada e, finalmente, o Terceiro Estado pede ser alguma coisa.

A grande insatisfação do Terceiro Estado, aliada aos ideais do Iluminismo, redundaram na eclosão da Revolução Francesa em 14 de julho de 1789, e na proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, marco histórico (ainda que não o único) do reconhecimento dos Direitos Humanos.

Instituído um Estado Liberal, marcado pela idéia da liberdade e da igualdade, concebidas estas como escudos contra investidas do Poder Público, não tardou para que a sociedade percebesse que o Estado não era o único opressor. Existiam outros, o que acabou determinando novas lutas, como será exposto a seguir.

#### **4 - Do Estado Liberal ao Estado Social**

Quanto ao Estado liberal e às idéias que o consagraram, ensina PAULO BONAVIDES<sup>107</sup> que, “com Locke ou Montesquieu, a idéia que persiste no fundo do debate é esse princípio invariável do liberalismo – a proteção e tutela do indivíduo, premissa essencial do sistema capitalista”.

O sistema econômico vigente na Europa, até então era baseado em modos de produção ligados à terra, que o capitalismo mercantil foi, aos poucos, deixando para trás, disto acarretando a formação de cidades constituídas pelos trabalhadores que, outrora, conseguiam o seu sustento no campo.

Estas cidades experimentaram constante crescimento, com o ajuntamento de pessoas não mais ligadas à terra e que para lá acorriam em busca de trabalho que lhes propiciasse condições mínimas de vida.

---

<sup>107</sup> “Do Estado...”, ob. Cit, pág. 168.

E então, veio a Revolução Industrial, que foi um conjunto de alterações ocorridas na Europa nos Séculos XVIII e XIX, com início na Inglaterra, decorrente das inovações tecnológicas, especialmente no setor da indústria têxtil e na invenção da máquina a vapor. Estas inovações acarretaram, dentre outras alterações, a substituição do trabalho artesanal pela utilização de máquinas e pela produção em escala, o que demandava o trabalho assalariado.

A Revolução Industrial alterou a estrutura econômica e social da Europa. Grandes massas dos habitantes das cidades passaram a viver na pobreza extrema.

A mecanização do sistema de produção e o objetivo de lucro dos empresários, com menores custos e produção acelerada, determinaram a exploração do trabalho operário e a existência de péssimas condições de trabalho e de vida, com enormes desigualdades sociais.

A Revolução Industrial alterou inúmeros aspectos da vida da época, especialmente nos âmbitos econômico e social. Com o êxodo rural e a formação de excesso de mão-de-obra disponível e barata, instalaram-se empregos com péssimas condições de trabalho e remuneração ínfima, o crescimento desordenado das cidades e o aumento do número de desempregados.

O liberalismo não mais dava conta de proporcionar, à maior parte da população, condições adequadas de vida. Liberdade e igualdade não se concretizaram para a grande maioria da população, sujeita a péssimas condições de trabalho, baixos salários e carências de toda ordem.

Neste panorama, em várias regiões da Europa surgiram reivindicações dos operários, algumas violentas, por melhores condições de vida e trabalho: “O velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pode resolver o problema essencial da ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise.”<sup>108</sup>

A este respeito, segundo CANOTILHO<sup>109</sup>:

“Se o capitalismo mercantil e luta pela emancipação da sociedade burguesa são inseparáveis da conscientização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta das classes trabalhadoras e as teorias

---

<sup>108</sup> BONAVIDES, Paulo. Do Estado...”, ob. Cit., pág. 188.

<sup>109</sup> “Direito Constitucional..”, Ob. Cit., pág. 385/386.

socialistas (sobretudo Marx, em A Questão Judaica) põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem egoísta e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do “homem total”, o que só seria possível numa nova sociedade. Independentemente da adesão aos postulados marxistas, a radicação da idéia da necessidade de garantir o homem no plano econômico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do patrimônio da humanidade. As declarações universais dos direitos tentam hoje uma ‘coexistência integrada’ dos direitos liberais e dos direitos sociais, econômicos e culturais, embora o modo como os estados, na prática, asseguram essa imbricação, seja profundamente desigual.”

Das condições referidas decorreu a passagem do Estado Liberal ao Estado Social, com alteração da concepção do papel que este deveria desempenhar. Não mais se entendia que o Estado deveria, apenas, abster-se de entrar na esfera individual da pessoa humana, mas, também, prestar os serviços necessários para que todos pudessem desenvolver-se nos planos material e imaterial.

Os conceitos de liberdade e de igualdade sofreram sensível alteração: da sua concepção absoluta passou-se à idéia de que elas seriam simples instrumentos para a realização do indivíduo enquanto ser humano.

A igualdade deixou de ser concebida sob o ângulo formal, para ser entendida como material. Daí decorreu a possibilidade de diferenciação de situações desiguais para atribuir, a cada uma delas, regime jurídico diverso, de sorte a obter, no plano dos fatos, efetiva igualdade.

LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>110</sup>, a este respeito, afirma:

“ao longo do século XIX, o liberalismo e o constitucionalismo se difundem e se consolidam na Europa. Já no século XX, no entanto, sobretudo a partir da Primeira Guerra, o Estado ocidental torna-se progressivamente intervencionista, sendo rebatizado de Estado Social. Dele já não se espera apenas que se abstenha de interferir na esfera individual e privada das pessoas. Ao contrário, ao menos idealmente, torna-se instrumento da sociedade para combater a injustiça social, conter o poder abusivo do capital e prestar serviços públicos à população.”

---

<sup>110</sup> Curso de Direito Constitucional – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 66.

A liberdade não mais significa a atuação do indivíduo com o afastamento da ingerência do Estado. Ela, a liberdade, também tem limites, ditados pelas necessidades sociais com vistas à realização de justiça. Afirma JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>111</sup> que o individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste, especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social.

Por outro lado, RAUL MACHADO HORTA<sup>112</sup> leciona que, embora não se negasse a importância dos direitos individuais, a crítica ao Estado Liberal

“concentrava-se no seu individualismo político e reclamava a complementação desses direitos, para que, atualizados em função de novas realidades, pudessem eles oferecer ao homem proteção concreta que a norma abstrata e semântica da Constituição nem sempre proporciona.”

HORTA menciona a doutrina solidarista, defendida por Léon Duguit, apontando que ela deveria abranger a mutação que deveria operar na atividade do Estado e do poder. A doutrina individualista, dizia Duguit, mostrava coisas que o Estado não poderia fazer. Cumpria, agora, indicar não só o que o Estado não poderia fazer, mas, também, as coisas que o Estado é obrigado a fazer, pois há obrigações positivas que se impõem ao Estado. Há coisas que ele é obrigado a prestar. O reconhecimento do direito subjetivo do indivíduo se completava no dever objetivo do Estado<sup>113</sup>. Conclui a respeito da lição de Duguit:

“A liberdade-autonomia, a liberdade-resistência, núcleo indevassável da pessoa humana e oponível ao poder, que a ameaçava e cumpria ser limitado, se completava pela liberdade-participação, que converteria o Estado em instrumento ativo da prestação de obrigações objetivas.”<sup>114</sup>

---

<sup>111</sup> “Curso...”, Ob, cit., pág. 115.

<sup>112</sup> Curso de Direito Constitucional. 5ª. Ed, Minas Gerais: Del Rey Editora, pág. 187.

<sup>113</sup> “Curso...”, ob. cit, pág. 187.

<sup>114</sup> “Curso...”, ob. cit, pág. 187.

Em feliz síntese, PAULO BONAVIDES<sup>115</sup> afirma que o Estado social é enfim Estado produtor de igualdade fática: “uma constante, a nosso ver, explica o aparecimento do Estado Social: a intervenção ideológica do socialismo”, empregue a palavra socialismo, segundo explicado pelo Autor, no seu sentido mais genérico e histórico<sup>116</sup>. Ainda segundo ele<sup>117</sup>, do confronto entre o Estado de Direito da burguesia liberal e o novo Estado de Direito Social, constata-se que, naquele, o Estado ameaçava os valores dominantes (vida liberdade e propriedade).

“Hoje esses valores dominantes são outros; a ameaça que sobre eles pesa já não procede do Estado, mas da Sociedade e de suas estruturas injustas. O Estado aparece doravante como o aliado, o protetor dos novos valores, ao passo que a Sociedade figura como o reino da injustiça, o estuário das desigualdades.”

Acrescenta este estudioso: “O Estado Social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal”<sup>118</sup>, passando a ser o Estado de todas as classes, “o Estado fator de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e o pacificador necessário entre trabalho e capital”, nascendo aí a noção contemporânea de Estado Social<sup>119</sup>.

Por fim, afirma<sup>120</sup> que o Estado social é, de natureza, dialético. Amolda-se às transformações ditadas por um processo histórico cuja inteligência se faz indeclinável para que se possa bem perceber quanto o passado ajuda a compreender o presente. Desta forma, o nascimento dos direitos sociais não se deveu

“à generosidade dos corações burgueses, à súbita conversão moral dos antigos algozes da classe operária, senão, em verdade, aos imperativos da sociedade burguesa, precisamente pelo fato de a teoria marxista haver dado ao trabalhador as armas de que ele necessitava e das quais soube fazer copioso e imediato uso.”<sup>121</sup>

---

<sup>115</sup> Curso de Direito Constitucional. 28ª. Ed, São Paulo: Malheiros, 2013, pág. 390

<sup>116</sup> “Do Estado...”, ob. cit., pág. 183

<sup>117</sup> Curso de Direito Constitucional. 26ª. Ed, São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>118</sup> “Do Estado...”, Ob. Cit., pág. 184

<sup>119</sup> “Do Estado...”, Ob. Cit., pág. 185

<sup>120</sup> “Do Estado...”, Ob. Cit., pág. 206

<sup>121</sup> “Do Estado...”, Ob. Cit., pág. 177.

Assim, interpretando a Revolução Francesa, depois de dois séculos de História, dentro dos quais foram registradas grandes mudanças sociais, PAULO BONAVIDES diz que o nosso Estado social se insere com a extrema importância que os eventos deste fim de milênio lhe emprestaram: enquanto ponto de chegada, ele é o estuário da concretização dos três princípios fundamentais que regem toda a evolução dos direitos humanos desde a Grande Revolução filosófica, política e social gerada pelas luzes do racionalismo do século XVIII, resultando, a final, “mediante a via pacífica do consenso democrático, o Estado Social da nova concepção da liberdade”<sup>122</sup>

Não obstante, segundo LUÍS ROBERTO BARROSO, a partir do início da década de 1980, em diversos países ocidentais, o discurso passou a ser o da volta ao modelo liberal, o Estado mínimo, o neoliberalismo:

“Dentre seus dogmas, que com maior ou menor intensidade correram mundo, estão a desestatização e desregulamentação da economia, a redução das proteções sociais ao trabalho, a abertura de mercado e a inserção internacional dos países, sobretudo através do comércio.”<sup>123</sup>

Em tal cenário, urge que a sociedade e os juristas não se esqueçam das origens dos direitos fundamentais, bem assim dos direitos sociais, e desenvolvam estrutura teórica que possibilite a sua real concretização, afastando, destarte, os discursos dos capitalistas, tão prolixos quanto destituídos de significado social.

É verdade que, na atual ordem constitucional, não é possível acolher o discurso do capital como atualmente ele se apresenta. Não menos verdade, contudo, é que novas forças podem defender a alteração da Constituição Federal neste tema.

Urge, portanto, com base na melhor doutrina, estabelecer as bases teóricas dos direitos fundamentais e, para tanto, é importante apontar eventuais diferenças entre os direitos humanos e os direitos fundamentais.

---

<sup>122</sup> “Do Estado...”, pág. 207.

<sup>123</sup> “Direito Constitucional..”, Ob. Cit., pág. 67.

## 5– Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.

J. J. GOMES CANOTILHO<sup>124</sup> distingue as expressões direitos do homem e direitos fundamentais:

“direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intertemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.”

Segundo VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR<sup>125</sup>, a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais não está no objeto de cada um, nem mesmo na sua finalidade. Os conceitos se distanciam quando enfocados a partir da função que devem cumprir no sistema:

“Os direitos fundamentais, hospedados na ordem interna, asseguram direitos e concorrem para a consagração de um modelo de Estado. Em outras palavras, cumprem função normativa em cada Estado, prescrevendo direitos sindicáveis, inclusive por via judicial. Os direitos humanos, por sua vez, recuperam a idéia de direitos naturais do ser humano, recebendo assento, de regra, nas declarações e convenções internacionais, forjando a idéia de que a lesão a um direito fundamental do ser humano não é questão que deve ficar adstrita à ordem interna de um país, mas tem importância transnacional”.

Assim, a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais está na função que exercem no sistema e não propriamente no documento nos quais foram inseridos. O conteúdo e a finalidade são iguais, de preservação da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>124</sup> Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Ob. Cit. pág. 393..

<sup>125</sup> “A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais, ob. Cit., pág. 23/24.

CATARINA SAMPAIO VENTURA<sup>126</sup>, com apoio em JORGE MIRANDA, também reserva a expressão *direitos humanos* para designar os direitos plasmados em normas de direito internacional, que compõem aquele *mínimo ético universal*, e a de *direitos fundamentais* para os direitos jurídico-constitucionalmente consagrados: “Nessa medida, a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais – ou, reiteremo-lo, entre proteção internacional e proteção constitucional dos direitos do ser humano – poderá ser uma diferença de grau, mas não de *natureza*”.

Citando Robert Alexy, CARLOS BERNAL PULIDO<sup>127</sup> afirma:

“Todos os direitos fundamentais – tanto os direitos sociais, como os direitos de defesa da tradição liberal, os direitos democráticos, o direito à igualdade e os direitos de organização e procedimento – são uma institucionalização dos direitos humanos no plano institucional”.

INGO WOLFGANG SARLET<sup>128</sup> registra que alguns doutrinadores sustentam a equivalência entre as noções de direitos humanos e direitos fundamentais, mas entende que entre elas há diferença:

“(…) o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e em todos os lugares, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional) e universal.”

Acrescenta que estas noções não são reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim de dimensões cada vez mais relacionadas entre si, “o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de posituação, cujas consequências práticas não podem ser desconsideradas.”<sup>129</sup>

---

<sup>126</sup> Direitos Humanos e Ombudsman – Paradigma para uma Instituição Secular. Lisboa: Provedoria de Justiça, pág. 27

<sup>127</sup> O direitos dos direitos – Escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. 2013. São Paulo: Marcial Pons, pág. 273.

<sup>128</sup> “Curso...”, ob. cit., pág. 261.

<sup>129</sup> “Curso...”, ob. Cit., pág. 263.

CARLOS WEIS<sup>130</sup> concorda com esta distinção, com apoio nas lições de Oscar Vilhena Vieira e de Fábio Konder Comparato, acrescentando que diversos autores – e mesmo a Constituição Federal de 1988 – empregam “direitos fundamentais” em lugar de “direitos humanos”, sendo certo que ambas as denominações, embora referentes a um conjunto de direitos com conteúdos semelhantes, designam universos distintos.

Na realidade, a Constituição Federal emprega as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. No entanto, quando utiliza a primeira, reporta-se aos direitos estabelecidos na ordem internacional<sup>131</sup>, o que reforça a distinção elaborada pela doutrina.

## **6 - As funções dos direitos humanos.**

Os direitos humanos cumprem, segundo VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR<sup>132</sup>, duas funções essenciais: (a) a função normogênica, “na medida em que servirão de fundamento para a consagração de direitos fundamentais nas respectivas ordens internas” e (b) a função translativa, “na medida em que, verificada a insuficiência de um Estado no reconhecimento e na proteção dos direitos essenciais ao ser humano, a questão se desloca da ordem interna para o cenário internacional”<sup>133</sup>.

CARLOS WEISS completa que é geralmente reconhecida a função estruturante que os direitos humanos tem para firmar os limites das demais relações jurídicas estabelecidas entre o indivíduo e o Estado, entre os grupos de indivíduos ou, mais recentemente, em relação a todo o gênero humano.<sup>134</sup>

Não se pode negar a função estruturante dos direitos humanos, não obstante venha a calhar a observação de que ela não é necessária para a consagração, nas ordens nacionais, de direitos fundamentais com conteúdo próprio e diverso daqueles já consagrados ou, ainda, de direitos fundamentais definidos de forma mais ampla.

<sup>130</sup> Direitos Humanos Contemporâneos. 2012. São Paulo: Malheiros. 2ª. Ed, 3ª. Tiragem, pág. 24.

<sup>131</sup> Assim acontece no art. 5º, § 4º e no art. 109, § 5º, que fazem expressa menção aos direitos humanos como objeto de tratados internacionais.

<sup>132</sup> “A Cidadania Social...”, ob. cit, pág. 25.

<sup>133</sup> “A Cidadania Social...”, ob. cit, pág. 24.

<sup>134</sup> “Direitos Humanos Contemporâneos”, ob. cit, pág. 25.

## 6.1 - O Brasil e os tratados de direitos humanos.

O Brasil é signatário de vários tratados e convenções sobre de direitos humanos.

Estes documentos, quando forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004. Neste aspecto, a nova disposição seguiu tendência mundial, adotada em Constituições de vários países.

Antes da citada Emenda Constitucional existiam duas posições acerca das normas sobre direitos humanos em tratados internacionais.

Uma posição atribuía hierarquia constitucional às normas insertas em tratados acerca de direitos humanos<sup>135</sup>.

Outra posição equiparava tais normas às leis federais, sendo este, à época, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, com apoio no art. 102, III, “b” da Carta da República. Anote-se que, atualmente, esta Corte passou a entender que, embora as normas de tratados sobre direitos humanos não tivessem hierarquia constitucional, situavam-se acima da legislação interna, vale dizer, tinham estatura supralegal<sup>136</sup>.

Com a Emenda Constitucional 45 e a inclusão do § 3º ao art. 5º da Carta da República, os tratados internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes a emendas constitucionais, ou seja, terão posição constitucional. Anote-se que este processo legislativo é o mesmo previsto

---

<sup>135</sup> Este entendimento é defendido, dentre outros, por VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR (“A Cidadania...”, Ob. Cit., pág. 26)

<sup>136</sup> Tribunal Pleno, RE 349703/RS, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, julg. 03.12.2008, m.v.; 2ª. Turma, HC 95967/MS, Ministra Ellen Gracie, julg. 11.11.2008, v.u; Segunda Turma, HC 94702/GO, Relatora Ministra Ellen Gracie, julg. 07.10.2008, v.u; 2ª. Turma, HC 88240/HC, Relatora Ministra Ellen Gracie, julg. 07.10.2008, v.u; Tribunal Pleno, HC 97256/RS, Relator Ministro Ayres Britto, julg. 01..09.2010, m.v; 2ª. Turma, HC 96772/SP, Relator Ministro Celso de Mello, julg. 08.06.2009, v.u. Neste último julgado, o Ministro Celso de Mello ressaltou o seu entendimento no sentido da hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos humanos.

para a aprovação de emenda constitucional (art. 60, § 2º). No entanto, VIDAL SERRANO NUNES JUNIOR<sup>137</sup> alerta que “a inteligência do novo dispositivo constitucional não exclui a possibilidade de o Congresso Nacional aprovar um tratado internacional de direitos humanos pelo processo legislativo regular do Decreto Legislativo (maioria simples)”<sup>138</sup>.

## **6.2 - O Brasil e o Tribunal Penal Internacional.**

Ressaltando a importância dada pela Constituição Federal aos direitos humanos, digno de nota é o art. 4º, II, da Constituição Federal, com o seguinte teor: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais, pelos seguintes princípios: (...) IV – prevalência dos direitos humanos”.

Na linha desta declaração constitucional, o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão (art. 5º, § 4º, da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004).

O Tribunal Penal Internacional foi criado pelo Estatuto de Roma, em 17 de julho de 1998 e assinado pelo Brasil em 7 de fevereiro de 2000.

O Congresso Nacional, por intermédio do Decreto Legislativo n. 112, de 6 de junho de 2002, aprovou o texto do Estatuto de Roma, seguindo o Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002 que promulgou o mesmo Estatuto.

O Tribunal tem caráter permanente e competência para julgamento de crimes reputados mais graves e que afetem a comunidade internacional no seu conjunto (art. 5º, 1): os de genocídio, os crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão.

A criação do Tribunal Penal Internacional constituiu inegável avanço para a proteção dos direitos humanos em face de seu caráter permanente, que não existia em anteriores tribunais internacionais.

---

<sup>137</sup> “A Cidadania...”, Ob. Cit., pág.30.

<sup>138</sup> O Supremo Tribunal Federal, pela 2ª. Turma, (AI 601832 AgR/SP, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, julg. 17.03.2009, v.u) deixou consignado que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos tem hierarquia constitucional desde que aprovados na forma prevista no § 3º do art. 5º, da Constituição Federal.

ELIZABETH GORAIEB<sup>139</sup> lembra que por intermédio da Declaração de Londres, de 8 de agosto de 1945, os vencedores da II Guerra Mundial criaram o Tribunal Militar de Nuremberg (que levou os líderes nazistas a julgamento pelas atrocidades cometidas durante o conflito). Este Tribunal recebeu muitas críticas, dentre as quais a de violar o princípio da legalidade ou da reserva legal e da irretroatividade da lei penal e ter sido um Tribunal de exceção<sup>140</sup>.

A atuação do Tribunal Penal Internacional, criado com o caráter de permanência, afasta estas críticas e faz do direito penal internacional um ramo atento aos direitos fundamentais de vencedores e vencidos, ou de criminosos e vítimas.

À parte a importância deste Tribunal na história da humanidade, a referência aqui feita serve para ressaltar a importância dada pela Constituição Federal aos direitos humanos.

### **6.3 - A denominada federalização dos direitos humanos.**

A Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004 (a denominada Reforma do Judiciário), introduziu o § 5º ao artigo 109, da Constituição Federal:

Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou do processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Este dispositivo suscita dúvida a respeito de sua constitucionalidade, por ferir o pacto federativo, cláusula pétrea (art. 60, § 4º, da Constituição Federal).

Com efeito, por emenda constitucional, criou-se hipótese de subtração de competência da Justiça Estadual e a entrega dela à Justiça Federal. No entanto, não se pode concluir pela inconstitucionalidade à vista do caráter excepcionalíssimo da

---

<sup>139</sup> Tribunal Penal Internacional: trajetórias legais em busca de justiça. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012, pág. 54.

<sup>140</sup> "Tribunal Penal Internacional...", ob.cit, pág. 77/78.

disposição. Ademais, os direitos fundamentais também constituem cláusula pétrea e o mecanismo introduzido na ordem constitucional brasileira tem o objetivo de protegê-los contra a omissão ou ineficiência das Justiças dos Estados.

Segundo LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO E VIDAL SERRANO NUNES JUNIOR<sup>141</sup>, invocando o princípio federativo, a norma nasceu para aplicação excepcional, onde clara e indiscutível a incúria dos órgãos estaduais. Ainda segundo os mesmos Autores:

O dispositivo alude a grave violação dos direitos humanos, que, nesse ponto, devem ser interpretados ampliativamente, ou seja, por todo e qualquer direito previsto nos tratados e convenções internacionais que tratam do tema, incluídas as questões atinentes aos direitos econômicos e sociais, à infância e juventude e ao meio ambiente”

O Superior Tribunal de Justiça orienta-se neste sentido.

No caso do homicídio da missionária norte-americana Dorothy Stang, entendeu-se que tais requisitos estavam ausentes, não estando presente o risco de descumprimento de tratado internacional firmado pelo Brasil:

“O deslocamento de competência – em que a existência de crime praticado com grave violação aos direitos humanos é pressuposto de admissibilidade do pedido – deve atender ao princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), compreendido na demonstração concreta de risco no descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, resultante da inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais do Estado, por suas instituições, em promover à devida persecução penal.” (STJ, IDC 1/PA, 3ª. Seção, Relator Ministro Arnaldo Esteves de Lima, jul. 08.06.2005, v.u)

Em outro julgado, foi deferido o deslocamento de competência, em caso de homicídio de Vereador, notório defensor dos direitos humanos, tendo o v. acórdão apontado o risco de responsabilização internacional pelo descumprimento de obrigações derivadas de tratados internacionais, o fato de a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já ter formulado expressa recomendação ao Brasil para a proteção de pessoas ameaçadas pelo grupo de extermínio que teria

---

<sup>141</sup> “Curso de Direito Constitucional”, Ob. Cit, pág. 162.

sido responsável pelo crime, medidas estas não tomadas ou, se tomadas, não efetivas: “É notória a incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas, reconhecida a limitação e precariedade dos meios por elas próprias” (STJ, IDC 2/DF, 3ª. Seção, Relatora Ministra Laurita Vaz, julg. 27.10.2010, m.v)

## **7- Direitos Fundamentais.**

Os direitos fundamentais tem sido entendidos pela doutrina como uma categoria própria, cujo estudo em apartado melhor elucida as características deste tipo de direito. Atente-se para a lição de CELSO RIBEIRO BASTOS<sup>142</sup>:

“Os direitos fundamentais constituem, em nosso entender, uma categoria de direitos que deve ser tratada autonomamente, eis que ela oferece características e particularidades que a diferenciam dos demais direitos, pois prescindem de qualquer fato aquisitivo. É dizer, pelo simples fato de existir o homem já se torna titular desses direitos.”

Quanto ao adjetivo *fundamentais*, ensina VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR<sup>143</sup> que a adjetivação examinada tem a clara pretensão de expor a inerência de tais direitos à condição humana, ou seja, de alçá-los à condição de direitos elementares, que remetem à condição do ser humano, estando consubstanciados em princípios e regras.

Nos dizeres de PAULO BONAVIDES, para quem os direitos fundamentais são o oxigênio das Constituições democráticas<sup>144</sup>, relativamente à teoria liberal dos direitos fundamentais, que foi desenvolvida nos valores que legitimaram o Estado Liberal desde fins do Século XVIII até parte do século XX:

“Do ponto de vista conceitual, a teoria se acha erguida sobre axiomas, alguns dos quais, pelo seu teor de racionalidade, permanecem atraentes na estrutura e no substrato dos direitos fundamentais de nosso tempo. Um dos traços característicos dessa concepção consiste em colocar o

---

<sup>142</sup> Curso de Direito Constitucional. 2002. São Paulo: Celso Bastos Editora, pág. 277.

<sup>143</sup> “A Cidadania Social..”, ob. cit, pág. 14

<sup>144</sup> “Curso...” ob. cit, pág. 387.

centro de gravidade dos direitos fundamentais na pessoa de seu titular, o indivíduo, ao redor do qual giram a sociedade e o Estado.”

E, realmente, os direitos fundamentais constituem espécie própria de direitos, inicialmente concebidos como forma de defesa do indivíduo contra o Estado e, depois, como forma de defesa do indivíduo contra toda a força que, proveniente ou não do Estado, conspire para retirar do ser humano a sua dignidade. LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>145</sup> observa:

“O Estado ainda é a grande instituição do mundo moderno. Mesmo quando se fala em centralidade dos direitos fundamentais, o que está em questão são os deveres de abstenção ou de atuação promocional do Poder Público. Superados os preconceitos liberais, a doutrina publicista reconhece o papel indispensável do Estado na entrega de prestações positivas e na proteção diante da atuação abusiva dos particulares.”

Os direitos fundamentais tem funções e características específicas, o que permite tratá-los como categoria à parte.

## **8 – As funções dos direitos fundamentais.**

As funções dos direitos fundamentais são indicadas por CANOTILHO<sup>146</sup>:

“a primeira função dos direitos fundamentais – sobretudo dos direitos, liberdades e garantias – é a defesa da pessoa humana e da dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coactivos). Esta função de defesa é exercida sob dupla perspectiva: a negativa para os Poderes Públicos, proibindo ingerências na esfera individual dos sujeitos e a positiva, conferindo a eles o direito de exigir as omissões”.

Além disto, segundo o Professor português<sup>147</sup> os direitos fundamentais cumprem função de prestação social, de proteção perante terceiros e de não discriminação.

---

<sup>145</sup> “Curso...”, ob. Cit, pág. 70.

<sup>146</sup> “Direito Constitucional...”, ob. cit, pág. 407.

A função de prestação social significa o direito do particular de obter algo do Estado. Acrescenta o Constitucionalista ser claro que se o particular tiver meios financeiros suficientes e houver resposta satisfatória do mercado à procura destes bens sociais, ele pode obter a satisfação das suas pretensões prestacionais através do comércio privado. Anote-se, contudo, que nem sempre estas prestações estarão no mercado para serem adquiridos; neste caso, indubitavelmente cabe unicamente ao Estado o papel prestacional. É o que acontece, por exemplo, com o direito à segurança, em razão da exclusividade do Estado no poder de organizar as polícias.

A função de proteção perante terceiros significa que “a garantia constitucional de um direito resulta o dever do Estado adotar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante atividades perturbadoras ou lesivas do mesmo praticadas por terceiros”<sup>148</sup>.

Finalmente, a função de não discriminação significa que o Estado deve tratar igualmente a todos, como pessoas fundamentalmente iguais. Esta função abrange todos os direitos, inclusive o direito a prestações.

Registre-se que na função de não discriminação radica a possibilidade de adoção de ações afirmativas, ou seja, a adoção de medidas que visem compensar desigualdades de grupos ou de minorias, decorrentes de fatores históricos, culturais, sociais ou econômicos<sup>149</sup>.

## **9 – Características dos Direitos Fundamentais.**

Os direitos fundamentais, como já afirmado, constituem categoria própria, sendo claro que esta conclusão está alicerçada no fato de que eles tem características próprias, que os distinguem de outras espécies de direitos.

Cumpra, então, abordar estas características, registrando que para VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR<sup>150</sup>, elas são as seguintes: historicidade, universalidade,

---

<sup>147</sup> “Direito Constitucional...”, ob. Cit, pág. 408/410.

<sup>148</sup> “Direito Constitucional...”, ob. cit, pág. 409.

<sup>149</sup> As ações afirmativas foram objeto de tratamento no Capítulo II.

<sup>150</sup> “A Cidadania Social...”, ob. cit. Pág. 35/42.

autogeneratividade, irrenunciabilidade, limitabilidade e possibilidade de concorrência.

JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>151</sup> aponta, como características dos direitos fundamentais, a historicidade, a irrenunciabilidade, a inalienabilidade e a imprescritibilidade.

Vejamos, separadamente, cada uma destas características.

### 9.1- Historicidade

A historicidade significa que os direitos fundamentais são produto do tempo em que foram concebidos. Variando o contexto histórico, evidentemente variam os direitos fundamentais, ou os seus contornos.

NORBERTO BOBBIO<sup>152</sup> afirma que “os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem.” Defende que, “enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e ampliação”.<sup>153</sup>

Assim, os direitos fundamentais “são históricos como qualquer direito. Nasceram, modificam-se e desaparecem”. Em síntese, variam ao sabor da história e das condições políticas existentes em dada sociedade, podendo sofrer redução, ampliação ou extinção. Logo, “a historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas”<sup>154</sup>.

Leciona VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR que “os direitos fundamentais possuem caráter histórico, ou seja, não frutificam de um arroubo legislativo ou de uma ideação teórica ocasional, mas constituem produto da história.”<sup>155</sup>

Cada sociedade, em cada momento histórico, tem necessidades específicas, com jogos de forças próprios daquele momento no qual nascem lutas para a implementação ou a ampliação do rol dos direitos fundamentais:

---

<sup>151</sup> Curso de Direito Constitucional Positivo. Ob cit, pág. 181.

<sup>152</sup> A Era dos Direitos. 13ª. Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pág. 31.

<sup>153</sup> “A Era dos Direitos”, ob. cit, pág. 32.

<sup>154</sup> SILVA, José Afonso. “Direito Constitucional..”, ob.Cit, pág. 181.

<sup>155</sup> “A Cidadania...”, ob. Cit, pág. 35

“A ampliação de seu catálogo é caudatária, igualmente, dos níveis de conscientização crescentes e concomitantes à evolução das relações sociais. Em suma, são patamares de alforria que, em processo dialético, a sociedade vem incorporando, donde a irrenunciável conclusão do caráter histórico desses direitos.”<sup>156</sup>

É por isso que NORBERTO BOBBIO, referindo-se à Declaração dos Direitos do Homem, afirma:

“Os direitos elencados na Declaração não são os únicos e possíveis direitos do homem: são os direitos do homem histórico, tal como este se configurava na mente dos redatores da Declaração após a tragédia da Segunda Guerra Mundial, numa época que tivera início com a Revolução Francesa e desembocara na Revolução Soviética.”<sup>157</sup>

E, com efeito, assiste-se, no evoluir da história, a necessidade de consagração de novos direitos que tenham o objetivo de proteger o homem de novas ameaças ou de novas agressões. Veja-se, por exemplo, o evoluir do direito urbanístico, destinado a proteger o ser humano nas cidades, mantendo a sua qualidade de vida, ou o direito ao meio ambiente, que busca preservar o planeta para as futuras gerações. Estes direitos – ao lado de outros – ganharam expressão e importância em fase recente da história, assim como as gerações futuras certamente farão com que novos direitos ganhem expressão e necessidade de proteção.

## **9.2-Universalidade.**

Os direitos fundamentais tem por característica a universalidade, vale dizer, a inerência deles ao ser humano apenas pela condição de ser um humano: “Os direitos fundamentais são universais, ou seja, destinados ao ser humano enquanto gênero, portanto, não podem ficar restritos a um grupo, categoria ou classe de pessoas.”<sup>158</sup>

---

<sup>156</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania...”, ob. cit, pág. 36.

<sup>157</sup> “A Era dos Direitos”, ob. cit, pág. 33.

<sup>158</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania...”, obcit, pág. 37.

Segundo CARLOS WEISS<sup>159</sup>, “a sua única condição de aplicação é a de o sujeito se constituir em um ser humano – situação, essa, necessária e suficiente - para gozar de tais direitos.”

A característica da universalidade torna despicienda a discussão acerca dos destinatários dos direitos fundamentais. Qualquer ser humano, nacional ou estrangeiro, tem direitos fundamentais a serem exercidos, bastando que, a qualquer título, esteja sujeito à ordem jurídica brasileira.

### **9.3 –Autogeneratividade.**

VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR<sup>160</sup> aponta, como uma das características dos direitos fundamentais, a sua autogeneratividade: “os direitos fundamentais, de um lado, assim o são por se consubstanciarem em normas constitucionais, mas, por outro, constituem, também o alicerce de legitimação da própria ordem constitucional”. Segundo este Autor, a sua proteção pelo direito positivo constitucional não faz desaparecer o momento anterior, de uma “concepção de justiça desenraizada da ideia de Estados soberanos ou de ordens jurídicas específicas.”

Esta característica dos direitos fundamentais explica o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que afirmava que a sociedade em que não estivesse assegurada a garantia dos direitos (e, também, a separação de poderes) não tinha Constituição, ligando esta à ideia de uma estruturação de Estado que, necessariamente, deveria estar voltada à proteção dos direitos fundamentais.

### **9.4 –Irrenunciabilidade**

Outra característica dos direitos fundamentais é a sua irrenunciabilidade. Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>161</sup> “não se renunciam direitos fundamentais.

---

<sup>159</sup> “Direitos Humanos...”, ob. Cit, pág. 25

<sup>160</sup> “A Cidadania Social...”, ob. cit, pág. 38.

<sup>161</sup> “Direito Constitucional...”, ob. Cit, pág. 181.

Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados.”

VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, em precisa análise, afirma:

“Partindo-se da premissa de que os direitos fundamentais nasceram e se expandiram para a proteção do ser humano, pensado como ser dignitário de direitos mínimos, a aceitação da renúncia dos mesmos consistiria em negação da sua fundamentalidade e, por via de consequência, na sua desconstituição como categoria jurídica”.<sup>162</sup>

### 9.5 - Limitabilidade.

A limitabilidade dos direitos fundamentais implica na possibilidade de que, em determinado caso concreto, a proteção sofra redução em razão da necessidade de preservar outro bem da vida que, naquelas circunstâncias específicas, deve preponderar.

VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR<sup>163</sup> afirma que podem ser alvitadas duas possibilidades interpretativas: uma de cedência recíproca, quando nos depararmos com a colisão entre dois direitos fundamentais; e outra, de maximização dos direitos fundamentais quando detectada uma colisão destes com o direito constitucional de natureza distinta.

Vê-se, pois, que a limitação de algum direito fundamental depende da norma que com ele colidir: se for outra norma de direito fundamental, a solução é a de cedência recíproca, prestigiando-se cada um no máximo possível. Se, contudo, a norma de direito fundamental colidir com outra norma constitucional, há que se maximizar aquele, sacrificando esta. No entanto, estas limitações são podem acarretar sacrifício à dignidade da pessoa humana.

LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>164</sup> leciona:

“Para que um direito fundamental seja restringido, esta deve corresponder aos valores políticos fundamentais que a Constituição

<sup>162</sup> “A Cidadania Social...”, ob. Cit, pág. 39.

<sup>163</sup> “A Cidadania...”, Ob. Cit., pág. 41

<sup>164</sup> “Direito Constitucional...”, ob. Cit, pág. 73.

consagra, e não apenas ao ideário que ocasionalmente agrega um número maior de adeptos. O outro parâmetro fundamental para solucionar esse tipo de colisão é o princípio da dignidade humana. Como se sabe, a dimensão mais nuclear desse princípio se sintetiza na máxima kantiana segundo a qual cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, (...) Assim, se determinada política representa a concretização de importante meta coletiva (como a garantia da segurança pública ou da saúde pública, por exemplo) mas implica a violação da dignidade humana de uma só pessoa, tal política deve ser preterida, como há muito reconhecem os publicistas comprometidos com o Estado de direito.”

### **9.6 - Possibilidade de concorrência**

A possibilidade de concorrência dos direitos fundamentais significa que um mesmo titular, em um só momento, pode estar exercendo mais de um direito fundamental.

Isto decorre do fato de que os direitos fundamentais não se excluem, antes, se completam para a defesa da pessoa humana.

### **9.7 -Inalienabilidade**

A inalienabilidade dos direitos fundamentais significa a impossibilidade de sua transferência, ou de negociação. Estes direitos são, portanto, indisponíveis. Segundo LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>165</sup>, os direitos fundamentais “ao menos na extensão de seu núcleo essencial, são indisponíveis, cabendo ao Estado a sua defesa, ainda que contra a vontade expressa de seus titulares imediatos.”

### **9.8 -Imprescritibilidade**

A imprescritibilidade dos direitos fundamentais é característica que consiste no fato de que eles nunca deixam de ser exigíveis e, assim, a ação para protegê-los não podem ser fulminadas pela prescrição: “se são sempre exercíveis e exercidos,

---

<sup>165</sup> “Direito Constitucional...”, Ob. Cit., pág. 71.

não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição.”<sup>166</sup>

## **10 – Identificação dos Direitos Fundamentais.**

Os direitos fundamentais podem ser identificados, ou delimitados, constitucionalmente, por dois critérios distintos: o formal e o material.

Pelo critério formal, serão direitos fundamentais aqueles que a Constituição Federal assim indicar. É o que ocorre no Título II da Carta da República, que de forma expressa enuncia os direitos fundamentais.

No entanto, como anota VIDAL SERRANO NUNES JUNIOR<sup>167</sup>, o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal estabelece que os direitos fundamentais ali referidos o foram em caráter meramente exemplificativo, não excluindo outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Com isto, a Carta da República admite a existência de critério material de delimitação dos direitos fundamentais:

“A Constituição Federal trouxe um conjunto de direitos denominados de fundamentais, de cuja análise deve o intérprete extrair o seu conteúdo essencial, para, dessa forma, entender quais outros direitos que, compartilhando da mesma natureza, devem ficar abrigados sob a mesma rubrica semântica”<sup>168</sup>.

Conclui o Professor que podemos delimitar que o critério material que deles deflui está consubstanciado em três valores caudatários da dignidade humana: a liberdade, a democracia política e a democracia econômica e social.<sup>169</sup>

Este critério material possibilitará que sejam considerados como fundamentais alguns direitos não expressamente previstos no Capítulo próprio da Constituição Federal.

---

<sup>166</sup> SILVA, José Afonso. “Direito Constitucional...”, ob. Cit, pág. 181.

<sup>167</sup> “A Cidadania...”, ob. Cit, pág. 32,

<sup>168</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania...”, Ob. Cit., pág. 32.

<sup>169</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania...”, pág. 34.

## 11- Gerações/Dimensões dos Direitos Fundamentais– Evolução histórica.

Os direitos fundamentais, como já afirmado, não foram reconhecidos, todos, num mesmo momento histórico.

Daí falar-se em dimensões ou gerações dos direitos fundamentais.

J. J. GOMES CANOTILHO<sup>170</sup> aponta que a idéia de gerações de direitos não é totalmente correta, pois “os direitos são de todas as gerações”.

Por isto, alguns Autores preferem falar em dimensões de direitos, e não em gerações, afirmando que o termo *geração* dá a idéia de que uma sucedeu à outra, que restou aniquilada, ou substituída. É este o pensamento de INGO WOLFGANG SARLET<sup>171</sup>:

“o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais”.

CARLOS WEISS ao abordar as críticas que a classificação tradicional dos direitos humanos em gerações tem recebido, registra o seu entendimento,

“a perigosa impropriedade da locução, ao conflitar com as características fundamentais dos direitos humanos, especialmente sua indivisibilidade e sua interdependência, que se contrapõem à visão fragmentária e hierarquizada das diversas categorias de direitos humanos. A concepção contemporânea dos direitos humanos conjuga a liberdade e a igualdade, do que decorre que esses direitos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente e indivisível. Em decorrência, não há como entender que uma geração sucede a outra, pois há uma verdadeira interação e, mesmo, fusão dos direitos humanos já consagrados com os trazidos mais recentemente.”<sup>172</sup>

<sup>170</sup> “Direito Constitucional...”, Ob. Cit., pág. 386/387.

<sup>171</sup> “Curso...”, Ob. Cit., pág.270.

<sup>172</sup> “Direitos Humanos...”, Ob. Cit., pág. 53.

Não se perca de vista, entretanto, que a divisão dos direitos fundamentais em dimensões tem, segundo INGO WOLFGANG SARLET<sup>173</sup> o efeito de possibilitar a compreensão de que a trajetória evolutiva no plano do reconhecimento e proteção jurídica dos direitos humanos e fundamentais é de cunho essencialmente dinâmico e dialético, visto que marcada por avanços, retrocessos e mesmo contradições, colocando em evidência a sua dimensão histórica e relativa, de modo que tais direitos, na sua essência, assumem a condição de autênticos produtos culturais<sup>174</sup> :

“Importa destacar que os direitos fundamentais – como categoria histórica e materialmente aberta – são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano”.

Destas considerações resulta que a divisão dos direitos fundamentais em dimensões tem a valia de atrelá-los ao contexto social, econômico, cultural e histórico no qual foram reconhecidos, propiciando condições para a melhor compreensão tanto de seus contornos, como de sua modificação.

### **11.1 – Primeira dimensão.**

A primeira dimensão dos direitos fundamentais corresponde ao produto do pensamento liberal, próprio do Século XVIII.

Estes direitos são denominados direitos de defesa porque circunscrevem, relativamente ao indivíduo, um núcleo impenetrável pelo Estado. Constituem, assim, o direito de defesa do indivíduo contra o Estado, exigindo que este se abstenha de praticar atos que possam interferir na esfera privada da pessoa.

É de CARLOS WEISS a seguinte lição:

“os direitos de primeira geração seriam aqueles decorrentes do Jusnaturalismo racional, cujo pensamento influenciou as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, fazendo com que seu conteúdo privilegiasse as liberdades individuais, concebidas em função do ser

---

<sup>173</sup> “Curso...”, ob. cit., pág. 277.

<sup>174</sup> “Curso...”, ob. cit., pág. 278.

humano abstrato, descontextualizado”, ao passo que à segunda geração corresponde outro momento histórico, o florescimento dos movimentos de cunho social, preconizando a necessidade de intervenção do Estado como agente de transformação da realidade de grandes grupos da sociedade – do que decorre a ênfase nos direitos coletivos, próprios de seres humanos concretos e situados”.<sup>175</sup>

Da concepção do Estado Liberal, fundado na liberdade sob a perspectiva da autonomia da pessoa humana, passou-se ao reconhecimento de novos direitos fundamentais, situados na segunda dimensão.

### **11.2 – Segunda dimensão.**

O correr da história demonstrou que os direitos fundamentais de primeira dimensão, não obstante sua inegável importância, não eram suficientes para garantir ao indivíduo a dignidade humana.

Os graves problemas sociais, econômicos e políticos que decorreram da Revolução Industrial mostraram o aspecto, muitas vezes, simplesmente nominal dos direitos fundamentais. Efetivamente, de que valia a liberdade para contratar se o poderio econômico de uma das partes determinava o ajuste em condições degradantes, sem possibilidade real de exercício desta mesma liberdade pela parte mais fraca da relação? E em que consistiria, no plano dos fatos, a afirmada igualdade desta parte mais fraca com relação ao mais forte, ao opressor? Percebeu-se, então, a necessidade de que o Estado não apenas se abstinhasse de invadir a esfera inviolável do indivíduo, mas, também, que assumisse papel ativo para garantir a dignidade da pessoa humana.

Assim, surgiram os direitos fundamentais de segunda dimensão, vale dizer, os direitos sociais, caracterizados pela necessidade não de uma abstenção, mas de uma ação do Estado. Não mais se esperava uma omissão, mas uma ação, uma prestação.

Afirma INGO WOLFGANG SARLET<sup>176</sup> que os direitos sociais:

---

<sup>175</sup> “Direitos Humanos...”, ob. Cit, pág. 51

<sup>176</sup> “Curso...”, ob. Cit, pág. 273.

“caracterizam-se, ainda hoje, por assegurarem ao indivíduo direitos a prestações sociais por parte do Estado, tais como prestações de assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”.

### **11.3 – Terceira dimensão.**

O correr da história fez nascer os direitos fundamentais de terceira dimensão: “O próprio catálogo dos direitos fundamentais se diversificou com a passagem dos tempos, não tendo permanecido imune à evolução histórica das sociedades e da respectiva organização política”<sup>177</sup>:

“Assim, o movimento social, iniciado pelas exigências de protecção dos trabalhadores, franqueou, posteriormente, a afirmação dos direitos sociais e, mais recentemente, as novas necessidades da vida em sociedade e o desenvolvimento da técnica agregaram a tutela constitucional de novos direitos (alguns dos quais direitos colectivos), como os relacionados com o consumo, a ecologia, a sociedade da informação ou a biotecnologia”.

São, segundo INGO WOLFGANG SARLET, os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade. Eles trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à protecção de grupos humanos (grupo, nação), caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade transindividual.<sup>178</sup>

## **12 – Principais documentos sobre direitos fundamentais: da primeira à segunda dimensão.**

Importante abordar, neste trabalho, os principais documentos internacionais que tratam de direitos fundamentais, possibilitando a compreensão da evolução destes direitos no panorama internacional.

---

<sup>177</sup> VENTURA, Catarina Sampaio. Direitos Humanos e Ombudman - Paradigma para uma Instituição Secular. Lisboa: Provedoria de Justiça, pág. 20.

<sup>178</sup> “Curso...”, Ob. Cit., pág. 274.

JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>179</sup> afirma que, como antecedentes das Declarações de Direitos no sentido moderno, na Inglaterra, elaboraram-se cartas e estatutos assecuratórios de direitos fundamentais, como a Magna Carta (1215-1225), a Petition of Rights (1628), o Habeas Corpus Amendment Act (1679) e o Bill of Rights (1688), sendo este último, decorrente da Revolução de 1688, o mais importante, por limitar, com a Declaração de Direitos, o poder do Rei. “As modernas declarações de direitos só apareceram no século XVIII com as Revoluções americana e francesa”

Não obstante a riqueza e importância dos textos ingleses, esta exposição tem início com a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, considerando o ensinamento de JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>180</sup> :

“Os textos ingleses apenas tiveram por finalidade limitar o poder do rei, proteger o indivíduo contra a arbitrariedade do rei e firmar a supremacia do Parlamento. As Declarações de Direitos, iniciadas com a da Virgínia, importam em limitações do poder estatal como tal, inspiradas na crença na existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem.

### **12.1 - A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia e a Constituição dos Estados Unidos da América.**

Em 12 de janeiro de 1776, foi proclamada a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, tendo estes direitos sido incorporados na Constituição norte-americana de 1791.

Disputa-se, em sede doutrinária, a maior ou menor importância desta declaração frente à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada na França por ocasião da Revolução que instaurou o regime liberal-burguês. No entanto, JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>181</sup> afirma despidiendamente a discussão, entendendo que todas elas nasceram do pensamento político europeu e internacional da época, que era “geral, comum a todas as Nações, aos pensadores de todos os países”.

---

<sup>179</sup> “Curso...”, ob. Cit, pág. 151/153.

<sup>180</sup> “Curso...”, ob. Cit, pág. 154.

<sup>181</sup> “Curso...”, ob. Cit, pág. 157.

A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia previa, dentre outros, o princípio da igualdade, o direito à vida, o direito à liberdade, a liberdade de religião, o direito de procurar a felicidade e a segurança e a garantia de direitos de defesa em causas criminais, vedando prisões ilegais ou buscas arbitrárias.

A Constituição dos Estados Unidos da América, proclamada na Convenção de Filadélfia de 17 de setembro de 1787, não continha, inicialmente, uma declaração de direitos. No entanto, como anota JOSÉ DAMIÃO DE LIMA TRINDADE<sup>182</sup>,

“nove das treze ex-colônias exigiram que isso fosse providenciado, como condição para ratificarem a Constituição e aderirem à federação. A reivindicação foi acatada e deu origem às dez primeiras Emendas à Constituição, aprovadas em 1791. Acrescidas de outras Emendas aprovadas nos séculos XIX e XX, elas configuram o Bill of Rights norte-americano.”

Tão importante como esta Declaração foi a Declaração de Direitos do Homem do Cidadão, examinada a seguir.

## **12.2 - A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.**

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proveniente da Assembleia Constituinte francesa, em 27 de agosto de 1789, constituiu importante veículo de previsão dos direitos humanos. Enquanto a Declaração da Virgínia teve em mira a situação particular das comunidades que passariam a formar os Estados Unidos da América, a Declaração de 1789 teve um espectro mais universal.

Fundada na concepção do direito natural<sup>183</sup>, consta em seu preâmbulo que ali se fazia declaração solene dos “direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem”, consagrando a visão teórica do liberalismo e do jusnaturalismo. Com efeito, os homens deveriam ser considerados livres e iguais em direitos,

---

<sup>182</sup> “Anotações sobre a História Social dos Direitos Humanos”. In Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998, pág. 96.

<sup>183</sup> Segundo MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (“O Poder Constituinte”, Ob. Cit., pág. 55), “para a tese jusnaturalista, o direito não se resume ao direito positivo. Há um direito que não se confunde com o direito positivo. Esse direito é, grosso modo, o que resulta da natureza humana. É o chamado direito natural”.

prestigiando-se a autonomia da vontade, tudo por consequência do fato de integrar a humanidade, sendo estes direitos – ao lado de outros, previstos nesta Declaração – dito naturais, porque preexistentes ao Direito.

O seu artigo 16 dispunha: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Esta Declaração é composta de dezessete artigos e a sua preocupação imediata é a de defesa do homem, abstratamente considerado, contra o Estado. Não teve preocupação com os aspectos econômicos ou sociais da época, Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>184</sup>, “isso se explica no fato de que a burguesia, que desencadeara a revolução liberal, estava oprimida apenas politicamente, não economicamente”.

Afirma RAUL MACHADO HORTA<sup>185</sup>:

“Com a Declaração de Direitos de 1789, “arquétipo constitucional” de documentos desta natureza, fez-se, na verdade, a catalogação mais famosa dos direitos individuais de resistência ao Estado e ao Poder. Qualificados de direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, esses direitos passam a identificar e a proteger a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão; a igualdade perante a lei; a liberdade de opinião e de pensamento; a liberdade de palavra e de imprensa.”

### **12.3 – A Constituição francesa de 1848.**

A Constituição francesa de 1848 merece menção porquanto não obstante a falta de clareza dos termos empregados, houve, ali, a previsão de deveres sociais do Estado para com a classe trabalhadora e para com os necessitados, apontando para o que viria a ser definido, no futuro, para um Estado Social.

Ali foi inscrito o direito ao trabalho, como resposta à reivindicação do operariado francês e do desemprego urbano.

---

<sup>184</sup> “Curso...”, Ob. Cit., pág. 159.

<sup>185</sup> “Direito Constitucional...”, Ob. Cit., pág. 185

## 12.4 – A Constituição mexicana de 1917.

Segundo a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>186</sup>,

“foi a Constituição mexicana de 1917 que, por primeiro, sistematizara o conjunto dos direitos sociais do homem, restrita, no entanto, ao critério de participação estatal na ordem econômica e social, sem romper, assim, em definitivo, com o regime capitalista”.

RAUL MACHADO HORTA<sup>187</sup> anota que a Constituição mexicana de 1917 concebeu o Estado como prestador de serviços. O direito à educação foi amplamente desenvolvido. No entanto, é o art. art. 27 da Constituição do México o que tem maior repercussão social, política e econômica, publicizando amplamente o direito de propriedade.

O art. 3º da Constituição mexicana previu o direito de todos à educação gratuita. O art. 123 desta Constituição, em seu “caput”, afirmava que todos tinham direito a um trabalho digno e socialmente relevante, passando a enunciar diversos direitos trabalhistas e, ainda, o direito à previdência social.

Ainda que a repercussão desta Carta não tenha sido a mesma que a da Constituição de Weimar, é fato que ela a precedeu e sua importância histórica não pode ser desprezada.

## 12.5 – A Constituição de Weimar.

A Constituição alemã de 1919, conhecida como Constituição de Weimar, na lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>188</sup>, deu grande ênfase aos

“direitos sociais e econômicos, dentro do regime capitalista, então reconhecidos e garantidos ao lado dos direitos individuais, como na Constituição mexicana, que é mais avançada que aquela. Mas foi a de

---

<sup>186</sup> “Curso...”, ob. Cit, pág. 285.

<sup>187</sup> “Direito Constitucional. 5ª. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, pág. 189.

<sup>188</sup> “Curso...”, ob. Cit, pág. 160

Weimar que exercera maior influência no constitucionalismo de pós-Primeira Guerra Mundial, até na brasileira de 1934.”

Segundo RAUL MACHADO HORTA<sup>189</sup>,

“A Constituição de Weimar converteu-se no texto paradigma do constitucionalismo do primeiro pós-guerra e ainda é o marco que separa duas épocas históricas: a do constitucionalismo liberal dos séculos XVIII e XIX e a do constitucionalismo social do século XX, que com ela adquiriu expansão universal, deixando na penumbra a Constituição do México de 1917, que a precedeu no tempo.”

A Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919, dedicava a sua segunda parte à declaração de direitos e deveres fundamentais dos alemães. O primeiro Capítulo previa os direitos e deveres individuais; o segundo tratava da Vida em Sociedade, no qual era prevista, dentre outras, a proteção especial da família (art. 119) e da juventude (art. 122). O terceiro Capítulo era dedicado à Vida Religiosa e à Religião (artigos 135 a 141); o quarto, à educação e escola e o quinto Capítulo, à Economia, com ampla proteção ao trabalho e previsão de direitos trabalhistas.

Dentre os direitos sociais albergados na Constituição de Weimar, RAUL MACHADO HORTA<sup>190</sup> destaca, quanto ao direito ao trabalho, que ele ficava sob a proteção do Estado (art. 157); autorizava-se a instituição do regime de previdência, com a participação dos segurados, para proteção da saúde, do trabalho, maternidade, invalidez e velhice. O direito de propriedade ficava subordinado ao interesse geral (art. 153), perdendo o caráter absoluto afirmado na Declaração francesa de 1789.

Atualmente, segundo ROBERT ALEXY<sup>191</sup>, baseando-se apenas no texto vigente da Constituição alemã, é possível encontrar como formulação explícita de um direito fundamental social no sentido de um direito subjetivo a uma prestação apenas o direito da mãe à proteção e à assistência da comunidade (art. 6º, § 4º, da Constituição alemã). No entanto, segundo o mesmo Autor é possível encontrar nela pontos de apoio para uma interpretação voltada aos direitos sociais em outras

---

<sup>189</sup> “Direito Constitucional”, ob. Cit, pág. 190

<sup>190</sup> “Direito Constitucional”, ob. Cit, pág. 191.

<sup>191</sup> “Teoria dos Direitos Fundamentais”, Ob. Cit, pág.434/435.

disposições constitucionais, como aquela que determina a proteção da dignidade humana e a cláusula do Estado Social.

## **12.6 – A Declaração Universal dos Direitos Humanos.**

Após o término da II Guerra Mundial foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), que se apressou em criar um sistema universal de proteção dos direitos humanos.

Os horrores ocorridos durante a guerra haviam demonstrado a insuficiência da proteção dos direitos humanos apenas nas ordens nacionais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas<sup>192</sup> adotou concepção mais abrangente dos direitos humanos e já apontava na direção da indispensabilidade dos direitos sociais. É o que consta de seu artigo XXII:

“Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.”

Ainda, na mesma Declaração, digno de nota é o art. XXV, 1:

“Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.”

Segundo CARLOS WEISS<sup>193</sup>, a Declaração de 1948 inovou ao conceber os direitos humanos de forma universal, indivisível e interdependente. Afirma, ainda,

---

<sup>192</sup> Adotada e proclamada pela Resolução n. 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948 e assinada pelo Brasil em 10 de dezembro de 1948.

<sup>193</sup> Direitos Humanos Contemporâneos. São Paulo: Malheiros, 2ª. Ed, 3ª. Tiragem, 2012, pág. 84.

afirma que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, organizando os direitos humanos em um sistema normativo no plano internacional, representou

“um ponto de chegada do processo histórico de internacionalização dos direitos humanos como o traço inicial de um sistema jurídico universal destinado a reger as relações entre os Estados e entre estes e as pessoas, baseando-se na proteção e promoção da dignidade fundamental do ser humano.<sup>194</sup>”

NORBERTO BOBBIO<sup>195</sup> distingue, na formação das declarações de direitos, três fases.

A primeira fase seria a filosófica, com fundamento na obras dos filósofos; nesta fase, a liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir.

A segunda fase consistiria na passagem da teoria à prática, “do direito somente pensado para o direito realizado”, mencionando as Declarações dos Estados norte-americanos e da Revolução Francesa. Nesta fase, os direitos são protegidos, mas valem somente no âmbito do Estado que os reconhece.

A Declaração de 1948 dá início a uma terceira e última fase,

“na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado”.

Segundo MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO<sup>196</sup>,

“contemporaneamente, não se abandonou a ideia de que o ser humano possui como próprios certos direitos fundamentais, com o consectário de que tais direitos devem ser respeitados por todos os poderes, por todos os Estados. Pôs-se de lado – é verdade – a perquirição sobre o

---

<sup>194</sup> “Direitos Humanos Contemporâneos”, ob cit, pág. 26.

<sup>195</sup> “A Era dos Direitos”. Ob cit, pág. 28/30.

<sup>196</sup> “O Poder Constituinte”, ob. Cit, pág. 57.

fundamento último desses direitos, estando certamente fora de moda a doutrina jusnaturalista. Dá-se como sustentação da tese, pura e simplesmente, a *communis opinio populorum*. Expressão dessa idéia é a Declaração Universal dos Direitos do Homem”

## **12.7 – O Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (1966).**

A Organização das Nações Unidas pretendia elaborar uma Carta Internacional de Direitos Humanos, que seria composta pela Declaração Universal, mencionada no item anterior, e um único pacto internacional com caráter obrigatório para todos. No entanto, à época o mundo estava dividido em dois grandes blocos – comunista e capitalista -, restando impossível a tarefa.

Diante desta impossibilidade, foram elaborados dois documentos distintos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>197</sup>. Importa, aqui, a análise deste último.

Este documento, em seus primeiros considerandos, reporta os direitos ali mencionados à dignidade da pessoa humana e prevê extenso rol de direitos sociais e a obrigação, de seus subscritores, de adotarem medidas para a sua efetivação “até o máximo de seus recursos disponíveis” (art. 1º).

## **12.8 – A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).**

No âmbito regional, cumpre registrar a existência da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada pela IX Conferência Internacional Americana, realizada no período de 30 de março a 2 de maio de 1948, em Bogotá.

A mesma Conferência aprovou a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais.

---

<sup>197</sup> Adotado pela Resolução n. 2.200-A (XXI), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica, foi adotada em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. Os direitos econômicos, sociais e culturais estão previstos no art. 26 do documento.

A existência destes documentos regionais bem demonstra a preocupação com o reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais no continente americano.

### **13 - Direitos Sociais**

É certo que os direitos sociais são, em sua essência, direitos fundamentais. Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, a natureza dos direitos fundamentais do homem “são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.”<sup>198</sup>.

Na lição de VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR<sup>199</sup>, o caráter histórico dos direitos fundamentais indica que eles não nasceram de um momento para outro, mas foram gerados ao longo de um cenário histórico, segundo contextos sociais específicos<sup>200</sup>.

Os direitos sociais podem, nesta perspectiva, ser inseridos na segunda dimensão, fundados no princípio da igualdade, “cuja função deita raízes no objetivo de conceder alforrias sociais ao ser humano, preservando-o das vicissitudes do modelo econômico e da segregação social”<sup>201</sup>.

Quanto a este item, importantíssima a lição de ROBERT ALEXY<sup>202</sup>, para quem os direitos a ações negativas correspondem àquilo que comumente é chamado “direito de defesa”. Já os direitos em face do Estado a uma ação positiva coincidem apenas parcialmente com aquilo que é chamado de “direitos a prestações”. Ele divide os direitos dos indivíduos contra o Estado a ações negativas (direitos de defesa) em três grupos:

---

<sup>198</sup> Curso de Direito Constitucional Positivo, ob. Cit., pág. 179.

<sup>199</sup> “A Cidadania Social...”, ob cit, pág. 49,

<sup>200</sup> “A Cidadania Social...”, Ob. Cit., pág. 43.

<sup>201</sup> NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania...”, ob. Cit., pág. 45.

<sup>202</sup> “Teoria...”, Ob. Cit., pág. 196

“O primeiro grupo é composto por direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito; o segundo grupo, de direitos a que o Estado não afete determinadas características ou situações do titular do direito; o terceiro grupo, de direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito”

Quanto aos direitos que o indivíduo tem contra o Estado a ações estatais positivas, ROBERT ALEXY os divide em dois grupos: “aquele cujo objeto é uma ação fática e aquele cujo objeto é uma ação normativa”<sup>203</sup>. Segue que os direitos a prestações podem ser direitos a prestações em sentido estrito (as ações positivas fáticas, que poderiam ser também realizadas por particulares) e direitos a prestações normativas. “Nesse caso, também os direitos a ações positivas normativas adquirem o caráter de direitos a prestações. Eles devem ser designados como direitos a prestações em sentido amplo”.<sup>204</sup>

Para CANOTILHO<sup>205</sup>, os direitos econômicos, sociais e culturais e respectiva proteção andam estreitamente associados a um conjunto de condições – econômicas, sociais e culturais – que a moderna doutrina de direitos fundamentais designa por pressupostos de direitos fundamentais. Como tais são considerados múltiplos fatores, ou fatos, “que condicionam, de forma positiva e negativa, a existência e proteção destes direitos”. Além destes pressupostos – que condicionam mas que, em rigor, não fazem parte do regime jurídico destes direitos – existem outros elementos que podem ser chamados de estruturais e elementos configuradores dos direitos econômicos, sociais e culturais<sup>206</sup>. Isto significa dizer que a realidade histórica, social e cultural, bem como o embate de forças, influencia, senão determina, o catálogo de direitos sociais.

CANOTILHO<sup>207</sup> afirma que, na dimensão subjetiva, “os direitos sociais são compreendidos com autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente de sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas”. Partilham da mesma dignidade subjetiva dos demais direitos fundamentais. Segundo ele, não obstante a dimensão subjetiva, a sua operatividade prática é diversa. As

<sup>203</sup> “Teoria...”, Ob. Cit., pág. 201.

<sup>204</sup> “Teoria...”, Ob. Cit., pág.. 202.

<sup>205</sup> “Direito Constitucional...”, Ob. Cit., pág. 473.

<sup>206</sup> “Direito Constitucional...”, Ob. Cit., pág. 473.

<sup>207</sup> “Direito Constitucional...”, ob. Cit, pág. 476/477.

normas constitucionais consagradoras de direitos econômicos sociais e culturais modelam a dimensão objetiva de duas formas: imposições legiferantes e fornecimento de prestações aos cidadãos. Estas duas dimensões não se confundem.

JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>208</sup> ensina que a Constituição de 1988,

“agora, fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, até porque os direitos individuais, consubstanciados no seu art. 5º, estão contaminados de dimensão social, de tal sorte que a previsão dos direitos sociais, entre eles, e os direitos de nacionalidade e políticos, lhes quebra o formalismo e o sentido abstrato.”

Este Constitucionalista acrescenta:

“o certo é que a Constituição assumiu, na sua essência, a doutrina segundo a qual há de verificar-se a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo, precisamente, dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente.”<sup>209</sup>

LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>210</sup> menciona que a dignidade humana tem sido referida nas demandas por direitos sociais e econômicos, acrescentando que “em muitos países, a dignidade humana é o conceito que subjaz ao reconhecimento desses direitos, especialmente no que diz respeito à satisfação das necessidades básicas vitais”.

NORBERTO BOBBIO<sup>211</sup> constata que as demandas por direitos sociais encontra-se em contínuo movimento: “assim como as demandas de proteção social nasceram com a revolução industrial, é provável que o rápido desenvolvimento técnico e econômico traga novas demandas, que hoje não somos capazes nem de prever”.

---

<sup>208</sup> “Direito Constitucional Positivo”, Ob. Cit., pág. 184.

<sup>209</sup> “Direito Constitucional...”, Ob. Cit., pág. 185

<sup>210</sup> “A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo – A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial”. Ob cit, pág. 51.

<sup>211</sup> “A Era dos Direitos”, Ob. Cit., pág. 33.

## 14 - Conceito de direitos sociais.

Não é simples a tarefa de conceituar direitos sociais, à vista das diferenças entre eles, tanto no que se refere à sua gênese, como ao seu conteúdo. No entanto, JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>212</sup>, após extremar os direitos sociais dos econômicos<sup>213</sup>, apresenta o seguinte conceito:

“Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.”

Ainda o mesmo Ilustre Professor acentua que os direitos sociais se ligam ao direito de igualdade, valendo como pressuposto do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, que por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.<sup>214</sup>

LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO E VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR<sup>215</sup> ensinam que os direitos sociais “são aqueles que reclamam do Estado um papel prestacional, de minoração das desigualdades sociais.”

ALEXANDRE DE MORAES<sup>216</sup> conceitua os direitos sociais como verdadeiras liberdades positivas, “de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social”.

PINTO FERREIRA<sup>217</sup> conceitua os direitos sociais como “normas constitucionais, que se efetivam como dimensões específicas dos direitos

---

<sup>212</sup> Curso de Direito Constitucional Positivo. Ob. cit, pág. 286.

<sup>213</sup> O Autor afirma que é possível admitir que os direitos econômicos (que tem dimensão institucional) constituem pressuposto da existência dos direitos sociais, estes disciplinando situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto.

<sup>214</sup> “Curso de Direito Constitucional Positivo”, ob. Cit, 286/287.

<sup>215</sup> “Curso...”, 18ª. Ed, Ob. Cit., pág. 279.

<sup>216</sup> Direito Constitucional. 24ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, pág. 195.

<sup>217</sup> Comentários à Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989, pág. 98.

fundamentais do homem, refletindo prestações positivas do Estado e permitindo condições de vida mais humana à classe trabalhadora.”

Segundo ROBERT ALEXY:

“Se se adota um conceito amplo de prestação, todos os direitos a uma ação estatal positiva podem ser classificados como direitos a prestações estatais em sentido amplo”<sup>218</sup>. Os direitos a prestações podem ser divididos em (a) direitos a proteção; (b) direitos a organização e procedimento e (c) direitos a prestações em sentido estrito<sup>219</sup>.

Os direitos a prestação em sentido estrito são conceituados pelo Autor alemão como direitos do indivíduo em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares.<sup>220</sup>

## 15. Fundamento dos direitos fundamentais.

A doutrina discute acerca do fundamento dos direitos fundamentais.

CARLOS BERNAL PULIDO<sup>221</sup> afirma que há diferença de fundamento dos direitos sociais na concepção do Estado Social e no socialismo, haja vista a diferença estrutural entre estes dois modelos. O socialismo opõe-se por completo ao Estado Liberal, ao passo que o Estado Social não se opõe às liberdades. Segundo o Autor, os direitos fundamentais estabelecem regras de cooperação social que traçam as condições nas quais se desenvolvem os vínculos entre os indivíduos e entre estes e o Estado. Assim, o Estado Social não nega as bases do Estado liberal de direito, “mas propõe reformulá-las de sorte a deixar para trás a separação entre o Estado e a sociedade civil, a fim de garantir a todo indivíduo os meios necessários para o exercício das liberdades e para a sua busca existencial.”

---

<sup>218</sup> “Teoria...”, ob cit, pág. 433.

<sup>219</sup> “Teoria...”, ob. cit, pág. 444,

<sup>220</sup> ALEXY, Robert. “Teoria...”, Ob. Cit., pág. 499.

<sup>221</sup> O Direito dos Direitos – Escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Ob. Cit, pág. 275/276.

Estas regras variam no decorrer da história, de acordo com os valores e interesses predominantes, ou, ainda, diante das reivindicações que se impõem como resultado das lutas sociais. Assim, entende-se que a convicção liberal – pela qual os direitos fundamentais se traduzem unicamente em deveres estatais de abstenção – “não é senão um reflexo do pensamento burguês que tem suas raízes no contratualismo ilustrado”<sup>222</sup>.

NORBERTO BOBBIO<sup>223</sup> entende que não existem direitos fundamentais por natureza: “o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”, exemplificando com o direito à propriedade, reputada sagrada e inviolável na época da Revolução Francesa e, hoje, submetidas a radicais limitações, e com os direitos sociais, naquela época inexistentes,” agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações”

Ainda segundo NORBERTO BOBBIO<sup>224</sup>, “a classe dos direitos do homem é também heterogênea”, estando sob o seu abrigo pretensões muito diversas entre si, o que impede seja afirmado um fundamento absoluto dos direitos. Assim, “direitos que tem eficácia tão diversa não podem ter o mesmo fundamento.” apontando que “vale a pena recordar que, historicamente, a ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos estabelecidos foi um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles.”

Assim, segundo ele, “fundamento absoluto não é apenas uma ilusão: em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras.”<sup>225</sup>. Além disto, com razão, declara:

“Deve-se recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexecutabilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições. O problema

---

<sup>222</sup> PULIDO, Carlos Bernal. O direito dos Direitos – Escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. São Paulo: Marcial Pons, 2013, pág. 276.

<sup>223</sup> “A Era dos Direitos”, Ob. Cit., pág. 18.

<sup>224</sup> “A Era...”, Ob. Cit., pág. 19/20.

<sup>225</sup> “A Era...”, Ob. Cit., pág. 22.

fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.”<sup>226</sup>

JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>227</sup> anota que a doutrina francesa indica o pensamento cristão e a concepção dos direitos naturais como as principais fontes de inspiração das declarações em direitos. Contudo, esta concepção “não atina com a necessidade de envolver nessa problemática também os direitos econômicos, sociais e culturais, aos quais se chama brevemente de direitos sociais”. Segundo este Autor, na realidade, houve reivindicações e lutas para conquistar os direitos consubstanciados nas declarações e quando as condições materiais da sociedade propiciaram, elas surgiram, conjugando-se, pois, condições objetivas e subjetivas para a sua formulação. As condições objetivas, ou históricas, quanto às Declarações do século XVIII, “manifestaram-se na contradição entre o regime da monarquia absoluta, estagnadora, petrificada e degenerada, e uma sociedade nova, tendente à expansão comercial”, ao passo que as condições subjetivas ou ideais consistiram nas fontes de inspiração filosófica anotada pela doutrina francesa: o pensamento cristão primitivo, “que continha uma mensagem de libertação do homem, na sua afirmação da dignidade eminente da pessoa humana”<sup>228</sup>, a doutrina do direito natural e, por fim, o pensamento iluminista, com suas idéias sobre a ordem natural, sua exaltação às liberdades inglesas e sua crença nos valores individuais do homem acima dos valores sociais, firmando o individualismo que exala dessas primeiras declarações dos direitos do homem.<sup>229</sup> No entanto, estes fundamentos foram superados pelo processo histórico de alteração das relações, decorrente das condições econômicas nascentes do desenvolvimento industrial, e do conseqüente aparecimento de um proletariado amplo, sujeito ao domínio da burguesia capitalista. Prossegue o Autor anotando que esta nova configuração social, com os seus conflitos, teria que fundamentar a origem de outros direitos fundamentais – os direitos econômicos e sociais – e conseqüentemente a transformação do conteúdo dos que serviam à burguesia em sua luta contra o absolutismo.

---

<sup>226</sup> “A Era...”, Ob. Cit., pág. 23.

<sup>227</sup> “Curso de Direito Constitucional Positivo”, Ob. Cit., pág. 172.

<sup>228</sup> O Autor relata que o cristianismo então praticado não propiciaria qualquer mudança social, uma vez que o clero apoiava a monarquia absoluta e, inclusive, oferecia a ideologia que sustentava a origem divina do poder.

<sup>229</sup> “Direito Constitucional Positivo”, Ob. Cit., pág. 173

Daí também sobreviriam novas doutrinas sociais, postulando a transformação da sociedade no sentido da realização ampla e concreta destes direitos”<sup>230</sup>, citando, o Manifesto Comunista e as doutrinas marxistas, a doutrina social da Igreja, a partir do Papa Leão XIII<sup>231</sup> e, por fim, o intervencionismo estatal.

A pressuposição de que cada indivíduo tem plena capacidade de cuidar de si mesmo não reflete a realidade, visto que os integrantes da sociedade não estão em situação de igualdade efetiva em face do poder político, econômico e social.

Assim, introduz-se como fundamento dos direitos sociais a idéia de necessidade: “Nas noções de liberdade negativa e de autonomia, que fundamentam a concretização dos direitos fundamentais como deveres de abstenção, subjaz também o reconhecimento de que o indivíduo tem a necessidade de escolher e de decidir o seu próprio rumo” <sup>232</sup>, ressaltando-se que nenhuma sociedade que pretenda, seriamente, a justiça pode deixar à míngua setores da população, havendo que se estabelecer regras de cooperação:

“Os deveres de solidariedade correlatos aos direitos sociais – que favorecem àqueles que não podem velar por si mesmos – não tem como fim prioritário patrocinar o exercício da liberdade senão prover o necessário para a subsistência do indivíduo em condições dignas”<sup>233</sup>.

O princípio da solidariedade significa que, se o indivíduo não consegue, por si mesmo, obter as condições para uma vida digna, o dever passaria, subsidiariamente, a toda a sociedade, por intermédio do Estado, que deverá satisfazer o direito social.

É possível reconhecer o princípio da solidariedade como fundamento de alguns direitos sociais, mas não de todos. Basta lembrar que o direito à educação e o direito à saúde pertence a todos os integrantes da sociedade brasileira, não sendo necessária a situação de hipossuficiência para exigí-los do Estado.

---

<sup>230</sup> SILVA, José Afonso. “Direito Constitucional...”, Ob. Cit., pág. 174/175.

<sup>231</sup> Leão XIII foi Papa no período de 20 de fevereiro de 1878 até a sua morte, ocorrida em 20 de julho de 1903. Conhecido como o Papa das Encíclicas Sociais, foi no seu reinado que foi editada a Encíclica Rerum Novarum (1891), que deu origem à denominada Doutrina Social da Igreja Católica. Esta Encíclica falava sobre as condições dos operários, propugnando a importância do trabalho desenvolvido em condições justas, inclusive no que diz respeito à remuneração, e o dever do Estado de socorrer aos necessitados.

<sup>232</sup> PULIDO, Carlos Bernal. “O direito dos direitos...”, ob. Cit., pág. 277

<sup>233</sup> PULIDO, Carlos Bernal. “O direito dos direitos...”, ob. Cit., pág. 280.

O mesmo pode ser dito quanto aos direitos sociais da segurança e a previdência social, também previstos no art. 6º da Constituição Federal.

O direito social, portanto, nem sempre radica na hipossuficiência do indivíduo. Por vezes, no entanto, é exatamente esta hipossuficiência que confere o direito social, bastando lembrar o direito à assistência aos desamparados, prevista no art. 6º da Carta da República.

Repetindo NORBERTO BOBBIO<sup>234</sup>, não se trata de encontrar o fundamento absoluto – empreendimento sublime, porém desesperado – mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis”, uma vez que o problema atual dos direitos sociais é o de concretizá-los.

Assim, não se pretende, aqui, apontar um fundamento único para todos os direitos sociais, já que este fundamento ora pode ser o princípio da solidariedade, ora o monopólio do Estado de certa atividade (o que impõe a ele a efetiva prestação dela), ora algum outro elemento, dependendo do direito social específico. Lembre-se, ainda, que cada direito social tem conteúdo próprio e destinatários específicos, o que aponta o fracasso de buscar, apenas porque reunidos sob o mesmo rótulo de “direitos sociais”, um único fundamento.

## **16 - Direitos Sociais nas Constituições Brasileiras.**

É certo que o reconhecimento dos direitos sociais depende do contexto histórico, político e econômico de cada sociedade.

Buscar-se, aqui, fazer a análise dos textos constitucionais brasileiros, pavimentando o caminho para a melhor compreensão da atual Constituição Federal no que respeita aos direitos sociais.

É certo que, no Brasil, a declaração de direitos sociais no âmbito constitucional – como em toda a parte- foi determinada pelos fatores políticos e econômicos vigentes naquele momento histórico e, ainda, é claro que a simples declaração destes direitos não foi, nem é, necessariamente, seguida da efetiva concretização deles, como será visto adiante.

---

<sup>234</sup> “A Era...”, Ob. Cit., pág. 23

## 16.1 – A Constituição do Império.

A Constituição do Império veio a lume em 1824, após a Declaração de Independência do Brasil.

JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>235</sup> aponta que a nobreza brasileira, bem assim a aristocracia intelectual, que aqui já se encontravam, estavam esclarecidas pelas novas idéias que, então, agitavam o mundo europeu: o Liberalismo, o Parlamentarismo, o Constitucionalismo, o Federalismo, a Democracia e a República.”

LUÍS ROBERTO BARROSO relata que a Constituição de 1824 pretendeu iniciar um Estado de Direito,

“quijá um protótipo de Estado liberal. Mas foi apenas o primeiro capítulo de uma instabilidade cíclica, que marcou, inclusive e sobretudo, a experiência republicana brasileira, jamais permitindo a consolidação do modelo liberal e tampouco de um Estado verdadeiramente social”<sup>236</sup>

A Constituição do Império, segundo PAULO BONAVIDES<sup>237</sup> “não se arredou do círculo doutrinário das influências francesas no campo teórico”.

ZULMAR FACHIN<sup>238</sup> ensina que a Constituição do Império assegurou um rol de direitos individuais e que, neste particular, foi adepta da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que somente reconhecia como existente a Constituição que previsse a separação dos poderes e os direitos individuais. Lembra que, “todavia, como era produto de uma sociedade escravagista e concentradora, admitiu a escravidão”.

JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>239</sup> aponta que a Constituição do Império foi a primeira, no mundo, “a subjetivar e positivar os direitos do homem, dando-lhes

---

<sup>235</sup> Curso de Direito Constitucional Positivo. Ob. Cit, pág. 73.

<sup>236</sup> “Curso...”, ob. Cit, pág. 68.

<sup>237</sup> “Curso...”, ob.cit, pág. 375.

<sup>238</sup> Curso de Direito Constitucional. 6ª. Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2013, pág. 71/72.

<sup>239</sup> “Curso...”, ob. cit, pág. 170.

concreção jurídica efetiva”, dispondo acerca dos direitos e garantias individuais em seu artigo 179.

Os direitos sociais, embrionária e isoladamente, já foram contemplados na Constituição brasileira de 1824<sup>240</sup>.

Na declaração de direitos da Constituição do Império (art. 179) podem ser localizados, como direitos sociais, a garantia dos socorros públicos (inciso XXXI) e de instrução primária e gratuita a todos (inciso XXXIII)<sup>241</sup>.

O mesmo artigo, no inciso XXIV consagrava a liberdade de trabalho, “uma vez que não se oponha aos costumes publicos, á segurança e saúde dos Cidadãos.”

## 16.2 – Constituição de 1891.

Com a proclamação da República, “a concepção política e doutrinária de um Estado liberal com todo o alcance dos valores republicanos do século chegava assim dos Estados Unidos ao Brasil”.<sup>242</sup>

Afirma ZULMAR FACHIN<sup>243</sup> que a Constituição de 1891 era liberal e tinha, por influência de Rui Barbosa, muitas semelhanças com a Constituição norte americana.”

PINTO FERREIRA<sup>244</sup> anota:

“Capítulo importante foi, outrossim, o de declaração de direitos e suas garantias. Entretanto, a Constituição tinha um fundo puramente liberal. A industrialização do país não se tinha processado profundamente, não havia um proletariado organizado, e a massa campesina era absolutamente inerte e passiva, manejada pelos prepotentes usineiros e senhores de terra, chamados pitorescamente de “coronéis”. Entretanto, a

<sup>240</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Curso...”, ob. Cit, pág. 273.

<sup>241</sup> A respeito deste direito, anota MOTAURI CIOCHETTI DE SOUZA (Direito Educacional, São Paulo: Verbatim, 2010, pág. 29): “Não obstante, nossa pioneira Carta de Princípios – mesmo em face das profundas alterações estruturais decorrentes da novel independência – possuía, a respeito do tema, relevância de cunho essencialmente retórico, vez que o princípio não teria como se materializar no campo prático mercê do insignificante número de estabelecimentos educacionais, situação que tornava óbvia a elitização do ensino. Ante tal quadro, estima-se que, ao final do império, de 85 a 90% da população brasileira era formada por analfabetos.”

<sup>242</sup> BONAVIDES, Paulo. “Curso...”, ob. Cit, pág. 377.

<sup>243</sup> “Curso de Direito Constitucional”. Ob cit, pág. 76.

<sup>244</sup> Curso de Direito Constitucional, 8ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1996, pág. 52.

Constituição garantiu e enunciou as clássicas liberdades privadas, civis e políticas, silenciando sobre a proteção do trabalhador.”

A Constituição de 1891 continha uma seção dedicada à Declaração de Direitos, os quais se restringiam aos direitos e garantias individuais. Quanto ao direito à educação, não mais se previu que a primária seria gratuita, como o fazia a Constituição do Império. Registre-se que o art.72, § 6º determinava que o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos deveria ser leigo.

### **16.3 – Constituição de 1934.**

A Constituição de 1934 sofreu notável influência da Constituição alemã de Weimar, instituindo um Estado Social. Em matéria de direitos sociais, esta Carta significou um grande avanço no ordenamento brasileiro.

Já em seu preâmbulo enunciava a preocupação com os direitos sociais, ao afirmar que a Assembleia Nacional Constituinte objetivava a organização de um regime democrático, que assegurasse à Nação a liberdade, a justiça, e o bem estar social e econômico.

LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO E VIDAL SERRANO NUNES JUNIOR<sup>245</sup>  
afirmam:

“o seu traço característico, no entanto, reside na declaração de direitos e garantias individuais, pois ao lado dos direitos clássicos, inscreveu um título sobre a ordem econômica e social, sobre a família, a educação e a cultura, normas de caráter programático, sob a influência da Constituição de Weimar.”

PAULO BONAVIDES<sup>246</sup> assevera que nesta Carta é inserida uma nova corrente de princípios,

---

<sup>245</sup> Curso de Direito Constitucional. Ob. Cit., pág. 124.

<sup>246</sup> “Curso...”, Ob. Cit., pág. 378.

“até então ignorados do direito constitucional positivo vigente no País. Esses princípios consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, a saber, faziam ressaltar o aspecto social, sem dúvida grandemente descurado pelas Constituições precedentes. O social assinalava a presença e a influência do modelo de Weimar numa variação substancial de orientação e de rumos para o constitucionalismo brasileiro.”

A Constituição de 1934 foi a primeira Carta brasileira a dedicar um título à ordem econômica e social<sup>247</sup>:

“Foi a primeira Constituição brasileira que tratou, especificamente, de matérias de natureza econômica. Embora assegurasse a liberdade neste campo, previa a organização da economia conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, tendo em vista a possibilidade de uma existência digna, tendo procurado realizar uma Democracia social”<sup>248</sup>.

Nas palavras de RAUL MACHADO HORTA<sup>249</sup>:

“a maioria dos novos direitos individuais, direitos concretos, chamados de direitos sociais, como os direitos do trabalhador e o direito à educação, desgarram-se dos Direitos Fundamentais, para situarem-se em novos títulos dedicados à Ordem Econômica e Social, à Educação e Cultura.”

A Constituição de 1934 continha um Título (III) para a Declaração de Direitos. Também continha um Título denominado “Da Ordem Econômica e Social, “(...) na esteira das constituições de pós-Primeira Guerra Mundial, reconhecendo os direitos econômicos e sociais, ainda que de maneira pouco eficaz”<sup>250</sup>. Além disto, dedicou o Título V à Família, Educação e Cultura.

No rol dos direitos e garantias individuais, a Constituição previu caber a todos o direito de prover à própria subsistência e da sua família mediante trabalho honesto, determinando que o poder público amparasse, na forma da lei, os que estivessem em indigência (art. 113, item 34.).

<sup>247</sup> SILVA, José Afonso. “Direito Constitucional...”, ob. Cit., pág. 283.

<sup>248</sup> FACHIN, Zulmar, Curso de Direito Constitucional. 6ª. Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2013, pág. 82.

<sup>249</sup> “Direito Constitucional”, Ob. Cit., pág. 191.

<sup>250</sup> SILVA, José Afonso. “Direito Constitucional Positivo”, Ob. Cit., pág. 17.

Estabeleceu ser competência concorrente da União e dos Estados cuidar da saúde e da assistência pública (art. 10, II), tendo previsto a necessidade de difusão da instrução pública em todos os seus graus (art. 10, VI).

A ordem econômica e social foi objeto do Título IV, ressaltando-se a determinação para que a lei promovesse as condições do trabalho, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país (art. 121). O § 1º desta disposição consignou diversos direitos trabalhistas, “além de outros que collimem melhorar as condições do trabalhador”.

O Título V, dedicado à Família, Educação e Cultura, era composto por dois Capítulos.

O Capítulo I tratou da família, constituída pelo casamento indissolúvel, colocando-a sob proteção especial do Estado (art. 144).

O Capítulo II tratou da educação e da cultura, valendo anotar que o art. 149 declara que a educação é direito de todos. Foi prevista a elaboração de um plano nacional de educação (art. 150, “a”) e a estipulação de pelo menos 10% (dez por cento) para a União e Municípios, e 20% (vinte por cento) para os Estados e Distrito Federal, da renda resultante dos impostos na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos (art. 156).

No que refere à cultura, determinou caber à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o seu desenvolvimento (art. 148).

A Constituição de 1934 teve curta duração e as suas prescrições, nos dizeres de RONALDO POLETTI, “foram sonhos irrealizados”. No entanto, assevera este Autor que o “seu pequeno tempo de vigência não afasta, ou elimina, a sua importância histórica. Ela, embora durasse pouco, projetou, e ainda faz, sua influência sobre o tempo do futuro. De certa forma, ressurgiu em 46.”<sup>251</sup>

Lembre-se que o “traço dominante da Constituição de 1934 foi o seu caráter democrático, com certo colorido social, traduzido no esforço, que acabou se

---

<sup>251</sup> POLETTI, Ronaldo. Constituições Brasileiras, Vol. III – 1934. 3ª. Ed. Brasília: Senado Federal, 2012, pág. 41.

revelando infrutífero, de concilia a democracia liberal com o socialismo, no domínio econômico-social”.<sup>252</sup>

#### **16.4 – Constituição de 1937.**

Os avanços da Carta de 1934 duraram pouco, uma vez que em 10 de novembro de 1937 foi outorgada a Constituição de 1937, inaugurando o período ditatorial conhecido como Estado Novo.

A Declaração de Direitos desta Constituição deixava ver que a segurança nacional e o afastamento do assim chamado perigo comunista constituíram a nota principal a conformar os direitos individuais.

Quanto aos direitos sociais, a Constituição dedicava um capítulo à Família. Era ela constituída, tal como na Constituição anterior, pelo casamento indissolúvel, estando sob a proteção do Estado (art. 124).

A infância e juventude, segundo a dicção do art. 127, deveriam ser objeto de cuidados e garantias por parte do Estado, “que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhe condições físicas e moraes de vida sã e de harmonioso desenvolvimento de suas faculdades”. O abandono moral, material ou físico da infância e juventude importaria falta grave dos responsáveis, mas criaria para o Estado o dever de provê-las de conforto e dos cuidados indispensáveis à sua preservação física e moral (art. 127, segunda parte). Por fim, aos pais miseráveis assistia o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação de sua prole (art. 127, terceira parte).

No Capítulo dedicado à educação e cultura, ressaltou-se a previsão de ensino público como dever da Nação, dos Estados e dos Municípios aos que não contassem com recursos para freqüentar instituições privadas (art. 129). Constituíam dever das indústrias e dos sindicatos econômicos criar, na esfera da sua especialidade, escola de aprendizes, destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados (art. 129, terceira parte).

---

<sup>252</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO. Paulo Gustavo. “Curso..”, Ob. Cit., pág. 190.

O ensino primário era obrigatório e gratuito (art. 130); no entanto, daqueles que não alegassem escassez de recursos era possível exigir uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar. A Constituição de 1937 não mais previu a vinculação de porcentagem mínima de impostos para o custeio da educação.

No Capítulo relativo à Ordem Econômica é declarado que o trabalho é um dever social (art. 136), sendo a sua proteção um dever do Estado, a quem cabe assegurar-lhe condições favoráveis e meios de defesa. O art. 137 trouxe um rol de direitos trabalhistas a serem observados pela legislação do trabalho. No entanto, a greve foi declarada um recurso anti-social, nocivo ao trabalho e ao capital e incompatível com os superiores interesses da produção nacional (art. 139, segunda parte).

### **16.5 – Constituição de 1946.**

Comentando a Constituição Federal de 1946, PINTO FERREIRA<sup>253</sup> lembra que:

“esta Constituição foi longamente esperada como necessária à democracia. Representou um ponto intermédio entre as forças do conservantismo e as forças do progresso. Restaurou as liberdades e garantias tradicionais asseguradas ao povo brasileiro, que a ditadura anteriormente havia violado.”

BARBOSA LIMA SOBRINHO<sup>254</sup>, ao comentar a semelhança entre a Constituição de 1946 e a de 1934, afirma que o fator decisivo para tanto foi “o mesmo surto de espírito democrático”, impondo os preceitos que a técnica jurídica do momento recomendava, para a correção dos males que eram levados para a conta de demasias do Poder Executivo.

---

<sup>253</sup> “Curso de Direito Constitucional”, ob. Cit, pág. 59.

<sup>254</sup> “A Constituição de 1946”, in Constituições Brasileiras, Vol. V. 1946. 3ª. Ed, Brasília: Senado Federal, 2012, pág. 25.

A Constituição de 1946 fortaleceu o Estado Social. Segundo ALIOMAR BALEEIRO<sup>255</sup>,

“Os constituintes de 1946 partiam do princípio filosófico kantiano de que o Estado não é fim em si mesmo, mas meio para o fim. Esse fim seria o homem. O Estado deveria fazer convergir seus esforços precipuamente para elevar material, física, moral e intelectualmente o homem. Melhorando-o do ponto de vista da saúde, da educação, do bem-estar econômico, viria, como consequência, o desenvolvimento total da Nação”.

ZULMAR FACHIN<sup>256</sup> assevera que a ordem econômica deveria ser organizada “conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano (art. 145), o que demonstrava a preocupação do Constituinte, tanto com o princípio da liberdade (liberdade de iniciativa) como com o princípio da igualdade (valorização do trabalho humano).

Assim, o social reaparece, “com toda a energia e intensidade programática no inciso IV do art. 157 da Constituição de 18 de setembro de 1946, que preceituava a participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar”<sup>257</sup>.

A Constituição de 1946 dedicou o Título IV à Declaração de Direitos (formado por dois Capítulos, o primeiro tratando da nacionalidade e da cidadania, e o segundo, dos direitos e das garantias individuais). Além disto, continha um Título sobre a ordem econômica e social (V) e outro sobre a família, a educação e a cultura (VI).

O Título denominado “Da Ordem Econômica e Social” era inaugurado pelo art. 145, que tinha a seguinte redação: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. O parágrafo único dispunha: “A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social”.

O art. 157 trazia inúmeras disposições sobre direitos trabalhistas que deveriam ser observados pela legislação do trabalho e da previdência social,

---

<sup>255</sup> “A Constituição de 1946”, in Constituições Brasileiras, Vol V, 1946. 3ª. Ed, Brasília: Senado Federal, 2012, pág. 13.

<sup>256</sup> “Curso de Direito Constitucional”, Ob. Cit, pág. 91.

<sup>257</sup> BONAVIDES, Paulo. “Curso..”, Ob. Cit., pág. 381.

enunciando claramente o seu caráter simplesmente exemplificativo, uma vez que seriam reputados válidos outros preceitos, “que visem à melhoria da condição dos trabalhadores”.

Aos trabalhadores foram conferidos os direitos introduzidos na época do Estado Novo, além de outros, de que é exemplo o direito de greve (art. 158), cujo exercício deveria ser regulado em lei.

PAULO BONAVIDES alerta:

“A Carta de 46 ficou limitada aos termos programáticos de justiça social, não podendo concretizar cláusulas como aquelas que determinavam a participação do trabalhador nos lucros da empresa nem tantas outras exaradas na esfera das relações do capital com o trabalho”<sup>258</sup>.

No Título relativo à Família, Educação e Cultura foi mantido o direito da família, constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel, à proteção especial do Estado (art. 163). O art. 164 determinou ser obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. Determinou, ainda, que lei regulasse o amparo à família de prole numerosa.

Quanto à educação, a Constituição de 1946 declarou ser, ela, direito de todos, a ser dada no lar e na escola. “Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana” (art. 166). O ensino primário deveria ser obrigatório (art. 168, I), sendo o ensino primário oficial gratuito para todos (art. 168, II, que assegurava o ensino oficial ulterior ao primário gratuito para quantos provarem falta ou insuficiência de recursos). O art. 169 reintroduziu no direito constitucional a vinculação de percentual mínimo de impostos (nunca menos de dez por cento pela União e nunca menos de vinte por cento para os Estados, Distrito Federal e Municípios) na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Quanto à cultura, declarou-se expressamente que o seu amparo constituía dever do Estado (art. 174).

---

<sup>258</sup> “A Evolução Constitucional do Brasil”. Artigo localizado na rede mundial de computadores, “in” [HTTP://www.scielo.br/scielo.php?pid](http://www.scielo.br/scielo.php?pid).

INOCÊNCIO COELHO MÁRTIRES<sup>259</sup> afirma que no plano social, entretanto, apesar de suas múltiplas promessas, o certo é que, aos olhos do povo – que inconscientemente, antropomorfiza as instituições – a Constituição de 1946 “nada fez para melhorar sua qualidade de vida, considerada superior antes da redemocratização do País, tanto mais em face da legislação trabalhista e previdenciária que, indiscutivelmente, operara avanços significativos na proteção aos menos favorecidos”, referindo-se ao sentimento de orfandade e de saudade das classes populares com relação à figura do ditador deposto, o que teria contribuído para pavimentar a volta de Getúlio Vargas “literalmente nos braços do povo”.

### **16.6 – Constituição de 1967.**

A Constituição de 1967 foi produto da ditadura inaugurada pelo Golpe Militar de 31 de março de 1964.

PAULO BONAVIDES<sup>260</sup>, referindo-se à Constituição de 1967, afirma:

“As comoções políticas de raiz social fizeram-na desembocar, por obra da corrupção do regime presidencial, na segunda ditadura do século, a mais longa e perniciosa por haver mantido um Congresso fantoche, debaixo de uma Constituição de fachada outorgada pelo sistema autoritário”.

A Constituição de 1967 previu um rol de direitos individuais e sociais. Não obstante, mal escondendo a sua vocação autoritária, muitas vezes formulou a exigência de edição de lei para a sua implementação.

Anota JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>261</sup> que a Constituição reduziu a autonomia individual, permitindo a suspensão de direitos e de garantias constitucionais, no que se revela mais autoritária que as anteriores, salvo a de 1937:

“Em geral, é menos intervencionista do que a de 1946, mas, em relação a esta, avançou no que tange à limitação do direito de propriedade,

---

<sup>259</sup> “Curso...”, ob. Cit, pág.. 197

<sup>260</sup> “A Evolução Constitucional. Do Brasil. [HTTP://www.scielo.br](http://www.scielo.br). Acesso em 20.abr.2013.

<sup>261</sup> “Curso...”, ob. Cit, pág. 87.

autorizando a desapropriação mediante pagamento de indenização por títulos da dívida pública, para fins de reforma agrária. Definiu mais eficazmente os direitos dos trabalhadores.”

A Constituição de 1967 dedicou o Título III à Ordem Econômica e Social.

O art. 157 determinava que a ordem econômica tinha por fim realizar a justiça social, com base em vários princípios, dentre os quais a valorização do trabalho como condição da dignidade humana (inciso II). O

art. 158 assegurou certos direitos aos trabalhadores, sem prejuízo de outros que visassem à melhoria de sua condição social. Anote-se que o direito à estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, poderia ser substituído por fundo de garantia equivalente (inciso XIII).

O direito de greve foi reconhecido (art. 158, § XXI), com a restrição dos serviços públicos e atividades essenciais, definidos em lei ( art. 157, § 7º).

Outro Título foi dedicado à família, educação e cultura.

Quanto à família, constituída pelo casamento, teria proteção do Estado (art. 167). A lei deveria dispor sobre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência (art. 167, § 4º).

A educação foi declarada como direito de todos (art. 168), devendo inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana (art. 168). Dos 7 (sete) aos 14 (quatorze) anos o ensino era obrigatório para todos e gratuito nos estabelecimentos primários oficiais (art. 168, § 3º, II); o ensino oficial ulterior ao primário seria gratuito a todos os que, demonstrando efetivo aproveitamento, provarem falta ou insuficiência de recursos (art. 168, § 3º, III). Foi suprimida a vinculação dos impostos para a manutenção e desenvolvimento do ensino.

O art. 172 da Carta declarava que o amparo à cultura era dever do Estado.

#### **16.6.1 – Emenda Constitucional 1, de 1969.**

A Emenda Constitucional, cuja extensão e profundidade retiram-lhe a característica de emenda, dando-lhe a feição de nova Constituição, foi outorgada pelos Ministros Militares, ávidos pela manutenção do poder.

Esta Carta pouco, ou quase nada, inovou em matéria de direitos sociais.

Digno de nota foi o acréscimo, como princípio da ordem econômica e social, da expansão das oportunidades de emprego produtivo (art. 160, VI).

### **16.7 - Direitos sociais na Constituição Federal de 1988.**

Retumba, até hoje, nos ouvidos dos brasileiros que assistiram à promulgação da Constituição Federal, em 5 de novembro de 1988, as palavras do Deputado Federal Ulisses Guimarães, Presidente da Assembleia Constituinte: “Declaro promulgado o documento da liberdade, da dignidade, da justiça social do Brasil. Que Deus nos ajude e que isto se cumpra.”

JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>262</sup> considera que a Constituição Federal de 1988:

“É a Constituição Cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania”.

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO<sup>263</sup> ensina:

“A Constituição de 1988, em razão mesmo do seu processo de elaboração, é a mais democrática das nossas cartas políticas, seja em razão do ambiente em que ela foi gerada – participação era, então, a palavra de ordem – seja em função da experiência negativamente acumulada nos momentos constitucionais precedentes, quando, via de regra, nossas constituições foram simplesmente outorgadas ou resultaram de textos originariamente redigidos por grupos de notáveis – com ou sem mandato político – , para só depois serem levados a debate nas assembleias constituintes.”

---

<sup>262</sup> “Curso de Direito Constitucional Positivo”, ob. Cit, pág. 90.

<sup>263</sup> Curso de Direito Constitucional. Ob. Cit, pág. 203.

PAULO BONAVIDES<sup>264</sup>, pondo em relevo os direitos fundamentais albergados por esta Carta, afirma que o novo Direito que a sociedade industrial produziu não poderia ser outro “senão o Direito Constitucional do Estado Social. A esse Direito o Brasil se prende como nunca desde o advento da Constituição de 1988.” A preocupação com os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 foi tamanha, ao ver deste Autor, que ele declara: “A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social”<sup>265</sup>, ressaltando a latitude sem precedentes dada aos direitos sociais básicos, dotados agora de uma substantividade nunca conhecida nas Constituições anteriores, a partir da de 1934.<sup>266</sup>

ZULMAR FACHIN<sup>267</sup> aponta que “um dos fenômenos mais visíveis na Constituição de 1988 é a chamada constitucionalização de direitos”, vale dizer, a previsão, na Carta, de direitos antes tratados apenas pelo ordenamento infraconstitucional.

INGO WOLFGANG SARLET<sup>268</sup> anota:

“Embora na evolução constitucional precedente já houvesse previsão de algumas normas – especialmente no âmbito da ordem social e econômica da Constituição – versando sobre justiça social e mesmo de alguns direitos sociais (com destaque para os direitos dos trabalhadores), foi apenas no texto promulgado em 05.10.1988 que os direitos sociais foram efetivamente positivados na condição de direitos fundamentais.”

JORGE MIRANDA<sup>269</sup>, por sua vez, referindo-se à Constituição brasileira atualmente em vigor, anota que “diversamente de todas as anteriores Constituições, a de 1988 ocupa-se dos direitos fundamentais com prioridade em relação às demais matérias”. Entende, no entanto, ser a mais grave deficiência do texto constitucional que, só muito depois do Capítulo relativo aos direitos sociais, surge a “ordem social” (arts. 193 a 232), evidentemente indissociável dos direitos sociais, mesmo quando se traduz em garantias institucionais e incumbências do Estado.

<sup>264</sup> “Curso...”, Ob. Cit., pág. 385.

<sup>265</sup> “Curso...”, ob. Cit, pág. 383.

<sup>266</sup> “Curso...”, Ob. Cit., pág. 386

<sup>267</sup> “Curso...”, Ob. Cit., pág. 101.

<sup>268</sup> “Curso...”, Ob. Cit., pág. 555

<sup>269</sup> “Manual de Direito Constitucional. Tomo I. Coimbra Editora, 1990, pág. 239.

Na realidade, os artigos 6º e 7º apenas enunciam os direitos sociais, ficando o Capítulo relativo à Ordem Social e Econômica dedicado a cumprir a tarefa de enunciar os principais aspectos destes direitos. Tratou-se de opção legislativa para, ao mesmo tempo manter Capítulos dedicados às ordens econômica e social, como as Constituições precedentes, e fazer a enunciação clara destes direitos no Título próprio.

A Constituição da República de 1988 foi a primeira a consignar o princípio da dignidade da pessoa humana, colocando-o como um dos fundamentos do Estado brasileiro (artigo 1º, III), verdadeiro farol a iluminar a interpretação das disposições constitucionais, em especial aquelas relativas ao ser humano.

É de INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO<sup>270</sup> o seguinte trecho:

“Em tema de direitos fundamentais, aquilo que constitui o seu núcleo essencial, a Constituição de 1988 nada fica a dever às mais modernas cartas políticas – e.g as Constituições de Portugal e da Espanha – porque nesse particular ela avançou muito e avançou bem, ostentando um catálogo de direitos que se pode considerar temporalmente adequado, visto que, a par de re-consagrar todos os velhos direitos – os clássicos direitos civis e políticos -, ela nos garantiu, também, os chamados novos direitos, aqueles direitos que historicamente foram se destacando – como especificações – de uma geratriz originária, a compasso das necessidades e dos reclamos do homem concreto, daquele indivíduo que precisamente pelo fato de ser portador de carências especiais, tem de receber tratamento diferenciado”.

Segundo CARLOS WEISS<sup>271</sup>,

“a própria estruturação do estado Brasileiro para o fim de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais decorre da obrigatoriedade das normas de direitos econômicos, sociais e culturais (constitucionais ou de direito internacional), que vinculam as políticas públicas, não se podendo pensar, atualmente, que tal se dá como simples liberalidade do governo”.

A Constituição Federal de 1988 tem um Título denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, formado por cinco Capítulos: Direitos e Deveres

---

<sup>270</sup> “Curso...”, Ob. Cit., pág. 204/205.

<sup>271</sup> “Direitos Humanos...”, Ob. Cit., pág. 63

Individuais e Coletivos (I), Os Direitos Sociais (II), os Direitos de Nacionalidade (III), os Direitos Políticos (IV) e Os Partidos Políticos (V).

Além disto, tem um Título (VII) denominado “Da Ordem Econômica e Financeira” e outro, dedicado à Ordem Social (Título VIII).

O art. 170, caput, da Constituição Federal, que inaugura o Título da Ordem Econômica e Financeira, tem a seguinte redação: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social...”. Como princípios da ordem econômica encontram-se, dentre outros, a função social da propriedade (art. 170, inciso III), a defesa do consumidor e do meio ambiente (art. 170, V e VI), a redução das desigualdades regionais e sociais (170, VII) e a busca do pleno emprego (art. 170, VIII). Por estas disposições vê-se que a ordem econômica está umbilicalmente ligada à ordem social.

O Título que dispõe sobre a Ordem Social está dividido em 8 (oito) Capítulos, a saber: Capítulo I – Disposição Geral; Capítulo II – Da seguridade social<sup>272</sup>; Capítulo III – Da educação, Da cultura e do desporto; Capítulo IV – Da ciência e tecnologia; Capítulo V – Da Comunicação social; Capítulo VI – Do meio ambiente; Capítulo VII – Da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso; Capítulo VIII – Dos índios.

O art. 6º da Constituição Federal, na redação atualmente vigente, dispõe serem direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição.

Anote-se que a moradia foi incluída no texto pela Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000. O direito à alimentação foi incluído pela Emenda Constitucional n. 64, de 04 de fevereiro de 2010.

Os artigos 7º a 11 tratam dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, sendo útil apontar o seu caráter não exaustivo, uma vez que, já no *caput* do art. 7º, é esclarecido que os direitos ali previstos não obstam “outros, que visem à melhoria da sua condição social”. Foram estabelecidos os direitos de associação e de

---

<sup>272</sup>A Seguridade Social (Capítulo II) é integrada pela Saúde (Seção II), Previdência Social (Seção III) e Assistência Social (Seção IV).

sindicalização, bem assim o direito de greve, além da participação dos trabalhadores em colegiados de órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação e a eleição de um representante, em empresas com mais de duzentos empregados, com a finalidade exclusiva de promover entendimentos diretos com os empregadores.

O Capítulo III, do Título II, da Constituição Federal não esgota o rol dos direitos sociais, quer porque o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição 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, quer porque em outras disposições constitucionais foram previstos direitos sociais. É o caso do direito à cultura (art. 215 da Constituição Federal) e do direito ao esporte (art. 217 da Constituição Federal).

O primeiro Capítulo do Título “Da Ordem Social” é composto por um único artigo, que assim dispõe: “Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem estar e a justiça sociais”.

O tema do trabalho e da sua valorização são indicados tanto nas disposições relativas à ordem econômica, como nas relativas à ordem social. Assim, não obstante possa ser reconhecido que as ordens mencionadas não são idênticas – e esta discussão não constitui objetivo deste trabalho – pode ser afirmado que elas tem um núcleo em comum, suficiente para evitar que se tenha o fator econômico como alheio aos direitos sociais.

Ressalte-se que, dentre as restritas hipóteses de intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal consta a seu cabimento para assegurar a observância, dentre outros, dos direitos da pessoa humana (art. 34, VII, “b”).

Finalmente, reiterando a importância dos direitos sociais para a ordem constitucional vigente, registre-se que constitui crime de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais. (art. 85, III, da Constituição Federal).

## **17. Interpretação dos direitos sociais.**

Não constitui escopo deste trabalho o exame dos métodos de interpretação do direito constitucional, mas, sim, indicar um ponto de partida da tarefa interpretativa com vistas à concretização dos direitos sociais.

LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO E VIDAL SERRANO NUNES JUNIOR<sup>273</sup> ensinam que a interpretação de todo e qualquer direito social deve ser feita à luz do princípio da dignidade humana que, em primeiro lugar, indicará um mínimo irreduzível dos direitos sociais e, em segundo lugar, “tomam o homem como valor não-relativo, que, deste modo, não pode ter sua existência digna sacrificada frente a interesses secundários da administração pública.”

A este respeito, ROBERT ALEXY<sup>274</sup> atenta para dificuldades extrajurídicas na interpretação dos direitos sociais:

“A polêmica sobre os direitos a prestações é marcada por uma profunda divergência de opiniões acerca da natureza e da função do Estado, do Direito e da Constituição – e também dos direitos fundamentais – bem como acerca da percepção da atual situação da sociedade. Visto que essa polêmica se relaciona, entre outros, a problemas distributivos, seu ‘caráter politicamente explosivo’ é facilmente compreensível. Em quase nenhuma área a conexão entre o efeito jurídico e as valorações práticas gerais ou políticas é tão clara, em quase nenhum campo a polêmica é tão tenaz”.

PAULO BONAVIDES<sup>275</sup> ensina:

“Toda interpretação dos direitos fundamentais vincula-se, de necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais; esta, por sua vez, a uma teoria da Constituição e ambas – a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da Constituição – a uma indeclinável concepção do Estado, da Constituição e da cidadania, consubstanciando uma ideologia sem a qual aquelas doutrinas, em seu sentido político, jurídico e social mais profundo, ficariam de todo ininteligíveis.”

Não obstante, PAULO BONAVIDES<sup>276</sup> fornece um parâmetro para interpretação das normas constitucionais que contem direitos sociais: “A igualdade

---

<sup>273</sup> “Curso...”, ob. Cit., pág. 114/115

<sup>274</sup> “Teoria...”, Ob. Cit., pág. 441.

<sup>275</sup> “Curso...”, Ob. Cit., pág. 616.

se converte aí no valor mais alto de todo o sistema constitucional, tornando-se o critério magno e imperativo de interpretação da Constituição em matéria de direitos sociais.”

MARCUS ORIONI GONÇALVES CORREA<sup>277</sup> afirma:

“diversamente dos ramos mais ligados aos direitos individuais, em que o positivismo parece imperar absoluto, quando se trata de direitos sociais, a postura metodológica positivista, senão abandonada, é, certamente, redimensionada de forma a atender os interesses inadequados dos detentores do poder”.

Segundo este estudioso<sup>278</sup>, a ideia de que existem pessoas que se aproveitarão das vantagens geradas pelo esforço da maioria, sem mérito pessoal suficiente, “está sempre presente na mente daqueles que criticam os direitos sociais (e, em especial, a sua constitucionalização).” De outra parte, “os direitos sociais devem ser construtores de autonomias e não do cerceamento de liberdades de pessoas mais pobres”<sup>279</sup> E o jurista, muitas vezes impregnado por esta concepção e pela falta de percepção do outro, acaba sendo, “ao mesmo tempo, vítima e algoz de banalização da injustiça social”<sup>280</sup>. Assim, propõe que quem interpreta o direito tem aquela difícil missão de primeiro ultrapassar os seus valores próprios, e depois disso, ainda se depara com os valores do sistema, a serem também ultrapassados.<sup>281</sup>

Assim, segundo o mesmo Autor, “a necessidade, portanto, do verdadeiro conhecimento da condição do outro, enquanto ser humano, é indispensável para o ato de interpretação, para evitar, por exemplo, a discriminação”<sup>282</sup>.

J. J. GOMES CANOTILHO<sup>283</sup> anota que a jurisprudência e a doutrina portuguesa abraçaram uma posição cada vez mais conservadora: (i) as prestações

---

<sup>276</sup> “Curso...”, Ob. Cit., pág. 387.

<sup>277</sup> “Interpretação dos direitos fundamentais sociais, solidariedade e consciência de classe”, “in” Direitos Fundamentais Sociais. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 117.

<sup>278</sup> “Interpretação...”, Artigo citado, pág. 118.

<sup>279</sup> “Interpretação...”, Artigo citado, pág. 122.

<sup>280</sup> “Interpretação...”, Artigo citado, pág. 129.

<sup>281</sup> “Interpretação...”, Artigo citado, pág. 132.

<sup>282</sup> “Interpretação...”, Artigo citado, pág. 132.

existenciais partem do mínimo para uma existência minimamente condigna; (ii) são consideradas mais como dimensões de direitos, liberdades e garantias (direito à vida, direito ao desenvolvimento da personalidade, direito ao princípio da dignidade da pessoa humana) do que como elementos constitutivos de direitos sociais, e (iii) a posição jurídico-prestacional assenta primariamente em deveres objetivos, *prima facie* do Estado, e não em direitos subjetivos prestacionais derivados diretamente da Constituição.

MARCUS ORIONE GONÇALVES CORREIA<sup>284</sup> afirma que os direitos sociais são vistos como programas (art. 6º da Constituição Federal). No entanto, “devem ser concebidos também, para o direito, essencialmente na perspectiva de sua subjetivação”. Arremata: “O resto é preconceito, comum aos direitos sociais como visto, referentes à suposta expropriação do bem ou serviço produzido coletivamente (ou para a coletividade) pelo sujeito individualmente considerado.”

Advirta-se, fazendo coro com PAULO BONAVIDES, que “para fazer eficaz a norma da Constituição, e, por extensão, o direito fundamental, força é criar os pressupostos de uma consciência social, tendo por sustentáculo a crença inabalável nos mandamentos constitucionais”<sup>285</sup>, certo que “os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam: concretizam-se”<sup>286</sup>, já que o “mais importante é buscar interpretações que aumentem o poder daqueles aos quais o direito pode servir como forma de eliminação das injustiças sociais”.<sup>287</sup>

Quanto ao preconceito<sup>288</sup> relativo à concretização dos direitos sociais, ele é indubitoso. A afirmação do preconceito como barreira que compromete a

<sup>283</sup> “O direito constitucional como ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da ‘constituição social’), in Direitos Fundamentais Sociais, São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 12.

<sup>284</sup> “Interpretação...”, Ob. Cit., pág. 147.

<sup>285</sup> “Curso...”, Ob. Cit., pág. 636.

<sup>286</sup> “Curso...”, pág. 628.

<sup>287</sup> “Curso...”, ob. Cit., pág. 142.

<sup>288</sup> DALMO DE ABREU DALLARI (“Políciais, Juizes e Igualdade de Direitos”. In O Preconceito, Vários autores. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1996/1997) afirma que o preconceituoso, muitas vezes, não percebe que age desta forma, já que o preconceito geralmente atua de forma sutil, sinuosa, levando uma pessoa a tomar como premissa, como ponto de partida, aquilo que deseja que seja a conclusão (pag. 89). Acrescenta que embora sejam vários os fatores que podem dar origem à atitude preconceituosa, é possível apontar alguns dos principais geradores dos preconceitos, a saber, a ignorância, a educação domesticadora, a intolerância, o egoísmo e o medo. A intolerância e o egoísmo teriam causas de ordem social, política e econômica, que fez com que a sociedade do final do século XX se tornasse predominantemente materialista e competitiva, fazendo da convivência social um jogo impiedoso de ambições que sepultou a solidariedade e estimulou o individualismo (fls. 93/94).

interpretação e a concretização dos direitos sociais leva em conta a adoção de critérios outros como elementos interpretativos da norma constitucional, de sorte a torná-la inoperante.

Paulo Krugman<sup>289</sup>, por exemplo, relata a ira dos conservadores quanto ao Programa de Assistência Nutricional Suplementar (Snap, na sigla em inglês) dos Estados Unidos da América. Este programa cresceu vertiginosamente desde 2007 e não obstante o suposto término da crise, continua crescendo. Segundo o texto do artigo, o presidente da Comissão do Orçamento da Câmara afirmou que esta rede de proteção transformou-se num “balanço para embalar pessoas perfeitamente aptas para trabalhar permitindo que vivam despreocupadas na dependência do governo”. No entanto, o articulista afirma que o grupo beneficiário do programa é formado, em quase dois terços, por crianças, idosos ou deficientes e a maior parte dos restantes é formada por adultos com filhos. Entretanto, é preciso pensar também que garantir uma alimentação adequada às crianças, em grande parte a finalidade essencial do Snap, na realidade fará com que um número maior dessas crianças tenha uma existência menos pobre e não precise da assistência do governo quando crescer. É isso que as evidências mostram. Em seguida, relata estudo realizado nas décadas de 1960 e 1970 que indicou que a assistência alimentar, pela entrega de cupons, nos primeiros anos de vida tornaram os beneficiários, em média, adultos mais saudáveis e mais produtivos do que não a receberam.

Diante destas considerações resulta claro que a questão da interpretação das normas constitucionais que preveem direitos sociais constitui muito mais um problema político do que propriamente jurídico.

## **18 - Direitos Sociais como cláusula pétrea.**

O artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal estabelece que não pode ser objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir “os direitos e garantias individuais”.

---

<sup>289</sup> Artigo publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, edição de 24 de setembro de 2013, pág. A-10.

Diante desta disposição, resta saber se a cláusula pétrea abrange, também, os direitos sociais.

Duas respostas são possíveis.

A primeira, pela negativa, funda-se no entendimento de que a imutabilidade da Constituição constitui exceção e as disposições que estabelecem cláusulas pétreas devem ser interpretadas restritivamente.

A interpretação restritiva acarreta o resultado de que os “direitos e garantias individuais” mencionados no art. 60, § 4º, da Constituição Federal, abrangeriam apenas os direitos previstos no art. 5º, que integra o Capítulo denominado “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, e apenas naquilo que tivesse natureza individual.

A segunda resposta – pela afirmativa – tem por fundamento o fato de que os direitos sociais também são direitos fundamentais, e que o exercício deles, individual ou coletivamente, não altera a sua natureza .

Neste sentido, entende PAULO BONAVIDES que o grau de intangibilidade do § 4º do art. 60, “não abrange apenas o teor material dos direitos da primeira geração, herdados pelo constitucionalismo contemporâneo, senão que se estende por igual aos direitos da segunda dimensão, a saber, os direitos sociais.”<sup>290</sup>

No mesmo sentido a lição de INGO WOLFGANG SARLET<sup>291</sup>, que ressalta que o regime dos direitos sociais é o mesmo dos direitos fundamentais e, por isso, goza de “proteção contra o poder de reforma constitucional e contra intervenções restritivas por parte dos órgãos estatais”

## **19 - A proibição do retrocesso.**

Em matéria de direitos sociais, vige a proibição de retrocesso, princípio que descende da segurança jurídica.

---

<sup>290</sup> “Curso...”, ob. cit, pág. 678.

<sup>291</sup> “Curso...”, ob. cit, pág. 563.

INGO WOLFGANG SARLET<sup>292</sup> registra que ganhou notoriedade, inclusive e de modo particularmente intensivo no Brasil, a noção de uma proibição jurídico-constitucional de retrocesso, “como mecanismo de controle para coibir e/ou corrigir medidas restritivas ou mesmo supressivas de direitos sociais.”

A proibição de retrocesso, em matéria de direitos sociais, seria “uma espécie de direito social adquirido, que, portanto, estaria salvaguardado, tanto a título individual como coletivo, por eventuais mudanças legislativas ou ainda por revisões administrativas do Poder Executivo”<sup>293</sup>: “Forçosa, assim, a conclusão de que eventual supressão de prestação social deve ou preservar ou aumentar o bem-estar até então propiciado”<sup>294</sup>. Acrescenta que doutrina e a jurisprudência vem reconhecendo a garantia constitucional implícita do princípio da vedação do retrocesso social, proibindo medidas que venham a desconstituir ou afetar gravemente o grau de concretização já atribuído a determinado direito social.

Ademais, “a proibição de retrocesso costuma ser vinculada também ao dever de realização progressiva dos direitos sociais, tal como previsto no art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil”.<sup>295</sup>

A proibição de retrocesso não significa a vedação à alteração, ou ao abandono, de política pública já existente, mas, sim, que esta alteração ou abandono sejam seguidos por política que concretize o direito social de forma igual ou superior à anterior. Óbices orçamentários à permanência de determinada política pública não podem justificar a sua diminuição ou extinção, à vista da necessidade de progressiva realização dos direitos sociais.

## **20 – Concretização dos direitos sociais.**

A concretização, pelo Estado, dos direitos sociais, vale dizer, do direito a algo, especialmente no que se refere ao direito a prestações em sentido estrito, exige recursos financeiros. Não se pode esquecer, a esta altura, das palavras de

---

<sup>292</sup> “Curso...”, ob. cit, pág. 580.

<sup>293</sup> NUNES NÚNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania...”, Ob. Cit., pág. 119.

<sup>294</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania..”, Ob. Cit., pág. 122.

<sup>295</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Curso...”, Ob. Cit., pág. 580.

NORBERTO BOBBIO<sup>296</sup> acerca do problema atual dos direitos do homem, quando refere a pouca importância histórica da busca dos fundamentos possíveis desta categoria jurídica, “se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado.”

PINTO FERREIRA<sup>297</sup> salienta que a oposição à concretização dos direitos sociais coloca em risco a democracia. “Esta assegura a proteção dos fracos, que são as pessoas mais numerosas”.

ROBERTO ALEXY<sup>298</sup> lembra:

“Todos os direitos fundamentais sociais são extremamente custosos. Para a realização dos direitos fundamentais sociais o Estado pode apenas distribuir aquilo que recebe de outros, por exemplo na forma de impostos e taxas. Mas isso significa que os frequentemente suscitados limites da capacidade de realização do Estado não decorrem apenas dos bens distribuíveis existente, mas sobretudo daquilo que o Estado, para fins distributivos, pode tomar dos proprietários desses bens sem violar seus direitos fundamentais”.

Acrescenta ALEXY<sup>299</sup> que mesmo os direitos fundamentais sociais mínimos tem, especialmente quando são muitos que deles necessitam, enormes efeitos financeiros. Mas isso, isoladamente considerado, não justifica uma conclusão contrária à sua existência.

A idéia de mínimo existencial foi desenvolvida para delimitar o conteúdo essencial dos direitos sociais, vale dizer, aquele cerne intangível, que o Estado deve propiciar, sob pena de omissão.

Não raro, argumenta-se que o Estado não tem dinheiro para concretizar os direitos sociais prestacionais. Invoca-se a teoria da reserva do possível, concebida pelo Tribunal Constitucional Alemão como um dos limites para a concretização de direitos fundamentais.

O custo dos direitos sociais, o denominado mínimo existencial, a teoria da reserva do possível, assim como outros limites à concretização dos direitos sociais, serão abordados no próximo Capítulo.

---

<sup>296</sup> “A Era dos Direitos”. Ob cit., pág. 23/24.

<sup>297</sup> “Comentários à Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989, pág. 223

<sup>298</sup> “Teoria...”, ob. Cit, pág. 510.

<sup>299</sup> “Teoria...”, pág. 512.

## **CAPÍTULO V**

### **OS LIMITES DOS DIREITOS SOCIAIS**

#### **1 - Breves Considerações.**

Como já afirmado no Capítulo anterior, uma das características dos direitos fundamentais é a sua limitabilidade.

Os direitos sociais, como direitos fundamentais, compartilham desta característica.

Cumprе, então, analisar quais seriam os limites dos direitos sociais.

Em geral, são apontados três limites aos direitos sociais: a discricionariedade administrativa, o princípio da separação dos poderes e a teoria da reserva do possível.

Com estes limites, os direitos sociais só deveriam ser satisfeitos se e na medida da existência de recursos financeiros suficientes para tanto. A esta idéia somar-se-ia outra: quanto aos recursos existentes, caberia ao Poder Executivo a decisão acerca de onde empregá-los. Para tanto, invoca-se a teoria da separação de poderes, que obstaria qualquer ingerência sobre a decisão acerca do emprego do dinheiro público.

Estas matérias serão objeto de análise neste Capítulo. No entanto, antes de entrar no exame destas questões, convém fazer breve digressão sobre o custo dos direitos sociais.

#### **2 - O Custo dos direitos sociais.**

Os direitos sociais, quando implicam uma prestação material por parte do Estado, demandam recursos públicos, muitas vezes de monta.

No entanto, embora este fato seja mais perceptível quando se fala em direitos sociais prestacionais, o certo é que todos os direitos que devem ser garantidos pelo Estado demandam custos.

STEPHEN HOLMES e CASS R. SUNSTEIN<sup>300</sup> iniciam o seu estudo sobre o custo dos direitos afirmando que estes não podem ser protegidos sem a existência de recursos públicos, sendo esta uma afirmação tanto para antigos, como para os novos direitos. “Tanto o direito ao bem estar como o direito à propriedade demandam recursos públicos”. Assim, o “quanto a comunidade escolher gastar na proteção de cada direito influenciará decididamente na proteção que cada um terá”<sup>301</sup>.

Anote-se que estes Autores não analisam, especificadamente, os direitos prestacionais, mas todo e qualquer direito que o Estado tenha a incumbência de proteger. E deixam expresso que levar direitos a sério demanda levar a sério os seus custos, o que não seria possível às Cortes, que não detêm todas as informações relevantes a respeito deste assunto, não tendo condições reais de alocar os recursos públicos.

Não se perca de vista, no entanto, que estes autores norte-americanos debruçaram-se sobre a realidade de seu país, no qual o contingente de pessoas que dependem do Estado para ter a sua dignidade garantida é ínfimo quando comparado ao Brasil, o que faz com que a concretização dos direitos sociais, lá, não tenha a mesma relevância que aqui<sup>302</sup>.

No entanto, é verdade: os direitos demandam recursos públicos. Mas também demandam vontade política e efetividade na gerência destes recursos.

O Jornal “A Folha de São Paulo”, na edição de 9 de dezembro de 2013 (pág. C1, Caderno Cotidiano), noticiou: “Falta mais eficiência ao SUS do que verba, afirma estudo”. Este estudo, segundo o periódico, foi realizado pelo Banco Mundial abrangendo vinte anos do Sistema Unificado de Saúde – SUS no Brasil.

---

<sup>300</sup> “The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes”. USA: New York, W.W. Norton & Company, 1999, pág. 15.

<sup>301</sup> “The Cost...”, ob. Cit, pág. 31.

<sup>302</sup> Para chegar a esta conclusão, basta comparar o Índice de Desenvolvimento Humano dos Estados Unidos e do Brasil. Este índice é a referência mundial para avaliar o desenvolvimento humano a longo prazo, indo de 0 (zero) a 1 (um), a partir de três fatores: vida longa e saudável, acesso ao conhecimento e um padrão de vida decente. Em 2013 os Estados Unidos foram classificados em 5º lugar, com IDH de 0,914, enquanto o Brasil amargou o 79º lugar, com IDH de 0,744.

Neste estudo consta que o gasto público no Brasil com o setor da saúde situa-se em 3,8% do PIB, estando abaixo da média de países em desenvolvimento. E que seria possível fazer mais e melhor com o mesmo orçamento. O estudo aponta, como exemplo, a baixa eficiência da rede hospitalar, que poderia ter uma produção três vezes superior à atual, com o mesmo nível de insumos: “Mais da metade dos hospitais brasileiros (65%) são pequenas unidades, com menos de 50 leitos – a literatura internacional aponta que, para ser eficiente, é preciso ter acima de cem leitos. Nessas instituições, leitos e salas cirúrgicas estão subutilizados”.

Assim, embora seja verdadeiro que os direitos prestacionais implicam custo, não menos verdadeiro é que a gerência dos recursos financeiros pelo Estado deixa muito a desejar em termos de eficiência, de sorte que não se há que pretender que o indivíduo arque com deficiências estatais, especialmente à vista do princípio da eficiência, de estatura constitucional (art. 37, “caput”).

Por outro lado, como anota INGO WOLFGNG SARLET<sup>303</sup>, também os direitos civis e os políticos acarretam custos para o Estado e este fato nunca constituiu argumento para a sua não concretização. Não obstante, os direitos sociais, ao implicarem direito a prestações materiais, demandam recursos públicos mais vultosos, ainda mais em países como o Brasil, no qual a distribuição de riqueza acarreta grande contingente de pessoas que dependem de prestações estatais.

Outro dado que não se pode desconsiderar é o fenômeno da corrupção, que acaba por desviar os recursos dos cofres públicos e comprometer que o Estado atinja seus fins.

Embora a corrupção não seja um fenômeno exclusivamente brasileiro, ocorrendo em outros países, desenvolvidos ou não, não se pode negar que no Brasil esta praga está presente de forma muito intensa. Basta ler os noticiários para verificar o grande número de ocorrências desta espécie.

A Organização Transparência Internacional elabora, anualmente, relatório do Índice de Percepção de Corrupção, relacionando os países do mundo de acordo com o grau em que a corrupção é percebida. Quanto maior a pontuação, menor a

---

<sup>303</sup> Curso de Direito Constitucional. Ob. Cit., pág. 573.

corrupção. O Brasil, no relatório do ano de 2012 apareceu em nada lisonjeiro 69º lugar.

Estes elementos indicam que, ainda que não se possa desconsiderar que os direitos à prestação implicam, geralmente, altos custos, também não se pode, a este pretexto, deixar de implementá-los, sob pena de ofensa à Constituição Federal. Afinal, ao lado destes custos, outros fatores contribuem para que o Estado não cumpra as suas obrigações.

### **3 - O princípio da separação de poderes.**

O princípio da separação de poderes foi desenvolvido na época do Absolutismo, por Montesquieu, na sua célebre obra “O Espírito das Leis” (L’Esprit des lois).

Em oposição à concepção da época (na qual o poder era concebido como tendo origem divina, estando concentrado nas mãos de apenas uma pessoa, o Monarca), Montesquieu desenvolveu a teoria política da necessidade de separação do poder em órgãos ou pessoas distintas. O objetivo desta separação era o de que o poder controlasse o poder como forma de evitar o arbítrio e de garantir a liberdade. Assim, era indispensável que o poder fosse repartido e que o exercício de uma parcela encontrasse freio na parcela exercida por outro detentor.

Ensina PAULO OTERO<sup>304</sup> que Montesquieu considerava que a liberdade política apenas se encontrava nos governos moderados nos quais era indispensável a existência de limites aos titulares do poder e defendia que a única forma de impedir situações de abuso de poder consistia em criar um modelo no qual o poder limitasse o poder:

“Diferenciava o autor, tomando por base a Constituição da Inglaterra, três espécies de poderes: (i) o poder legislativo, exercido através da feitura de leis e da correção e ab-rogação das existentes; (ii) o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes ou, pura e simplesmente, poder executivo do Estado; (iii) o poder executivo das coisas que dependem do direito civil ou, também dito, poder de julgar.”

---

<sup>304</sup> “Legalidade e Administração Pública. Coimbra: Editora Almedina, 2003, pág. 47/438.

Não obstante MONTESQUIEU considerasse nulo o poder judicial para efeitos políticos (uma vez que os juízes deveriam se limitar a ser a boca que pronunciava as palavras da lei), preconizava um sistema de cooperação mútua entre os diversos poderes.

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO<sup>305</sup> lembra as palavras de Montesquieu, no sentido de que tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos e aponta-as como uma enfática formulação do princípio da separação dos poderes, que teria adquirido

“o status de uma forma que virou substância no curso do processo de construção e de aprimoramento do Estado de Direito, a ponto de servir de pedra de toque para se dizer da legitimidade dos regimes políticos, como se infere do célebre artigo XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, onde se declara que não tem constituição a sociedade em que não estejam assegurados os direitos dos indivíduos, nem separados os poderes estatais”.

Embora o princípio da separação de poderes seja indispensável para garantir a liberdade, é claro que não é suficiente. E isto porque a divisão dos poderes e o seu controle variam em cada época histórica e nem sempre – apesar de sua formal adoção – significa efetivo controle entre os poderes, não obstante seja inegável a importância de sua adoção.

O Brasil, desde a Constituição do Império, adotou o princípio da separação de poderes e, como se sabe, o país atravessou épocas marcadas pelo autoritarismo, ainda que sob o pálio do princípio referido.

A Constituição de 1824 previa que o poder fosse separado em executivo, legislativo, judiciário e moderador. A Constituição da República extinguiu este último e, desde então, as Cartas Brasileiras prevêm a separação tripartida: Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

---

<sup>305</sup> “Curso de Direito Constitucional”. Ob. Cit, pág. 177.

Não obstante, variou, de Constituição para Constituição, o conteúdo do princípio.

Na Carta do Império, a previsão do Poder Moderador era considerado o sustentáculo da organização política do Brasil. Exercido pelo Imperador, a sua justificativa era a de que este deveria velar pela independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes. Não é difícil concluir que, não obstante a formal declaração de separação dos poderes, o poder, ao cabo, restou centralizado na pessoa do Imperador.

Por outro lado, a Constituição de 1937, embora adotasse, expressamente, o princípio da separação de poderes, na realidade desprezou-o, concentrando-os, todos, nas mãos do Presidente da República. CARLOS ROBERTO RAMOS<sup>306</sup> aponta, como uma das principais características desta Carta:

“Foi um governo centralizador, autoritário, colocando o Poder Executivo em plano superior aos demais, quebrando a independência e harmonia dos Poderes. O Presidente da República era a suprema autoridade do Estado (art. 73)”

Com efeito, nos termos do citado art. 73, ao Presidente da República cabia promover e orientar a atividade legislativa, podendo dissolver o Parlamento ou adiar as suas sessões. Além disto, o art. 64 da Constituição Federal afirmava que a iniciativa das leis era, “em princípio”, do Governo. O § 1º do mesmo dispositivo proibiu a iniciativa de lei a qualquer parlamentar. A Casa Legislativa só poderia ter a iniciativa por um terço de Deputados ou de membros do Conselho Federal (nomeado ao Senado).

Ademais, o Presidente da República poderia legislar por decreto-lei (art. 13).

O Poder Judiciário não podia conhecer de causas exclusivamente políticas (art. 94). Estavam fora do controle jurisdicional, também, durante o estado de emergência ou o estado de guerra, os atos praticados em virtude deles (art. 170), anotando-se que o art. 186 da Carta declarava, em todo o país, o estado de emergência.

---

<sup>306</sup> “Origem, conceito, tipos de Constituição, Poder Constituinte e História das Constituições Brasileiras”. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 24, n. 93, jan./mar.1987, pág. 88.

Eventual declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Presidente da República poderia ser contornada por este, segundo dispunha o art. 96, parágrafo único da Constituição Federal: caso o Presidente entendesse necessária ao bem estar do povo, à promoção ou à defesa de interesse nacional de alta monta, poderia submetê-la novamente ao Parlamento e, caso este a confirmasse por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, a declaração do Tribunal restaria sem efeito<sup>307</sup>.

A Constituição de 1967 fortaleceu, sobretudo, o Poder Executivo, o que, segundo THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI<sup>308</sup>, pode ser constatado: a) pela ampliação da iniciativa das leis; b) pelo estabelecimento de limites no tempo da aprovação dos projetos do governo; c) pela delegação legislativa; d) pela restrição a emenda dos projetos governamentais e e) pela faculdade ao Executivo de expedir decretos-leis.

Como anota CELSO RIBEIRO BASTOS<sup>309</sup>, foi uma Constituição centralizadora:

“Na verdade poderíamos dizer que a despeito do Texto Constitucional afirmar a existência de três Poderes, no fundo existia um só, que era o Executivo, visto que a situação reinante tornava por demais mesquinhas as competências tanto do Legislativo quanto do Judiciário.”

Acrescenta este Constitucionalista:

“Em matéria legislativa, o Executivo tornou-se praticamente todo poderoso, facultando-se-lhe uma iniciativa de lei em campo reservado, é dizer: no qual só ele poderia dar início sem que, por isso, estivesse proibido de deflagrar o processo legislativo de iniciativa de quaisquer dos outros órgãos. As leis delegadas que recebeu, praticamente delas não necessitou, tais eram os poderes de que estava investido. Os decretos-leis se tornaram uma arma poderosíssima diante de expressões vagas tais como: urgência e interesse público relevante, assim como em matéria de segurança nacional. A conjugação desses conceitos permitia

<sup>307</sup> Waldemar Martins Ferreira (História do Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Max Limonad, 1954, pág. 113) relata que o Supremo Tribunal Federal foi chamado a decidir sobre a inconstitucionalidade da incidência de imposto de renda sobre vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais. Declarada a inconstitucionalidade, o Presidente da República, por intermédio do Decreto-lei n. 1.564, de 5 de setembro de 1939, tornou sem efeito esta decisão ao pretexto de que ela não consultava o interesse nacional e o princípio da divisão equitativa do ônus do imposto. Com isto, a decisão judicial virou pó.

<sup>308</sup> Constituições Brasileiras. 1967. Vol. VI. 3ª. Ed., Brasília: Senado Federal, 2012, pág. 22/23.

<sup>309</sup> Curso de Direito Constitucional. Ob cit., pág. 197/198.

que se levasse a extremos insuspeitáveis a competência do Executivo para editar normas.”

CELSO RIBEIRO BASTOS afirma, ainda, que, sem embargo de seu vezo autoritário, a Constituição de 1967 foi uma tentativa de agasalhar princípios de uma Constituição democrática, conferindo um rol de direitos individuais, liberdade de iniciativa, mas no qual, a todo instante, se sente a mão do Estado autoritário que a editou.<sup>310</sup>

ANDRÉ RAMOS TAVARES<sup>311</sup> aponta a veia autoritária que alimentava o catálogo dos direitos e garantias individuais. Entre elas, a instituição de ressalvas à liberdade de pensamento, em norma proibitiva de ‘propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe’ (art. 150, § 8º); a possibilidade de suspensão dos direitos políticos na hipótese de abuso de direitos individuais, como da liberdade de expressão, de reunião e de associação (art. 151, “caput”) e a exclusão do controle jurisdicional dos atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964 (art. 173, “caput”).

Anota LUIS NAVARRO DE BRITO<sup>312</sup> que a Constituição de 1967 modelou mecanismos de segurança para preservar a continuidade do esquema dominante de forças. Sob inspiração militar, anotou três assuntos que reputou de importância para tal fim: a competência da União para estabelecer os efetivos das polícias militares (art. 8º, XVII, “v”), a competência originária do Superior Tribunal Militar para processar e julgar os Governadores e Secretários de Estado por crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares (art. 122, § 2º) e a possibilidade de intervenção federal para por termo à grave perturbação da ordem ou de ameaça de sua irrupção, além de admitir-se a intervenção para prover a execução de lei federal.

ALIOMAR BALEEIRO<sup>313</sup>, por outro lado, afirmou:

“Esta Constituição é calvinista, é para enriquecer. A preocupação é de proteger o comércio e a indústria, mesmo que se sacrifique aquela coisa que é o essencial de qualquer um, de qualquer povo, de qualquer civilização, de qualquer desenvolvimento – o homem. O homem, alvo precípuo da Constituição de 1946. A de 1967 põe em primeiro plano a

<sup>310</sup> “Curso...”, Ob. Cit., pág. 198.

<sup>311</sup> Curso de Direito Constitucional. 11ª. Ed, São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 101.

<sup>312</sup> Constituições Brasileiras. 1967. Vol. VI. 3ª. Ed., Brasília: Senado Federal, pág. 37/38.

<sup>313</sup> Constituições Brasileiras. 1967, Vol. VI. 3ª. Ed, Brasília: Senado Federal, 2012, pág. 63/64

indústria, o comércio e o desenvolvimento econômico. O mito do desenvolvimento econômico informa esta Constituição e a anima”.

Estas considerações são feitas para demonstrar, historicamente, que o princípio da separação de poderes constituiu um importantíssimo fator para o efetivo resguardo dos direitos fundamentais, mas que não teve qualquer efeito quando o Poder restou, de fato, concentrado nas mãos do Poder Executivo.

A Constituição de 1988 adotou a separação de poderes em seu artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

E dispôs que não se admitiria proposta tendente a abolir, dentre outras matérias, a separação de poderes (art. 60, § 4º, inciso III).

Feitas estas considerações básicas a respeito da separação de poderes – o seu exame profundo excederia os limites deste trabalho – cumpre analisar se o princípio poderia se constituir em um limite aos direitos sociais.

O Estado, amiúde, afirma que a intervenção judicial em matéria de direitos sociais ofende o princípio da separação de poderes, uma vez que competiria exclusivamente ao Poder Executivo a decisão acerca da implementação, ou não, de tais direitos e, ainda, da forma como esta implementação seria feita.

Este entendimento não esconde o vezo autoritário e a concepção da separação de poderes como garantia, não da liberdade, mas, sim, daquele que está exercendo o poder. Ao revés, como exposto, o princípio não foi concebido para garantir ao mandatário uma esfera de decisão não contrastável, própria dos regimes absolutistas. A separação de poderes foi desenvolvida como uma forma do exercício controlado do poder, que assim não serve para gáudio de seus exercentes, mas ao povo, único titular do poder:

Em contrário ao argumento de que o princípio referido impede decisão judicial acerca dos direitos sociais aponta-se, ainda, que o exercício dos poderes está sujeita a diversos controles, que integram a teoria de separação de poder. Bem por isto, menciona a Constituição Federal que os poderes são independentes e harmônicos. A harmonia demanda que os Poderes colaborem entre si no intuito de atingir os objetivos do Brasil, expressos no art. 3º da Constituição da República.

Na ideia de separação de poderes resta ínsita a ideia do controle do Poder por outro Poder, de modo a evitar o arbítrio. A Constituição Federal prevê inúmeros exemplos deste controle, tais como a sanção ou o veto do Poder Executivo aos projetos aprovados pelas Casas Legislativas, a fiscalização que estas devem exercer sobre aqueles e outros tantos.

Não se pode olvidar, de outro lado, que a Constituição Federal de 1988 adotou, em seu artigo 5º, XXXV, o princípio da inafastabilidade da jurisdição: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Segue que a apreciação, pelo Poder Judiciário, de causas que envolvam o Estado – de que natureza forem – não ofende, sequer em tese, o princípio da separação dos Poderes.

Esta ofensa poderia ocorrer, eventualmente, apenas quanto aos atos do Estado que tiverem sido praticados dentro do espaço discricionário, cujos lindes serão expostos no item seguinte.

#### **4 – A discricionariedade administrativa.**

A discricionariedade administrativa constitui uma das mais tormentosas questões do Direito Administrativo.

O estudo sobre a discricionariedade administrativa, sua justificação e seu alcance, surgiu quando foi imposto à Administração o princípio da legalidade, que determinava que a atuação do Poder Público fosse submetida à lei.

Convém sublinhar que, desde a sua concepção inicial, a discricionariedade administrativa implicou atuação estatal dentro dos limites da lei, sendo uma decorrência do princípio da legalidade.

Segundo PAULO OTERO<sup>314</sup>, “o princípio da legalidade é um produto directo da filosofia inspiradora do movimento liberal”, podendo ser encontrada, no *Bill of Rights*, a primeira formulação do moderno Estado de Direito.

---

<sup>314</sup> Legalidade e Administração Pública. Ob. Cit., 2003, pág. 45.

Realmente, em um Estado no qual o governante, exercente único de todo o poder, pudesse impor a sua vontade, não haveria necessidade de discutir discricionariedade administrativa. Imperaria o arbítrio, que exclui a idéia de discricionariedade.

AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ<sup>315</sup> relata o âmbito da discricionariedade administrativa durante o período do Estado Liberal, no qual os poderes conferidos à Administração eram-no para fins de polícia, para fins de segurança e paz social:

“Normalmente, a Administração, desde que não interferisse com os direitos adquiridos dos particulares, poderia, para tal finalidade genérica, usar dos meios reputados necessários, os quais, assim, ficavam na sua <esfera de liberdade> englobado nos seus poderes discricionários”.

Nesse período, a lei constituía o limite da atuação da Administração e objetivava a proteção dos direitos dos cidadãos.

Com o crescimento das funções atribuídas ao Estado houve a necessidade de edição de leis que regulassem estas novas atividades. O Estado não mais poderia fazer tudo aquilo que a lei não proibisse, mas, para além disto, não poderia fazer senão o que a lei o autorizasse. Assim, é correto dizer que o conceito de discricionariedade depende da concepção que se tenha do papel do Estado em dado momento histórico. No entanto, mesmo quando maior a liberdade da administração, ela sempre encontrou delimitação na lei.

A justificativa para a discricionariedade consiste na impossibilidade de a lei prever todas as situações que exigem a atuação do Estado, ou na impossibilidade de a lei fixar todos os critérios que deveriam ser levados em conta pelo agente público, em dada situação, para a tomada de uma ou de outra providência. Também justifica a discricionariedade a necessidade de que a Administração possa tomar, em cada caso concreto, a solução que melhor atenda ao interesse que a ela cabe tutelar<sup>316</sup>.

---

<sup>315</sup> “O Poder Discricionário na Administração”, “in” Estudos de Direito Público, vol. I, Universidade de Coimbra, 1989, pág. 410.

<sup>316</sup> MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2ª. Ed., São Paulo, Atlas, 2001, pág. 67/70) ensina que se costuma justificar a discricionariedade administrativa sob critérios práticos e jurídicos. Sob o ponto de vista prático, a justificativa seria a impossibilidade de o legislador prever todas as situações que demandam a atenção da

Hoje, em face da evolução do conceito dos princípios como normas de densidade e aplicabilidade imediata, cumpre abandonar a afirmação de que a Administração está vinculada à lei para adotar posição de que a vinculação é à juridicidade, abarcando tanto as regras, como os princípios<sup>317</sup>.

A discricionariedade administrativa, como já afirmado, sempre foi definida como atuação dentro dos limites da lei. EVA DESDENTADO LAROCA<sup>318</sup> define a discricionariedade como a realização de escolhas entre as diferentes alternativas com a finalidade de exercer uma faculdade conferida pelo ordenamento jurídico e que este não regulou plenamente, para, após, afirmar que a discricionariedade administrativa consiste na realização de escolhas sobre os meios mais convenientes para conseguir os fins de interesse público estabelecidos pelo legislador, inclusive a especificação destes fins.<sup>319</sup>

Afirma FERNANDA PAULA OLIVEIRA<sup>320</sup>:

“Quando actua no domínio dos seus poderes discricionários, a Administração está limitada pelo fim definido pela norma e encontra-se subordinada ao direito, nomeadamente a princípios jurídicos gerais reguladores da actividade administrativa (igualdade, imparcialidade, justiça, proporcionalidade, etc.). Muitos destes princípios começaram a ser critérios de boa administração, sendo no entanto hoje verdadeiros princípios jurídicos (alguns de consagração constitucional e/ou legal

---

Administração. Sob o ponto de vista jurídico, o legislador deve deixar uma margem de liberdade ao Administrador, sob pena de perder a sua condição de legislador e, suprimindo o órgão administrativo ou executivo, passar a emitir ordens concretas.

<sup>317</sup> RICARDO MARCONDES MARTINS (Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado. São Paulo: Malheiros, 2010, pág.15) refere-se à classificação das normas jurídicas em regras ou princípios. Estes, numa primeira fase, significavam os fundamentos de uma dada disciplina jurídica, os seus aspectos mais importantes; numa segunda fase, adquiriam significado técnico: princípios deixaram de ser todo assunto importante e geral e passam a ser determinados enunciados do direito positivo, dotados de extraordinária importância para o entendimento de todo o sistema, diante da alta carga valorativa a eles atribuída. Nesta fase, os princípios tem conteúdo normativo, pois fazem parte do sistema jurídico, são diretrizes ou vetores de interpretação de todas as normas jurídicas extraídas do sistema, mas não são normas jurídicas autônomas, não possuem a estrutura lógica das normas jurídicas. “Vigora na teoria geral do direito a terceira fase do conceito de princípios jurídicos: estes tem a estrutura lógica de normas jurídicas. Tanto as regras como os princípios são normas jurídicas e, nesse sentido, passíveis de aplicação direta no mundo fenomênico, consistindo ambos em *expressões irreduzíveis de manifestação do deontico* – expressão de Paulo de Barros Carvalho”

<sup>318</sup> “Los problemas del control judicial de La discrecionalidad técnica (Um estudo crítico de La jurisprudência”. Madrid (Espanha): Editora Civitas, 1997, pág. 22. No original: “la realización de elecciones entre diferentes alternativas com la finalidad de ejercer una potestad conferida por el ordenamiento jurídico y que este, sin embargo, no há regulado plenamente”

<sup>319</sup> “Los problemas...”, Ob. Cit., pág. 24. No original: “consiste em La realización de elecciones sobre los medios más convenientes para La consecución de los fines de interes publico establecidos por el legislador o, incluso, em la especificación de esos fines”

<sup>320</sup> A Discricionariedade de Planeamento Urbanístico Municipal na Dogmática Geral da Discricionariedade Administrativa. Coimbra: Almedina, 2011, pág. 75/76.

expressa). Quando a Administração decide com base em poderes discricionários, é norteadada por tais princípios que lhe fornecem os parâmetros ou critérios da decisão, que, deste modo, se mostram também como limites da decisão administrativa discricionária (princípio da juridicidade)”.

TOSHIO MUKAI define atos discricionários como “aqueles em que, para a sua produção, o agente público recebe do legislador liberdade (maior ou menor) para atuar de acordo com os seus próprios critérios de oportunidade e conveniência”<sup>321</sup>

HELLY LOPES MEIRELLES<sup>322</sup>, citando Seabra Fagundes, para quem “a competência discricionária não se exerce acima ou além da lei, senão como toda e qualquer atividade executória, com sujeição a ela”, define o poder discricionário como aquele que o “Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”, alertando, em seguida, que o poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Em lapidar lição:

“Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido”.

DIÓGENES GASPARINI<sup>323</sup> também entende a discricionariedade administrativa dentro dos limites da lei: “Discricionários são os atos administrativos praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve”.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ensina:

“fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma certa esfera de liberdade, perante o quê caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei. Não se há que pensar – advertiu a sabendas

<sup>321</sup> Direito Administrativo Sistematizado. 2ª. Ed, São Paulo: Quartier Latin, 2008, pág. 242.

<sup>322</sup> Direito Administrativo Brasileiro. 31ª. Ed, São Paulo: Malheiros, 2005, pág. 118/119.

<sup>323</sup> Direito Administrativo. 14ª. Ed, São Paulo, Saraiva, 2009, pág. 97.

André Gonçalves Pereira – que a discricionariedade resulta da ausência de lei, posto que, contrariamente, ela procede da própria disciplina normativa, a dizer, da maneira pela qual se regula dada situação”.<sup>324</sup>

Fazendo referência ao princípio da legalidade e ao art. 1º, § 1º, da Constituição Federal, BANDEIRA DE MELLO afirma:

“É certo, portanto, que nos preceptivos aludidos encontram-se estampados preceitos básicos do Estado de Direito e plenamente afiançado que a atividade administrativa, missão a ser desenvolvida tipicamente pelo Poder Executivo, deverá corresponder à concreção final da vontade popular expressa na lei. Fora da lei, portanto, não há espaço para atuação regular da Administração Pública.”<sup>325</sup>

Com propriedade, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO<sup>326</sup> assevera:

“Sob a influência do positivismo jurídico, o princípio da legalidade a que se submete a Administração Pública passou a ser visto de forma diversa. Enquanto no Estado de Direito liberal se reconhecia à Administração ampla discricionariedade no espaço livre deixado pela lei, significando que ela pode fazer tudo o que a lei não proíbe, no Estado de Direito social a vinculação à lei passou a abranger toda a atividade administrativa: o princípio da legalidade ganhou sentido novo, significando que a Administração só pode fazer o que a lei permite.”

A discricionariedade administrativa está no espaço de liberdade conferido à Administração pelo ordenamento jurídico. Este espaço não significa liberdade plena de ação, mas liberdade delimitada pela lei e pelos princípios constitucionais que regem a atividade administrativa.

Diante da existência de atos praticados com alguma margem de liberdade e de outros, nos quais a lei não confere qualquer liberdade ao Administrador, convencionou-se classificar os atos administrativos em discricionários e vinculados<sup>327</sup>.

<sup>324</sup> Curso de Direito Administrativo. 20ª. Ed, São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 906

<sup>325</sup> Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2ª. Ed, 11ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 11ª. Tiragem, 2012, pág. 50.

<sup>326</sup> Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, pág. 37.

<sup>327</sup> Na realidade, discricionária ou vinculada é a competência do agente público. Por isto, o correto seria falar em competência discricionária e em competência vinculada. São sempre vinculados os

Os atos administrativos discricionários são aqueles em que há certa liberdade da Administração para a sua prática, com a possibilidade de valorar os motivos e escolher o objeto do ato.

Ainda que discricionário, o ato administrativo pode ser controlado em determinados aspectos, não sendo correta a afirmação de que o ato vinculado estaria sujeito a controle jurisdicional e o ato discricionário não.

No âmbito da discricionariedade o agente público tem certa liberdade para escolher a melhor opção no caso concreto, dentre várias opções igualmente válidas, confrontando valores e analisando as consequências de cada solução.

O controle jurisdicional sobre os atos administrativos não pode significar nova decisão que implique valoração diversa dos mesmos motivos ou do mesmo objeto, sob pena de o Poder Judiciário invadir esfera que não lhe é própria e substituir os critérios do administrador pelos seus próprios.

O Administrador deve fazer as suas escolhas sob a perspectiva dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública. A não observância destes princípios acarretará a nulidade do ato, por desvio de poder, ainda que o ato seja discricionário, sendo possível - e indispensável - a proteção jurisdicional. O que é defeso ao Poder Judiciário, sob pena de caracterização de ofensa ao princípio da separação de poderes (art. 2º da Constituição Federal), é substituir, pelos próprios critérios, os do Administrador, se este observou os princípios constitucionais. É que se isto ocorrer, o Poder Judiciário deixará de exercer a sua função precípua, para passar a administrar, tarefa que cabe a outro Poder.

No entanto, o Poder Judiciário, mesmo nos atos discricionários, poderá intervir validamente no mérito administrativo se, a pretexto da discricionariedade, forem desrespeitados os princípios constitucionais.

---

requisitos da capacidade, da forma e da finalidade do ato administrativo. Assim, o denominado ato discricionário possui alguns de seus elementos vinculados. Os motivos e o objeto do ato administrativo podem ser vinculados ou não. Os atos administrativos vinculados são os que tem todos os seus requisitos fixados em lei, não cabendo à Administração nenhum juízo de apreciação sobre a conveniência e a oportunidade. Cabe ao agente público, nos atos vinculados, apenas verificar a ocorrência da situação de fato que determina a prática do ato administrativo, estando obrigado a praticá-lo na forma determinada. Deste dever decorre o direito subjetivo do particular de exigir que o agente pratique o ato e que este tenha o conteúdo indicado na lei.

A discricionariedade tem limites, que são aqueles previstos na Constituição Federal e no ordenamento infraconstitucional. Estes limites podem significar que a liberdade de decisão diminua no caso concreto, até mesmo desapareça, considerando especialmente o princípio da razoabilidade.

No caso brasileiro, que vive em Estado Democrático de Direito e que tem, como um dos direitos fundamentais, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, cumpre atentar para estes limites para, ao mesmo tempo, dotar a Administração de ferramentas necessárias para a consecução de suas finalidades, e garantir o respeito irrestrito aos direitos fundamentais.

Discricionariedade administrativa não se confunde com arbítrio e não é pretexto para a adoção de medidas destituídas de sentido ético ou jurídico. A liberdade do agente público não é plena e infensa ao controle jurisdicional: ao contrário, trata-se de liberdade delimitada pelo ordenamento jurídico, a ser exercida nestes limites, tanto em sua extensão como em sua profundidade.

Não se reconhece como válido ato praticado contra o ordenamento jurídico, fronteira inexpugnável da discricionariedade. O Poder Judiciário deverá apreciar se o ato administrativo foi praticado dentro dos limites traçados pelo ordenamento jurídico e se ele consubstancia decisão legítima da Administração, à luz do princípio da razoabilidade.

Não há discricionariedade administrativa para não atuar, vale dizer, para a omissão, quando o ordenamento jurídico determine que o Poder Público preste determinado serviço ou atenda a um direito subjetivo.

No campo dos direitos sociais, a não atuação, a não prestação obrigatória, o não cumprimento de um dever do Estado, implica arbitrariedade, ou seja, implica a atuação contra o Direito, em ilegalidade que deve ser objeto de correção jurisdicional, como vem decidindo o Supremo Tribunal Federal. Nestes casos, a discricionariedade administrativa restringe-se, apenas, a como o dever do Estado será cumprido. Não autoriza, nem justifica, o não cumprimento do dever a cargo do Estado.

A atuação do agente público, no espaço da discricionariedade, além de ser obrigatória, há de corresponder ao que preceitua o ordenamento jurídico.

A área de decisão exclusiva do Administrador, num Estado Democrático de Direito, deve ser apenas aquela que consubstancia exercício legítimo da competência discricionária.

Isto colocado, não se vê como a discricionariedade administrativa possa ser considerada um limite ao direito social. A discricionariedade administrativa significa, apenas, que o ordenamento jurídico confiou ao administrador a incumbência de, no caso concreto, valorar a situação e adotar a medida mais adequada para o interesse público. Evidentemente, isto não quer dizer que se faculta ao agente público a adoção de qualquer medida, a pretexto da liberdade que a ele foi conferida. A supremacia da Constituição Federal impõe que o administrador concretize os direitos sociais. Como o fará pode ser considerado um espaço de decisão discricionária. Desde que o faça.

O Superior Tribunal de Justiça, pelo Ministro Humberto Martins, Relator do REsp 1.185.474-SC (2ª Turma, julg. 20.04.2010), ao abordar o dever do Estado na concretização dos direitos sociais (no caso específico, no direito à educação) observou:

“a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário, nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. A não priorização de direitos essenciais implica o detrato da vida humana como um fim em si mesmo, ofende, às claras, o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana.”

## **5 – A denominada reserva do possível.**

A cláusula da reserva do possível foi desenvolvida na Alemanha e, daí, transposta para outros países, inclusive o Brasil.

VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR<sup>328</sup>, analisando o julgado alemão que abraçou esta teoria, expõe que o Tribunal Alemão debruçou-se sobre a pretensão de cidadãos que se insurgiam contra a limitação de vagas no ensino público superior de medicina, sob o argumento de que esta limitação implicava violação ao direito de

---

<sup>328</sup> A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. Ob. Cit., pág. 173.

livre escolha de profissão. A pretensão foi negada, “entendendo que, para além do mínimo vital, a realização de direitos sociais ficaria condicionada à existência de recursos orçamentários suficientes para tanto”. O Autor destaca:

“Dois pontos, aqui, merecem destaque: primeiro, o de que o acórdão mencionado é claro ao delimitar que a reserva do possível só existiria em relação aos direitos sociais que escapassem ao âmbito de aplicação do conceito do mínimo vital; segundo, o de que as condições jurídico-positivas nas quais a teoria nasceu não se reproduzem no Brasil.”<sup>329</sup>

Realmente, como anota DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR<sup>330</sup>, a teoria da reserva do possível foi elaborada em contexto jurídico, social e econômico distinto do brasileiro.

“Assim, enquanto a Alemanha se insere entre os chamados países centrais, onde já existe um padrão ótimo de bem-estar social, o Brasil ainda é considerado um país periférico, onde milhares de pessoas não tem o que comer e são desprovidas de condições mínimas de existência digna, seja na área da saúde, educação, trabalho e moradia, seja na área da assistência e previdências sociais”.

Consta do julgado alemão<sup>331</sup>:

“Quanto mais fortemente o Estado moderno se inclina à seguridade social e ao fomento cultural dos cidadãos, mais aparece, no contexto da relação entre cidadãos e o Estado, a exigência complementar pela outorga de direito fundamental de participação (Grundrechtliche Verbürgung Teilhabe) em prestações estatais, ao lado da garantia de direito fundamental da liberdade em face do Estado”.

(...)

“Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade”<sup>332</sup>

(...)

<sup>329</sup> “A Cidadania...”, Ob. Cit., pág. 172.

<sup>330</sup> “A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível”, “in” Leituras Complementares de Direito Constitucional – Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Organizador Marcelo Novelino Camargo. 3ª. Ed., Salvador (Bahia): Editora Jus Podivm, 2008, pág. 388.

<sup>331</sup> SCHABE, Jürgen. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Uruguay: Fundación Konrad Adenauer Uruguay, 2005, pág. 661.

<sup>332</sup> “Cinquenta Anos...”, Ob. Cit., pág. 663.

“O pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a idéia do Estado Social<sup>333</sup>”

(...)

“O indivíduo deve, por isso, tolerar aqueles limites à sua liberdade de ação que o legislador prescrever para o cuidado e fomento da vida social coletiva nos limites do geralmente exigível, contanto que permaneça protegida a individualidade da pessoa. Essas considerações são válidas principalmente no campo da garantia de participação em benefícios estatais. Fazer com que os recursos públicos, só limitadamente disponíveis, beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento da justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade<sup>334</sup>”

Anote-se que, neste acórdão, o Tribunal Constitucional Alemão reconheceu que o Estado já havia utilizado parte considerável dos recursos disponíveis para a expansão dos muito dispendiosos institutos de medicina. Discutiui-se, pois, a obrigação do Estado de fornecer as vagas de ensino superior a todos quantos assim desejassem, não obstante o reconhecido esforço do Estado na expansão deste serviço público. A negativa ocorreu pela não razoabilidade da pretensão, frente à realidade alemã.

Assim, para a correta aplicação da teoria da reserva do possível, haveria necessidade de atendimento de certas condições: “primeira, a de que o mínimo vital esteja satisfeito (acesso à saúde, educação básica, etc.); segunda, a de que o Estado comprove gestões significativas para a realização do direito social reclamado; terceira, a avaliação de razoabilidade da demanda”<sup>335</sup>

A cláusula da reserva do possível, no Brasil, vem sendo entendida, por alguns estudiosos, como o limite máximo de prestações às quais o Estado está obrigado, correspondente à existência de recursos financeiros para custeá-los. Para os defensores deste posicionamento, o Estado não estaria compelido a satisfazer qualquer direito se os recursos públicos não forem suficientes para tanto, considerando que o Estado tem obrigações maiores que os seus recursos.

Neste sentido a lição de PAULO GUSTAVO GONET BRANCO<sup>336</sup>:

<sup>333</sup> “Cinquenta Anos...”, Ob. Cit., pág. 664.

<sup>334</sup> “Cinquenta Anos...”, Ob. Cit., pág. 664.

<sup>335</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania Social...”, ob cit, pág. 175.

<sup>336</sup> “Curso de Direito Constitucional”. São Paulo Saraiva, 4ª. Ed, 2009, pág. 294

”Os direitos a prestação notabilizam-se por uma decisiva dimensão econômica. São satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, de acordo com as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. Diz-se que esses direitos estão submetidos à reserva do possível. São traduzidos em medidas práticas tanto quanto permitam as disponibilidades materiais do Estado.”

No mesmo sentido o entendimento de SÉRGIO DE OLIVEIRA NETTO<sup>337</sup>, para quem a questão atinente à efetividade dos chamados direitos sociais depende da existência de recursos materiais capazes de viabilizar a satisfação destes direitos.

Por outro lado, alguns estudiosos encaram a reserva do possível sob dois aspectos distintos: o primeiro seria o aspecto fático, vale dizer, a inexistência de recursos para a implementação de determinado direito social. O segundo aspecto seria o jurídico, que consistiria na inexistência de autorização orçamentária para a realização daquela despesa<sup>338</sup>.

ROGERIO TAIAR<sup>339</sup> desdobra a visão da reserva do possível em dois componentes: um fático, relacionado à efetiva disponibilidade de recursos necessários à satisfação do direito prestacional, e outro, jurídico, consistente na autorização orçamentária para o Estado incorrer nos respectivos custos. Entende que a previsão orçamentária é o primeiro requisito para a efetivação dos direitos sociais, acrescentando que a reserva do possível está relacionada a todos os eventos formais ou materiais que impedem a efetivação dos direitos sociais, sendo gênero, do qual a reserva do financeiramente possível (referente apenas aos limites orçamentários do Estado) é espécie.

INGO WOLFGANG SARLET<sup>340</sup> aponta uma tríplice dimensão da reserva do possível:

”(a) a real disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos sociais; (b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e jurídicos, que guarda conexão com a distribuição das receitas e

---

<sup>337</sup> “O princípio da reserva do possível e a eficácia das decisões judiciais”, “in” Revista da Advocacia Geral da União, 7/145.

<sup>338</sup> Nesse sentido o entendimento de ALINE DA MATA MOREIRA (“As Restrições em Torno da Reserva do Possível – Uma análise crítica”. Belo Horizonte, Editora Forum, 2011, pág. 189).

<sup>339</sup> “A Efetividade dos Direitos Humanos e a Cláusula da Reserva do Possível”, “in” Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo vol. 104/287-300.

<sup>340</sup> “Curso...”, Ob. Cit., pág. 575.

competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, e, em países como o Brasil, ainda reclama equacionamento em termos de sistema federativo; e (c) o problema da proporcionalidade da prestação, em especial quanto à sua exigibilidade e razoabilidade, no que concerne à perspectiva própria e peculiar do titular do direito”.

Em acórdão do Superior Tribunal de Justiça<sup>341</sup>, da lavra do Ministro Humberto Martins, consta que a reserva do possível apresenta, pelo menos, uma dimensão tríplice:

“a) uma dimensão fática, que diz respeito à efetiva disponibilidade dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) uma dimensão jurídica, que guarda conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias; e c) por fim, na perspectiva de um eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade e razoabilidade da prestação, ou seja, aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade.”

LUÍS FERNANDO SGARBOSSA<sup>342</sup>, adotando a lição de INGO W. SARLET, afirma que a reserva do possível,

“conforme recebida e reformulada entre nós, significa ora uma limitação fática a direitos fundamentais, ora uma restrição jurídica a direitos fundamentais, ora uma limitação ou restrição a direitos fundamentais baseada nos noções de razoabilidade e racionalidade”. A limitação fática calcada na insuficiência de recursos, segundo ele, poderia ser resolvida pelo princípio da progressividade, reinterpretado conjugadamente com o princípio da aplicação do máximo dos recursos disponíveis.

O princípio da progressividade está previsto em vários instrumentos internacionais de direitos humanos, em especial no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>343</sup>. Ele foi, inicialmente, entendido como a implantação gradativa dos direitos sociais, na medida da existência de recursos financeiros suficientes em cada Estado. No entanto, segundo este Autor, esta

---

<sup>341</sup> 2ª. Turma, REsp 1.185.474/SC, julg 20.04.2010.

<sup>342</sup> “Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos”. Vol I (Reserva do Possível). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2010, pág. 259.

<sup>343</sup> “Artigo 2º. Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.”

concepção não autoriza a inexistência de qualquer investimento, “de modo que a ausência sistemática e persistente da efetivação revela-se violadora dos direitos humanos em questão”<sup>344</sup>.

O par do princípio da progressividade seria o princípio da aplicação do máximo dos recursos disponíveis, pelo qual os Estados-parte devem aplicar na realização dos direitos econômicos, sociais e culturais o máximo dos recursos disponíveis, a título próprio ou através da cooperação internacional e, conseqüentemente, apenas se desincumbem do dever de efetivação de tais direitos através da progressividade se comprovarem a aplicação do máximo dos recursos disponíveis na referida efetivação<sup>345</sup>.

SGARBOSSA, com razão, entende que há dificuldade em avaliar o que seria *o máximo de recursos disponíveis*. Como solução, assevera que este máximo deve ser “respeitável e proporcionado em relação a dotações voltadas para áreas não prioritárias”. Entende, também, que *disponível* não significa recursos alocados pelas leis orçamentárias, já que esta interpretação implicaria “admitir que a normativa internacional nada estaria regulando, mas sim consagrando a ampla autonomia e discricionariedade do legislador nacional para dispor dos recursos do Estado ao seu livre alvedrio”<sup>346</sup>.

Concorda-se que o *disponível* não pode ser entendido como o valor alocado pela lei orçamentária. No entanto, o entendimento acerca do que seria o máximo de recursos como “respeitável e proporcionado em relação a áreas não prioritárias” não oferece ajuda na resolução deste problema. Afinal, como aferir esta proporcionalidade?

De outra parte, as receitas e as despesas públicas são objeto das leis orçamentárias, discutidas e votadas pelo Parlamento. Este, representando o povo, seria, segundo alguns, o local adequado para discutir o emprego das verbas. Assim, se o orçamento não contiver a previsão de determinada despesa, o Poder Executivo não estaria obrigado a executá-la.

Convenhamos que este raciocínio peca pelo absoluto desprezo à Constituição Federal. Basta imaginar que o Parlamento aprove leis orçamentárias que não

<sup>344</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. “Crítica à Teoria...”, ob. Cit., pág. 316

<sup>345</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. “Crítica à Teoria...”, Ob. Cit., pág. 319/320.

<sup>346</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. “Crítica à Teoria...”, ob. Cit., pág. 322

destinem verbas para a concretização dos direitos sociais para que estes não possam ser exigidos, apesar de constarem da Constituição Federal, inclusive na condição de cláusula pétrea. Qualquer lei municipal, em tais condições, teria força suficiente para retirar a efetividade da lei suprema, jogando por terra o princípio da supremacia da Constituição. A conclusão é tão absurda que o não cabimento do raciocínio é evidente.

Além disto, é sabido que as leis orçamentárias tem objetivo definido, de ordenação das despesas públicas. Não se pode emprestar a elas força que não tem, e jamais tiveram, de definir se direitos sociais devem ou não ser concretizados.

Por isto, rejeita-se o entendimento de que, no campo dos direitos sociais, a falta de recursos ensejaria o que se denominou “escolhas trágicas”, vale dizer, as escolhas dos direitos a satisfazer e dos direitos que, por falta de recursos financeiros, não seriam atendidos.

FERNANDO FACURY SCAFF<sup>347</sup> defende a posição de que “é o Poder Legislativo que detém a chave do cofre público para a realização dos gastos. E é ele que a sociedade confere poderes para a realização dessas escolhas trágicas”, acrescentando que “o sistema orçamentário brasileiro funciona como um funil para o planejamento, na medida em que estabelece o vínculo das disposições constitucionais aos ditames do cotidiano normativo, permitindo a vinculação financeira de uma espécie normativa às outras”.

A rejeição a este ponto de vista parte do princípio da supremacia da Constituição, que não pode ser interpretada ou efetivada a partir do ordenamento infraconstitucional. E este posicionamento acaba por colocar a lei orçamentária no topo da pirâmide jurídica, acima, mesmo da Constituição Federal o que, como já dito, constitui subversão do sistema jurídico.

Ademais, não se pode esquecer que as leis orçamentárias não constituem, nem poderiam constituir, camisa-de-força do Estado na realização de suas finalidades.

É certo que a Constituição Federal instituiu verdadeira estrutura normativa em matéria de direito financeiro, que compreende as leis do plano plurianual, das

---

<sup>347</sup> “Reserva do Possível pressupõe Escolhas Trágicas”. In Revista Eletrônica “Consultor Jurídico”([HTTP://www.conjur.com.br/2013-fev-26](http://www.conjur.com.br/2013-fev-26)).

diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual (art. 165). O objetivo desta estrutura é o planejamento da atividade financeira do Estado de forma a dimensionar a receita pública e o seu adequado gasto.

Nesta toada, a par de várias normas constitucionais acerca do orçamento público, foi determinada a edição de lei complementar sobre finanças públicas (art. 163 da Carta da República), conhecida como a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000). Este diploma, voltado para a responsabilidade na gestão fiscal, pressupõe ação planejada e transparente do gestor público (art. 1º, § 1º), de forma a garantir a boa gestão dos recursos públicos. Anote-se, ainda, a existência da Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de direito financeiro.

Planejamento de gastos não significa que eles possam ser, todos, previstos. A realidade, mutável, nem sempre cabe inteiramente na estrutura normativa orçamentária. Exatamente por isto, a Constituição Federal prevê a possibilidade de abertura de crédito especial ou suplementar (Art. 167, V) e a transposição, remanejamento ou transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro (art. 167, VI), subordinando-os, todos, à prévia autorização legislativa. Além disto, a Carta da República prevê que as leis orçamentárias anuais contenham autorização genérica para a abertura de créditos suplementares (art. 165, § 8º).

Assim, tanto a insuficiência de recursos como a inexistência de dotação encontram solução no ordenamento, não se podendo falar em impossibilidade jurídica.

ALEXY, com base na teoria dos princípios, reconduz a reserva do possível, no direito brasileiro, à sua real e única dimensão válida, “no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade”<sup>348</sup>

INGO WOLFGANG SARLET<sup>349</sup> aponta evolução recente da concepção da reserva do possível, antes considerada como mero entrave burocrático: admite-se que

---

<sup>348</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 2ª. Ed. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado. 2ª. Ed, 2008, pág. 67. O Autor afirma que a primeira decisão para os direitos fundamentais é por sua força vinculativa jurídica ampla, em forma de justiciabilidade, indicando a teoria dos princípios como aquela que melhor resolve a questão da colisão de direitos, pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

“os direitos sociais estejam submetidos a limites fáticos e jurídicos, mas ao mesmo tempo se afirmando que a impossibilidade de atendimento da demanda (de fornecimento das prestações) deve ser demonstrada pelo Poder Público, a quem incumbe o ônus da prova”.

No mesmo sentido, de necessidade de prova da inexistência de recursos financeiros para a concretização do direito social:

“(…) se 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. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que releve o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da reserva do possível ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se 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. (STF, ADPF 45 MC/DF, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, 29.04.2010, “in” Informativo 345/STF, de 26 a 30 de abril de 2004)

Estes mesmos argumentos foram utilizados no julgamento do Recurso Extraordinário n. 410.715 AgR /SP, no qual se discutia o dever do Estado na educação infantil (Segunda Turma, julg. 22.11.2005, v.u).

A questão do ônus da prova da insuficiência de recursos decorre de o ordenamento brasileiro determinar que incumbe ao Autor a prova do fato constitutivo de seu direito e ao Réu a prova do fato modificativo. No entanto, implica admissão do fato de que determinada prestação pode ou não ser fornecida unicamente pelo fator financeiro, o que não é sustentável. Figure-se a hipótese de uma prestação supérflua, formulada contra ente com sobra de recursos em caixa: nem pela existência dos recursos deve a prestação ser atendida, o que indica que ter, ou não, dinheiro não constitui requisito para a satisfação do direito. Em outra hipótese, prestação razoável e indispensável, integrante do mínimo existencial, é formulada

---

<sup>349</sup> “Curso...”, Ob. Cit., pág. 577.

contra ente que demonstra não ter recursos públicos: nem por isto o pedido deve ser negado, anotando-se que a Constituição Federal fornece solução para esta questão: a intervenção federal nos Estados (art. 34, VI e VII, “b”), ou a intervenção estadual nos Municípios (artigos 35, IV).

Anote-se, por último, que a realidade brasileira dá mostras de que a afirmação da inexistência de recursos significa, muitas vezes – ou quase sempre – a inexistência de vontade política suficiente para o atendimento da pretensão. Veja-se, por exemplo, notícia veiculada pelo jornal “O Estado de São Paulo”, edição de 10 de fevereiro de 2013 (pág. A-4): “No ano pré-eleitoral, 12 Estados elevam as despesas previstas com propaganda”. Da sua leitura vê-se que, dos doze Estados nos quais há a previsão de aumento, sete tem governadores que são potenciais candidatos à reeleição. Não há quem negue a necessidade de propaganda institucional e de utilidade pública do governo, mas é nebulosa a razão pela qual este gasto deva ser incrementado em ano eleitoral. Esta notícia é apenas um exemplo de que as motivações para a feitura das leis orçamentárias nem sempre levam em conta a necessidade de satisfazer os direitos sociais, não se podendo, nesta quadra histórica, aceitar a afirmação da inexistência de recursos quando em jogo o mínimo existencial.

### **5.1– Teoria da reserva do possível e o mínimo existencial (o limite dos limites).**

Em 23 de agosto de 2011 o Supremo Tribunal Federal, em acórdão lapidar do Ministro Celso de Mello<sup>350</sup>, afastou a possibilidade de invocação da reserva do possível quando em jogo o mínimo existencial:

“A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.”

---

<sup>350</sup> Segunda Turma, ARE 639337 AgR / SP.

REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI<sup>351</sup>, após afirmar que a reserva do possível não é um princípio, uma vez que não prescreve um estado de coisas a ser atingido, define o mínimo existencial como “o que a Constituição prevê como conjunto de necessidades básicas do indivíduo, capazes de propiciar a sua participação efetiva na comunidade”.

Em outro julgado, o Supremo Tribunal Federal, na discussão sobre a constitucionalidade de dispositivo do Estatuto do Idoso, que dispõe sobre a concessão de gratuidade dos transportes públicos, ao analisar a questão do mínimo existencial, decidiu que esta gratuidade

“representa condição mínima de mobilidade, a favorecer a participação dos idosos na comunidade, assim como viabiliza a concretização de sua dignidade e de seu bem estar, não se compadece com condicionamento posto pelo princípio da reserva do possível. Aquele princípio haverá de se compatibilizar com a garantia do mínimo existencial, sobre o qual disse, em outra ocasião, ser ‘o conjunto das condições primárias sócio-políticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente, em especial aqueles que se referem aos fundamentais individuais e sociais...”<sup>352</sup>

Ainda na lição do Supremo Tribunal Federal acerca da noção de mínimo existencial:<sup>353</sup>

A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à

---

<sup>351</sup> “Reserva do Possível, Direitos Fundamentais Sociais e a Supremacia do Interesse Público”, “in” Direito Administrativo e Interesse Público – Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Coordenadores Romeu Felipe Bacellar Filho e Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, pág. 286.

<sup>352</sup> Tribunal Pleno, Adi 3768/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julg. 19.09.2007.

<sup>353</sup> 2ª. Turma, ARE 639337 AgR / SP, Relator Ministro Celso de Mello, julg. 23.08.2011.

alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).<sup>354</sup>

Conciliando o problema da ausência de recursos suficientes para atender a todas as demandas que podem ocorrer em um Estado Social com a necessidade de realização dos Direitos Fundamentais, o Ministro HUMBERTO MARTINS<sup>355</sup> afirma que a ideia do mínimo existencial não deixa de ser um reconhecimento da teoria da reserva do possível:

”Por não haver recursos para tudo, é que se deve garantir, ao menos, o suficiente para que se possa viver com dignidade. Esse mínimo existencial não pode ser postergado e deve ser a prioridade do Poder Público. Somente depois de atendido é que se abre a possibilidade para a efetivação de outros gastos, não entendidos, num juízo de razoabilidade, como essenciais. Por esse motivo, pelo menos a priori, a teoria da reserva do possível não pode ser oposta ao mínimo existencial”.

Esta lição já havia sido exposta pelo mesmo Ministro em precedente do mesmo Tribunal (2ª. Turma, REsp 1.041.197/MS, julg. 25.08.2009):

“O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial”.

Questão tormentosa é a definição do mínimo existencial, correspondente àquele núcleo do direito social que deveria ser atendido sob pena de ofensa à dignidade humana.

---

<sup>354</sup> No mesmo sentido: STF, 2ª. Turma, RE 763667 AgR / CE, Rel. Ministro Celso de Mello, julg. 22.10.2013, em caso em que o pedido era o de obrigar o Estado a fornecer os serviços de Defensor Público em determinada Comarca, e 2ª. Turma, AI 598212 ED/PR, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 25.03.2004. Ainda no mesmo sentido: STF, 2ª. Turma, RE 581352 AgR / AM, Rel. Ministro Celso de Mello, julg. 29.10.2013.

<sup>355</sup> STJ, 2ª. Turma, REsp 1.185.474-SC, julg. 20.04.2010.

Seria este mínimo existencial o estritamente necessário para a manutenção da vida biológica? Ou envolveria outros elementos e, neste último caso, quais seriam estes elementos?

Desde logo, afasta-se qualquer definição que encerre, no mínimo existencial, apenas o suficiente para a manutenção da vida biológica. Afora o aspecto político desta escolha, há um argumento jurídico: a Constituição não se limitou a defender a vida, mas uma vida digna. Logo, o mínimo existencial constitui o núcleo dos direitos sociais, sendo este núcleo muito mais amplo que o do simples mínimo vital, vale dizer, que o mínimo para a manutenção da vida biológica.

E o que comporia uma vida digna?

A resposta pode ser encontrada na própria Constituição Federal. Se esta estabeleceu direitos sociais, só seria digna uma vida que estivesse no pleno gozo destes direitos.

Assim, o mínimo existencial seria composto dos direitos elencados no art. 5º da Carta da República, estando o indivíduo no gozo efetivo dos direitos sociais previstos na Constituição, em especial aqueles enunciados no art. 6º. Assim, o mínimo existencial consistiria na vida com saúde, educação, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados, na forma da Constituição, além de outros direitos ali previstos expressamente, dos quais são exemplos a cultura e o esporte, ou implicitamente (transporte, por exemplo).

Nenhum destes direitos escapa da noção do mínimo existencial. O que varia, certamente, é o nível de atendimento de cada um deles, que abrange o mínimo indispensável para que exista vida digna.

INGO WOLFANG SARLET<sup>356</sup> aponta a impossibilidade de se determinar, de forma apriorística e de modo taxativo, um elenco de elementos nucleares no sentido de um rol fechado de posições subjetivas, negativas e positivas, correspondentes ao mínimo existencial.

---

<sup>356</sup> Comentário ao art. 6º. In CANOTILHO, JJ. Gomes: MENDES, Gilmar Ferreira e SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários à Constituição do Brasil. 1ª. Ed, 3ª. Tiragem. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, pág. 547.

Este mínimo varia no tempo e no espaço, assim como pelo desenvolvimento histórico, social, econômico e cultural do país. Varia, também, de acordo com cada um dos direitos previstos, cuja indispensabilidade à vida é diversa. Com efeito, não se pode dizer que o direito à saúde é tão indispensável quanto o direito ao lazer ou o direito ao esporte. Assim, não obstante todos devam ser cuidados pelo Estado, a atenção que deve ser dada a cada um deles depende do grau de necessidade para a dignidade da pessoa humana.

DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR<sup>357</sup> entende que

“o mínimo existencial, ou padrão mínimo social, como objeto de imediata e irrecusável garantia dos direitos sociais, compreende um completo, eficiente e qualificado atendimento básico das necessidades vitais do indivíduo, como saúde, educação, alimentação, moradia, assistência, variando seu conteúdo, evidentemente, de país para país”.

Ainda que existam limites para os direitos sociais – direitos fundamentais, caracterizados pela limitabilidade - há que se indagar até que ponto podem eles ser impostos.

Sem dúvida, a colocação de limites não pode atingir o núcleo essencial do direito, que circunscreve o mínimo existencial. “A luz que irradia sobre determinadas situações concretas é suficiente para determinar que o mínimo existencial constitui barreira intransponível à reserva do possível.”<sup>358</sup>

Finalmente, os direitos sociais podem encontrar limites nos demais direitos sociais ou nos direitos individuais, quando exista necessidade de ponderação entre eles e, no caso concreto, não seja possível o atendimento integral de todos eles.

Esta ponderação deve ocorrer, no entanto, no caso concreto, em vista da razoabilidade da pretensão em face de outros direitos assegurados constitucionalmente.

Examinados os limites dos direitos sociais, cumpre, no próximo Capítulo, fazer a exposição sobre o Ministério Público.

---

<sup>357</sup> “A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível”. In Leituras Complementares de Direito Constitucional – Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Organizador Marcelo Novelino Camarco. Salvador: Bahia: Editora Juspodivm, 2008, 3ª. Ed, pág. 375.

<sup>358</sup> MOREIRA, Aline da Matta. As Restrições em Torno da Reserva do Possível – Uma análise crítica. Ob. Cit, pág. 191

## **CAPÍTULO VI**

### **O MINISTÉRIO PÚBLICO**

O Ministério Público sempre constituiu objeto de inúmeras discussões nos meios jurídicos. Atualmente, contudo, vem sendo discutido também pela sociedade civil e, principalmente, nos círculos econômicos e políticos. Isto se deve ao fato de que a Instituição vem ganhando grande destaque na sociedade, sendo cada vez mais raro o dia em que os jornais não divulguem alguma notícia que não envolva a atuação do Ministério Público.

Em razão de sua atuação, o Ministério Público é destinatário de amores e de ódios profundos. Tudo isto vem ocorrendo a partir, principalmente, da Constituição Federal de 1988. No interior da Instituição é corrente a afirmação de que na história do Brasil existe um marco que diferencia dois Ministérios Públicos: este marco é, exatamente, a Constituição de 1988.

Pode ser dito que existiu um Ministério Público antes desta Constituição e outro, após. Não que a Instituição tenha alterado completamente o seu papel ao ponto de restar definitivamente desfigurada. Mas suas funções e sua importância sofreram aumento tão significativo que autoriza a afirmação da existência, no correr da História, de dois Ministérios Públicos.

Assunto inçado de dúvidas e dificuldades é o que respeita ao papel do Ministério Público no concerto das instituições político-jurídicas.

Neste momento introdutório, no entanto, basta dizer que o Ministério Público é defensor do interesse público, ou seja, defensor da sociedade e dos direitos de cada um de seus integrantes. Em síntese, defensor da cidadania, compreendida não apenas em sua dimensão política, mas também na dimensão civil (liberdades públicas) e na dimensão social (direitos sociais).

Evidente que a defesa da cidadania deve ser exercida pelo próprio cidadão, que deve organizar-se para tanto além de, no dia a dia, exercer os direitos que lhe cabem. Todavia, no Brasil, o exercício da cidadania ainda é incipiente, tanto pela falta de instrução, que impossibilita que as pessoas tenham, ao menos, noção de seus direitos, como pela falta de organização.

Por outro lado, ao Ministério Público cabe o papel de controle dos Poderes Públicos. Claro que não tem a exclusividade desta função, havendo outras instituições às quais a Constituição Federal determina a realização, em âmbitos variados, do controle. Aponte-se, desde logo, que num momento inicial, cabe a cada Poder o próprio controle. Assim, considerando que são Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (art. 2º da Constituição Federal) e que estes poderes são independentes e harmônicos entre si, percebe-se que, primeiramente, cada poder deve auto-controlar-se.

Num segundo momento, a Constituição Federal prevê mecanismos de controle de um Poder sobre o outro. Assim, por exemplo, o Poder Legislativo pode investigar o Executivo, conferir-lhe as contas, etc. Já o Poder Executivo pode vetar projetos de lei votados pelo Legislativo e este pode derrubar o veto.

O Poder Judiciário pode conferir a legalidade e constitucionalidade de atos derivados dos Poderes Executivo e Legislativo e, por sua vez, pode ser investigado pelo Poder Legislativo.

Ao cidadão também cabe o poder de controlar os Poderes Públicos: cabe-lhe o direito de petição e o direito de representação; pode ajuizar mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular, dentre outros instrumentos.

A todos estes controles previstos constitucionalmente foi acrescido o poder do Ministério Público de também assim proceder, conferindo-lhe funções que possibilitem o cumprimento de seu papel constitucional.

É de se indagar a razão deste acréscimo. A resposta, sem dúvida, é a de que os controles até então existentes não se mostravam suficientes para o efetivo controle dos poderes.

Veja-se, por exemplo, o caso dos Poderes Legislativo e Executivo. Os jornais, por vezes, noticiam que existe troca de favores entre eles, o Executivo conferindo a alguns membros do Legislativo determinados cargos, com o intuito de obter maioria

na Casa Legislativa e propiciando que emendas na lei orçamentária atendam à pretensão do parlamentar. Faz-se isto com o argumento da “governabilidade”. É evidente que se o Executivo detém qualquer forma de poder sobre o Legislativo, o controle que a este caberia sobre o Executivo não é desempenhado com total independência. A lógica política de obtenção de poder e da maioria nem sempre, ou quase nunca, coincide com a necessidade de controle técnico.

O Poder Judiciário, por definição, é inerte, ou seja, depende da iniciativa de partes para que possa se manifestar e exercer o controle que lhe cabe. Nem sempre esta iniciativa ocorre. Em sede de ação popular, por exemplo: dificilmente um cidadão vai a Juízo para anular um ato ou pretender ressarcimento. Isto se explica, em boa parte, pelo nível educacional do país, que impede que a maioria dos cidadãos tenha acesso a informações das quais possam derivar pretensões a serem veiculadas em ação popular. Aqueles que têm a informação dificilmente conseguem levar a empreitada adiante, quer pela dificuldade de obter a documentação necessária, quer pela necessidade de dispêndio de dinheiro com a contratação de advogado e de tempo para reunir todo o necessário para veicular sua pretensão. Segue que a prática indica que a maioria das ações populares que existem ou que existiam até a promulgação da Constituição Federal eram patrocinadas por poucas pessoas, por fundamentos nem sempre técnicos.

Os Tribunais de Contas teriam grande papel a desempenhar. Contudo, em razão da forma de nomeação dos Conselheiros, nem sempre agem eles por motivação técnica e, de qualquer modo, a existência destes Tribunais não se mostrou suficiente para o controle do Poder Público no aspecto que lhes cabe analisar, que é o do erário.

Neste contexto, entendeu o Constituinte de conferir a alguma Instituição poderes de controle do poder público, não apenas no campo do erário, mas também no que respeita ao respeito aos direitos previstos na Constituição Federal, dentre os quais os direitos sociais.

Costuma-se dizer que as disposições constitucionais constituem uma excelente carta de intenções. No caso do Ministério Público a diferença que existe é que a Instituição levou a sério as disposições constitucionais e passou a praticá-las, já que possui garantias institucionais e funcionais que permitem o exercício de seu

papel. Daí a relevância do Ministério Público e a razão pela qual hoje ele se projeta, de forma positiva, em todo o Brasil.

Ao longo deste Capítulo e do subsequente será analisado o desenho do Ministério Público e os instrumentos de que este dispõe para a defesa dos direitos sociais.

## 1- As Origens do Ministério Público.

Em qualquer estudo acerca do Ministério Público é importante considerar as suas origens. Alguns pesquisadores costumam afirmar a origem do Ministério Público no Egito, no *magiai*, há 4.000 anos. Este funcionário real era:

“a língua e os olhos do rei; castigava os rebeldes, reprimia os violentos, protegia os cidadãos pacíficos; acolhia os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado mentiroso; era o marido da viúva e o pai do órfão; fazia ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais que se aplicavam ao caso; tomava parte das instruções para descobrir a verdade”.<sup>359</sup>

Outros estudiosos afirmam que o Ministério Público teve origem na Grécia antiga, ou em Roma<sup>360</sup>. Outros, ainda, afirmam que o Ministério Público nasceu na época da Idade Média, quando os reis chamaram para si o poder jurisdicional, antes entregue à Igreja. Na mesma época, teriam nascido os Tribunais dos senhores feudais.

---

<sup>359</sup> MAZZILI, Hugo Nigro. O Ministério Público na Constituição de 1988. 1ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1989, pág. 2, que também menciona alguns traços históricos da Instituição na Idade Média e no direito canônico.

<sup>360</sup> LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO E VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR (Curso de Direito Constitucional. Ob. Cit, págs. 447/448) ensinam: “Na Antiguidade Clássica, qualquer cidadão romano podia assumir o papel do *acusator*, para, em nome da coletividade, apresentar a acusação. No exercício da função destacaram-se grandes oradores, como Cícero, Hortêncio, Catão e Crassus. Na Grécia, os crimes eram divididos em públicos e privados. Estes, invariavelmente entregues à acusação privada do ofendido. Aqueles, quando constituíam sobretudo ofensa contra a pátria, ao lado da acusação dos cidadãos, a lei conferia a ação aos *tesmótenas*, aos quais cumpria oferecer denúncia perante o Senado ou a Assembléia do Povo.”

O mais corrente, todavia, é estabelecer a origem do Ministério Público na França, na época de Felipe, O Belo, no século XIV<sup>361</sup>.

Anota HUGO NIGRO MAZZILLI<sup>362</sup> que Felipe, o Belo, impôs aos seus procuradores, antes de tudo, prestassem o mesmo juramento dos juízes, vedando-lhes patrocinarem outros que não o rei. “Entretanto, tem-se como certo que Felipe regulamentou o juramento e as obrigações dos procuradores do rei em termos que levam a crer que a instituição já preexistia”. Pela primeira vez houve referência, num diploma legal, ao procurador do rei, que era um funcionário a quem incumbia a tutela dos interesses do Estado, separados da pessoa e bens do rei. Foi nesta época que o Ministério Público começou a ser conhecido como “Parquet”, já que o rei pretendeu dar a estes funcionários importância e, para tanto, determinou-se que eles se dirigissem aos Juízes (dos quais eram independentes) não do chão, mas do mesmo estrado que eles. A influência da doutrina francesa no Ministério Público é tamanha que do francês deriva a expressão “Parquet”.

Assim, não obstante alguns Autores apontem antecedentes mais remotos do Ministério Público – e a pesquisa sobre tais antecedentes não constitui o objeto deste trabalho -, foi na França que o Ministério Público se apresentou com caráter de continuidade.

Neste país, em 1790, foi editado decreto conferindo aos agentes do Ministério Público a vitaliciedade. Outro decreto dividia as funções do Ministério Público em duas: (a) - comissário do rei, que velava pela aplicação da lei e execução dos julgados, devendo ainda recorrer das decisões dos Tribunais e (b) acusador público, que era eleito pelo povo apenas para sustentar a acusação diante dos Tribunais.

Ao tratar da origem do Ministério Público, HUGO NIGRO MAZZILLI<sup>363</sup> afirma:

---

<sup>361</sup> Segundo LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO E VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR (“Curso...”, ob cit. pág. 448), escorados na lição de HUGO NIGRO MAZZILI, “Foi a *ordonnance* de 1302, de Felipe, o Belo, Rei da França, o primeiro texto normativo que se referiu ao Ministério Público, tratando dos ‘procuradores do Rei’, impondo que ‘prestassem os mesmos juramento dos juízes, vedando-lhes patrocinarem outros que não o Rei.’” FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (Código de Processo Penal Comentado. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1996, pág. 409) ensina: “Malgrado a dificuldade em se estabelecer, com absoluta precisão, a época em que teria surgido essa instituição, grande parte da doutrina faz referência à *Ordinance* de 25-3-1302, seguindo-se outras surgidas em 1335 e 1367, que consignaram disposições relativas aos *procurateurs*, com caracteres do atual Ministério Público, ‘puesto que estaban encargados de perseguir los hechos punibles castigados por las Ordenanzas, inclusi si La parte lesionada no acionaba...’”.

<sup>362</sup> “O Ministério Público...”, ob. cit, pág. 3.

<sup>363</sup> Regime Jurídico do Ministério Público. 7ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pág 42.

A origem do Ministério Público confunde-se com o momento em que, findando a Idade Média, com o nascimento e a crescente complexidade do Estado, os soberanos começaram a instituir tribunais regulares para distribuir a Justiça em nome deles, soberanos. Para contrabalançar a progressiva autonomia que os tribunais acabaram chamando para si, em virtude da qual muitas vezes contrariavam os interesses da Coroa, os reis instituíram procuradores deles próprios, para promover a defesa de seus interesses, podendo, inclusive, recorrer. Nessa linha é que se vêem as ditas ordenanças da Idade Média, como as da França ou de Portugal.

Contudo, o Ministério Público brasileiro tem origem lusitana. Na realidade, como ensinam ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER E CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO<sup>364</sup>:

“a conquista da independência política não levou o Brasil a rejeitar em bloco a legislação lusitana, cuja continuidade foi assegurada pelo decreto de 20 de outubro de 1823, em tudo que não contrariasse a soberania nacional e o regime brasileiro. Assim, o país herdava de Portugal as normas processuais contidas nas Ordenações Filipinas e em algumas leis extravagantes posteriores”.

Quando do Descobrimento do Brasil, vigiam as Ordenações Afonsinas, que poucos anos depois, foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas (que vigoraram de 1514 a 1603). Nestas já havia um Título dedicado ao Promotor de Justiça (Título XXXIV do Livro 34), aí constando que ele deveria ser letrado e saber defender causas, havendo alguma referência à proteção de viúvas, órfãos e miseráveis<sup>365</sup>.

As Ordenações Filipinas, editadas em 1603, também dedicavam, aos Promotores de Justiça, um Título próprio, atribuindo a eles a função de fiscalizar a lei e de promover a acusação criminal (Título XV do Livro I).

No Brasil, a primeiro diploma que abordou a função do Ministério Público, fazendo menção ao Procurador dos Feitos da Coroa e ao Promotor de Justiça, foi o Alvará de 7 de março de 1609, que criou o Tribunal de Relação da Bahia<sup>366</sup>.

<sup>364</sup>Teoria Geral do Processo. 23ª. Ed, São Paulo: Malheiros, 2007, pág. 111.

<sup>365</sup> “TEM VEJA, e procure bem todos os feitos da Justiça, e das viuvas, e órfãos, e peffoasmiferaueis, que aa dita Cafá vierem..” (item 3 do referido Título XXXIV)

<sup>366</sup> LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO E VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR (“Curso...”, ob. cit, pág. 448) ensinam que o Alvará, editado pelo Rei de Portugal, estabelecia a estrutura, atribuições e

Contudo, no Brasil-Colônia e no Império inexistia propriamente uma Instituição de Ministério Público. A Constituição do Império não se referiu a ele como Instituição. Em 1828, a Lei de 18 de setembro, que tratava da competência do Supremo Tribunal de Justiça, determinava o funcionamento de um promotor de Justiça em cada uma das Relações.

No Brasil, com a Declaração da Independência, a Constituição do Império determinou<sup>367</sup> que fosse elaborado novo Código Criminal (1830), do qual decorreu a necessidade de elaboração do Código de Processo Criminal, o que veio a ocorrer em 1832.

Este foi o primeiro código brasileiro a dar tratamento sistemático aos Promotores de Justiça. Estabelecia que poderiam ser Promotores Públicos os que podiam ser Jurados (art. 36), vale dizer, “todos os cidadãos, que podem ser Eleitores, sendo nele reconhecido bom senso e probidade” (art. 23). Cabia ao Promotor, basicamente, a denúncia nos “crimes públicos e policiaes, e acusar os delinquentes perante os Jurados”, promover a execução de sentenças e denunciar às autoridades competentes as negligências, omissões e prevaricações dos empregados (art. 37).

A Lei n. 261 de 3 de dezembro de 1841, que reformou o Código de Processo Criminal, tinha um Capítulo dedicado aos Promotores Públicos. Determinava: “serão nomeados e demitidos pelo Imperador, ou pelos Presidentes das Províncias, preferindo sempre os Bachareis formados, que forem idôneos, e servirão pelo tempo que convier. Na falta ou impedimento serão nomeados interinamente pelos Juizes de Direito” (art. 22). O art. 23, “caput” dispunha que haveria pelo menos um Promotor em cada Comarca, que acompanharia o Juiz de Direito; no entanto, se as circunstâncias assim exigissem, poderia ser nomeado mais de um Promotor.

A Lei n. 2033, de 20 de setembro de 1871 previu a existência, em certas divisões territoriais, de um adjunto do Promotor Público, que seria proposto pelo juiz de Direito da respectiva Comarca e aprovado pela Presidência da República. Na falta de adjunto do Promotor Público, as suas funções deveriam ser exercidas por

---

procedimentos da Relação, e determinava que ali houvesse um Procurador dos Feitos da Cora, Fazenda e Fisco, e Promotor da Justiça. Este Procurador deveria ser “diligente” com relação às causas que tocassem à Coroa e à Fazenda, devendo estar presente em todas as audiências realizadas pelo Juiz dos Feitos da Coroa e da Fazenda. O Alvará determinava, ainda, que este Procurador atuasse como Promotor de Justiça.

<sup>367</sup> Art. 179, XVIII.

qualquer pessoa idônea nomeada pelo Juiz da culpa para o caso especial de que se tratasse (art. 19, §§ 6º e 7º).

Na visão de HUGO NIGRO MAZZILLI<sup>368</sup>, “diante do descortino de Campos Salles, que era o Ministro de Justiça no Governo Provisório”, no Decreto n. 848, de 1 de outubro de 1890 (que organizou a Justiça Federal), o Ministério Público passou a ser tratado como instituição. A ele foi dedicado um Capítulo (artigos 21 a 26), valendo anotar os seguintes delineamentos iniciais da Instituição: (a) o Procurador Geral da República seria nomeado dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal e conservaria a vitaliciedade neste cargo; (b) competia ao Procurador Geral da República (1) exercer a ação pública e promovê-la até final, nas causas de competência do Supremo Tribunal; (2) funcionar como representante da União, e em geral officiar e dizer do direito em todos os feitos em trâmite no Supremo Tribunal e (3) fornecer instruções e conselhos aos procuradores seccionais e resolver consultas destes, sobre matéria concernente ao exercício da justiça Federal.

O mesmo Decreto estabeleceu que em cada secção da Justiça Federal haveria um procurador da República, nomeado pelo Presidente da República, por quatro anos, durante os quais não poderia ser removido, salvo se o requeresse. Aos Procuradores da República caberia: (a) promover e exercitar a ação pública, funcionar e dizer de direito em todos os processos criminais e causas que recaiam sob a jurisdição da justiça federal; (b) solicitar instruções e conselhos do Procurador Geral da República nos casos duvidosos; (c) cumprir as ordens do Governo da República relativas ao exercício das suas funções, denunciar os delitos ou infrações da lei federal, em geral promover o bem dos direitos e interesse da União; (d) promover a acusação e officiar nos processos criminais sujeitos à jurisdição federal até o seu final julgamento, perante os juízes singulares ou perante o júri. Foi estabelecido foro privativo (art. 25) e, por fim, determinado que nas faltas ou impedimentos temporários dos procuradores seccionais, o Procurador Geral da República nomearia quem os substituísse (art. 26).

O Decreto n. 1.030, de 14 de novembro de 1890, que organizou a Justiça no Distrito Federal, dedicou todo um Título ao Ministério Público. O seu art. 164 determinava: “O ministério público é perante as justiças constituídas o advogado da lei, o fiscal de sua execução, o procurador dos interesses geraes do Distrito Federal

---

<sup>368</sup> O Ministério Público na Constituição de 1988, Ob. Cit, pág. 8.

e o promotor da acção publica contra todas as violações do direito.<sup>369</sup> O art. 11 do Decreto determinava: “Junto de cada juiz ou Tribunal é instituído um representante do Ministério Público”, cabendo ao Procurador-Geral exercer “autoridade disciplinar sobre todos os outros membros do ministério público, e pôde impõe-lhes as mesmas penas que o Conselho Supremo applica aos juízes nos casos determinados em lei”.

No correr da história jurídica brasileira, vê-se que o ordenamento jurídico vem conferindo cada vez mais funções ao Ministério Público, como será melhor exposto no item próprio.

Importa, agora, analisar a evolução o Ministério Público nas Constituições Brasileiras.

## **2 - O Ministério Público nas Constituições Brasileiras.**

Para compreensão do Ministério Público no direito hoje vigente é indispensável o exame das Constituições brasileiras, com o objetivo de verificar o tratamento dado à Instituição em cada momento histórico do país, tentando associar o seu crescimento às necessidades sociais e políticas vigentes em cada época.

### **2.1- A Constituição de 1824.**

Como afirmado no item precedente, a Constituição do Império (1824), caracterizada por rigoroso centralismo político e administrativo, não fez qualquer referência ao Ministério Público<sup>370</sup>.

---

<sup>369</sup> Os artigos 166, 167, 168 173 174 e 175 do Decreto enunciavam as funções do Ministério Público na área penal e na área civil, que compreendia “officiar em todas as causas cíveis em que for interessado o districto” (art. 166, § 6º), exercer inspeção sobre os cartórios dos tabeliães, registro de hypothecas, do commercio, do estado civil e deposito publico (art. 173) e “visitar as prisões, os asylos de orphãos, alienados e mendigos, requerendo o que for a bem da justiça e dos deveres da humanidade” (art. 174).

<sup>370</sup> HUGO NIGRO MAZZILLI (O Ministério Público na Constituição de 1988, ob. cit, pág. 7) faz referência à menção do procurador da Coroa e Soberania Nacional, a quem caberia a iniciativa acusatória criminal perante o Senado, quando esta iniciativa não coubesse à Câmara dos Deputados.

Quanto ao Poder Judiciário (denominado nesta Carta de “Poder Judicial”), no entendimento de OCTACIANO NOGUEIRA<sup>371</sup> não era possível dizer que constituísse, na realidade, um poder independente:

“A rigor, portanto, o texto constitucional negava, na prática, duas garantias tradicionais da Magistratura – a vitaliciedade e a inamovibilidade e não assegurava a irredutibilidade de vencimentos – ainda que duas disposições diferentes lhes garantissem, teoricamente, tanto uma como outra. A prática constitucional em relação ao Poder Judiciário, porém, mostrou que, mesmo as garantias expressamente ressalvadas, jamais foram respeitadas, quando o impôs o interesse da Administração”.

Prossegue este Autor afirmando que, neste período, o poder estava centralizado na pessoa do Imperador, que podia, quanto ao Poder Judiciário, decretar aposentadorias compulsórias e transferências de magistrados. A Magistratura que constituía o Judiciário, não dispendo de garantias, não configurava um poder verdadeiramente independente ante os demais<sup>372</sup>:

“há na Constituição outra prescrição que, mais claramente ainda, tirava ao Judiciário a sua condição de Poder. Trata-se do art. 15, que cuidava das atribuições do Legislativo, concedendo à Assembleia Geral, constituída da Câmara e do Senado, a faculdade inscrita no item 80 de ‘fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”.

Acrescenta: “E o que é mais grave: como o poder de interpretação legal jamais foi exercido pelo Legislativo, a prerrogativa terminou absorvida pelo Executivo, durante todo o Império”. E, ainda mais grave:

“era a praxe disseminada de praticamente todos os juizes suscitarem dúvidas quanto à interpretação das leis, nos casos sob seu julgamento, submetendo os autos, para consulta, aos órgãos do Executivo, por intermédio dos Presidentes de Província”.<sup>373</sup>

---

<sup>371</sup> Constituições Brasileiras. Vol. I, 1824. 3ª. Ed., Brasília: Senado Federal, 3ª. Ed, 2012, pág. 27.

<sup>372</sup> Constituições Brasileiras, ob. cit, pág. 28.

<sup>373</sup> Constituições Brasileiras, ob. cit, pág. 29.

Vê-se, assim, que o sistema de justiça existente não autorizava a conclusão de uma efetiva separação e harmonia de poderes, sendo impensável que a Constituição da época se preocupasse em prever ou detalhar o Ministério Público.

## **2.2 - A Constituição de 1898.**

A primeira Constituição da República também não mencionou o Ministério Público como Instituição. Não obstante, já é possível notar alguma preocupação do Constituinte com a existência do “Parquet”.

A Carta previu a forma de escolha do Procurador-Geral da República (art. 58, § 2º)<sup>374</sup>, no Capítulo dedicado ao Poder Judiciário e, ainda, previu a legitimidade dele para a propositura da revisão criminal em favor do Réu (art. 81, § 1º)<sup>375</sup>.

## **2.3 – A Constituição de 1934.**

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira a institucionalizar o Ministério Público, colocando-o em Capítulo à parte, denominado “Dos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais” (artigos 95 a 98).

A Carta determinou que o Ministério Público, na União, Distrito Federal e Territórios, seria organizado por lei federal. Quanto aos Ministérios Públicos estaduais, seriam organizados por leis locais (art. 95), anotando-se que o art. 7º da Carta declarou que os Estados, privativamente, deveriam decretar a Constituição e as leis por que se devem reger, respeitados, dentre outros princípios, a “garantia do Poder Judiciário e do Ministério Público locais” (inciso I, letra “e”)

O Chefe do Ministério Público federal foi denominado Procurador Geral da República, que deveria ser nomeado pelo Presidente da República, com aprovação

---

<sup>374</sup> “O Presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei”.

<sup>375</sup> “Art. 81. Os processos findos, em matéria crime, poderão ser revistos, a qualquer tempo, em benefício dos condenados, pelo Supremo Tribunal Federal, para reformar, ou confirmar a sentença. § 1º A lei marcará os casos e a forma da revisão, que poderá ser requerida pelo sentenciado, por qualquer do povo, ou *ex-officio* pelo Procurador Geral da República”.

do Senado Federal, dentre cidadãos que preenchessem os mesmos requisitos exigidos para os Ministros da Corte Suprema (art. 95, § 1º). O mesmo dispositivo atribuiu ao Procurador Geral os mesmos vencimentos desses Ministros e determinou que o Chefe do Ministério Público seria demissível “ad nutum”. Não podia – tanto quanto os Chefes dos Ministérios Públicos estaduais – exercer qualquer outra função pública, “salvo o magistério e os casos previstos nesta Constituição” (art. 97), sob pena de perda do cargo.

Os chefes do Ministério Público no Distrito Federal e Territórios eram de livre nomeação do Presidente da República dentre juristas de notável saber jurídico e reputação ilibada, alistados eleitores e maiores de 30 anos, com os vencimentos dos Desembargadores (art. 95, § 2º).

Os membros do Ministério Público criados por lei federal, que servissem nos juízos comuns, deveriam ser nomeados após aprovação em concurso público (art. 95, § 3º).

Lei especial deveria organizar o Ministério Público nas Justiças Militar e Eleitoral (art. 98).

## **2.4 – A Constituição de 1937.**

A Carta de 1937, conhecida como “Polaca” em razão da forte inspiração na Constituição polonesa, significou grande retrocesso ao Ministério Público no aspecto constitucional.

Ela apenas cuidou da forma de escolha do Procurador Geral da República (art. 99)<sup>376</sup>, estabeleceu para ele foro por prerrogativa de função (art. 101, I, “b”), a possibilidade de interpor recurso extraordinário contra decisões de última ou única instância, denegatórias de “habeas corpus” (art. 101, parágrafo único) e, por fim, previu a participação do Ministério Público nos Tribunais, pelo denominado quinto constitucional (art. 105).

---

<sup>376</sup> “O Ministerio Publico Federal terá por Chefe o Procurador Geral da Republica, que funcionará junto ao Supremo Tribunal Federal e será de livre nomeação e demissão do Presidente da Republica, devendo recahir a escolha em pessoa que reúna os requisitos exigidos para Ministro do Supremo Tribunal Federal.”

Eram disposições esparsas nas quais, embora reconhecida a existência da instituição, não era a ela atribuída nenhuma garantia.

## 2.5 – A Constituição de 1946.

Com a redemocratização do país e a promulgação da Constituição Federal de 1946, o Ministério Público foi tratado como instituição em Título próprio.

As principais disposições referem-se à organização do Ministério Público da União (art. 125<sup>377</sup>) e dos Estados (art. 128) e a escolha do Procurador Geral da República<sup>378</sup>.

O art. 127 dispunha que o ingresso nos cargos iniciais da carreira do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios dependia de prévia aprovação em concurso; após dois anos de exercício, os membros não poderiam ser demitidos senão por sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que se lhes facultasse ampla defesa, nem removidos a não ser mediante representação motivada do chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço.

O art. 128 expressamente estendeu os preceitos do art. 127 aos Ministérios Públicos estaduais, aos quais foi assegurado, ainda, o princípio de promoção de entrância a entrância.

O art. 126, parágrafo único, dispunha que a União seria representada em juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer o encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local<sup>379</sup>.

Ainda, foi prevista a iniciativa do Procurador Geral da República para a representação de inconstitucionalidade (art. 8º, parágrafo único), a necessidade de

---

<sup>377</sup> “A lei organizará o Ministério Público da União junto a justiça comum, a militar, a eleitoral e a do trabalho”.

<sup>378</sup> “Art. 126. O Ministério Público federal tem por chefe o Procurador-Geral da República. O Procurador, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no art. 99, é demissível *ad nutum*”. Os requisitos de investidura eram os mesmos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, vale dizer, ser brasileiro, maior de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

<sup>379</sup> O art. 201, § 2º, dispunha que se a lei permitisse que ação fosse proposta em foro diverso do constante no “caput”, cometeria ao Ministério Público estadual a representação da União.

oitiva do chefe do Ministério Público quando, preterida a ordem de pagamento dos precatórios, fosse pedido o seqüestro da quantia necessária para satisfação do débito (art. 204, parágrafo único), o foro por prerrogativa de função do Procurador Geral da República (art. 101, I, “b”), a competência privativa do Senado Federal para processar e julgar, nos crimes de responsabilidade, o Procurador Geral da República (art. 62, II) e algumas hipóteses de inelegibilidade dos Chefes dos Ministérios Públicos<sup>380</sup>.

Por fim, foi prevista a participação do Ministério Público na composição de alguns Tribunais<sup>381</sup>.

## 2.6 – A Constituição de 1967.

Com o golpe militar de 1964, que redundou na tomada do Poder pelos militares, foi editado o Ato Institucional n. 1, que mantinha em vigor a Constituição de 1946, com modificações que alteravam, substancialmente, a sua feição.

O Presidente da República determinou, pelo Ato Institucional 4, de 7 de dezembro de 1966, a elaboração de novo texto constitucional, “que pudesse assegurar a continuidade da obra revolucionária”<sup>382</sup>, o que redundou na Constituição de 1967<sup>383</sup>, promulgada em 24 de janeiro de 1967, que entrou em vigor em 15 de março de 1967.

Na Constituição Federal de 1967 o Ministério Público foi colocado como seção do Capítulo do Poder Judiciário (artigos 137 a 139). Foi mantida a estrutura

---

<sup>380</sup> Art. 139, I, “c” e II, “c”.

<sup>381</sup> Art. 103 e 124, V.

<sup>382</sup> Francisco de Assis Alves, “As Constituições do Brasil”, apud CELSO RIBEIRO BASTOS (Curso de Direito Constitucional. 22ª. Ed, São Paulo: Malheiros, 2010, pág. 197).

<sup>383</sup> INGO WILFANG SARLET (Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012) afirma que o Congresso Nacional foi convocado às pressas a votar o projeto de Constituição, elaborado pelo então Ministro da Justiça, Carlos Medeiros Silva. “A despeito de ter sido votada pelo Congresso Nacional, o que ocorreu, de fato, em virtude da convocação autoritária e pela fixação de um prazo fatal exíguo para votação do projeto encaminhado pelo governo militar, foi uma mera homologação Congressual, de sorte que, em termos técnicos, a Carta de 1967 deve ser compreendida como outorgada, ainda que com o ‘beneplácito’ do Legislativo. Nesta perspectiva, não é toa que, considerando o somatório dos vícios de formação e conteúdo, chegou a se falar no aleijão constitucional de 1967”. PAULO BONAVIDES (A Evolução Constitucional do Brasil. [HTTP://www.scielo.br](http://www.scielo.br), acesso em 20.abr.2013) afirma que a segunda ditadura do século no Brasil foi a mais longa e perniciosa por haver mantido aberto um Congresso fantoche,debaixo de uma Constituição de fachada outorgada pelo sistema autoritário.”

construída pela Constituição de 1946, além de se estabelecer acerca da aposentadoria e dos vencimentos, estendendo ao Ministério Público (art. 139, parágrafo único) as regras da aposentadoria (art. 108, § 2º) e da remuneração (art. 136, § 4º) estabelecidas para a Magistratura.

### **2.6.1 – As Emendas 01/69, 07/77 e 11/78.**

A Carta de 1967 não teve grande duração, já que no ano seguinte foi editado o Ato Institucional 5, que quebrou a ordem constitucional. Depois de um ano de vigência deste Ato, o exercício do Poder Executivo federal foi entregue aos Ministros da Marinha, Exército e Aeronáutica (Ato Institucional n. 12)<sup>384</sup> que providenciaram a edição da Emenda Constitucional n. 01/69.

A Emenda 1/69 colocou o Ministério Público no Título do Poder Executivo (artigos 94 a 96). O Procurador Geral da República deveria ser escolhido e demitido pelo Presidente da República livremente, sem necessidade de participação do Senado (art. 95)<sup>385</sup>.

Dentre as inúmeras atribuições cometidas ao Procurador Geral da República, deve ser registrada a prevista no art. 154: a representação ao Supremo Tribunal Federal no caso de abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, que acarretava a suspensão daqueles direitos, pelo período de dois (2) a dez (10) anos.

Com a Emenda 7/77, passou a ser admitida a existência de lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, que viria a estabelecer normas gerais de organização do Ministério Público dos Estados (art. 96).

Em 1978, pela Emenda Constitucional n. 11, foi conferido ao Procurador Geral da República o poder de requerer, em casos de crimes contra a segurança nacional, a suspensão do exercício do mandato parlamentar (art. 32, § 5º).

---

<sup>384</sup> Segundo CELSO RIBEIRO BASTOS (“Curso...”, ob. cit, pág. 201), para resolver o problema da sucessão do Presidente foi baixado o Ato mencionado, assinado pelos próprios Ministros. “Era sem dúvida o ponto mais baixo a que descera o quadro político institucional. O Brasil passava a reproduzir a solução muito encontradiça em pequenas republiquetas, consistente no governo de “juntas militares”.

<sup>385</sup> HUGO NIGRO MAZZILLI (“Regime Jurídico...”, ob. cit, pág. 53) atribui a esta forma livre de nomeação e demissão o notável aumento das atribuições do Chefe do Ministério Público da União.

### 3 – Posição constitucional atual.

Com a redemocratização do país, foi promulgada a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988.

O Ministério Público, na Carta atual, está previsto em Seção própria de Capítulo inserido no Título IV –“Da organização dos Poderes”. Assim, após dedicar Capítulo ao Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, o Constituinte abriu novo Capítulo denominado “Das funções essenciais à Justiça”, formado por três Seções - uma, dedicada ao Ministério Público, outra à Advocacia-Geral da União, e a terceira à Advocacia e à Defensoria Pública.

Desta forma, atualmente o Ministério Público não é integrante de qualquer dos Poderes e também não ostenta a condição de quarto poder<sup>386</sup>. A divisão tripartite do poder é antes política e pragmática que científica. Então, em verdade, pouco importa que o Ministério Público seja previsto na estrutura de qualquer dos Poderes do Estado ou erigido à condição de quarto Poder a fim de, com isto, conferir-lhe importância. O essencial é que o Ministério Público tenha instrumentos de atuação e garantias que lhe possibilitem cumprir seu papel constitucional.

A Constituição Federal declara que o Ministério Público (art. 127) é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais individuais indisponíveis.

Afirma os seus princípios institucionais: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (art. 127, § 1º), assegurando-lhe autonomia funcional, financeira e administrativa (art. 127, §§ 2º a 6º).

Compõem o Ministério Público: o Ministério Público da União, que compreende o Ministério Público Federal, o do Trabalho, o Militar e o do Distrito Federal, e os Ministérios Públicos dos Estados (art. 128, incisos I e II).

---

<sup>386</sup> Tão relevante é a posição do Ministério Público no atual sistema jurídico constitucional que há quem defenda que se trata de um quarto poder. Em sentido contrário: JOSÉ AFONSO DA SILVA. Direito Constitucional Positivo. Ob. Cit., pág. 598.

A Constituição Federal previu a forma da investidura dos Chefes do Ministério Público da União<sup>387</sup> e dos Estados<sup>388</sup> e a forma de sua destituição<sup>389</sup>.

Estabeleceu que leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa seria facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, deveria estabelecer a organização, atribuições e estatuto de cada Ministério Público (art. 128, § 5º), obedecidas as garantias e vedações previstos nos incisos da referida disposição legal.

Previu o ingresso na carreira mediante concurso de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, observada, nas nomeações, a ordem de classificação (art. 129, § 3º).

Estendeu ao Ministério Público os princípios atinentes à Magistratura (art. 129, § 4º)<sup>390</sup>.

Proibiu que as funções do Ministério Público fossem exercidas por pessoas não integrantes da carreira, que deverão residir na Comarca de sua lotação (art. 129, § 2º).

Houve a previsão de Ministério Público junto aos Tribunais de Contas (art. 130), tendo o Supremo Tribunal Federal entendido que este Ministério Público é instituição diversa<sup>391</sup>.

---

<sup>387</sup> “Art. 128, § 1º. O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução.”

<sup>388</sup> “Art. 128, § 3º. Os Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios formarão lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução”. Percebe-se a diferença entre a forma de nomeação do Chefe do Ministério Público da União e dos Estados. Embora ambos devam integrar as respectivas carreiras, a escolha pode, quanto ao Procurador-Geral da República, recair em qualquer de seus integrantes, enquanto nos Estados, só poderá ser feita quanto a um dos componentes da lista tríplice formada após eleição pelos integrantes da carreira. Ainda, nos Estados a escolha é privativa do Governador, enquanto na União, depende de aprovação da maioria absoluta dos membros do Senado Federal.

<sup>389</sup> Art. 128, §§ 2º e 4º (União e Estados, respectivamente).

<sup>390</sup> Dentre estas, avulta em importância as regras sobre promoção e remoção, a previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento, as regras sobre subsídios e aposentadoria, a necessidade de motivação das decisões administrativas, a publicidade das sessões de seus órgãos colegiados e a obrigatoriedade de que o número de promotores seja proporcional à efetiva demanda e população.

<sup>391</sup> Pleno, ADI 789-DF, Relator Ministro Celso de Mello, julg. 26.05.1994, v.u.; ADI 2884/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julg. 02.12.2004, v.u.; ADI 3.194/ES, Relator Ministro Eros Grau, julg. 24.05.2006, v.u.; ADI 3315/CE, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julg. 06.03.2008, v.i e ADI 3.307/MT, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julg. 02.02.2009, v.u

Estabeleceu as funções institucionais do Ministério Público (art. 129, incisos I a VIII), declarando que este pode exercer outras, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. Esta matéria, por sua importância, será tratada em item próprio.

A Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, denominada “Reforma do Judiciário”, acrescentou as seguintes regras ao desenho do Ministério Público: a possibilidade de autorização do Chefe da Instituição para que o integrante da carreira resida fora da Comarca de sua lotação (art. 129, § 2º, parte final), a exigência de que o candidato no concurso de ingresso tenha, no mínimo, três anos de atividade jurídica (art. 129, § 3º), a distribuição imediata dos processos (art. 129, § 4º), além de ter criado o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, §§ 1º a 4º) e determinado que leis da União e dos Estados criassem ouvidorias do Ministério Público (art. 130-A, § 5º)<sup>392</sup>.

Outros dispositivos constitucionais também tratam do Ministério Público, tais como a que prevê a competência do Presidente da República para a iniciativa de lei que fixe a organização do Ministério Público da União, bem como as normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 61, “d”), as que prevêm a participação do Ministério Público nos Tribunais Regionais Federais, Tribunais Estaduais e do Distrito Federal e Territórios, escolhidos a partir de lista sêxtupla elaborada pela Instituição (art. 94 e 107, I), assim como no Superior Tribunal de Justiça (art. 104, parágrafo único, II), no Tribunal Superior do Trabalho (art. 111-A, I), no Superior Tribunal Militar (art. 123, parágrafo único, II) e no Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, incisos X e XI).

Ainda de forma esparsa na Constituição Federal temos a regra que estabelece foro por prerrogativa de função para os membros do Ministério Público acusados de crimes comuns e de responsabilidade (art. 96, III) e regras sobre legitimidade do Ministério Público para propor a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade (art. 103, VI) e a previsão de intervenção da Instituição em alguns feitos (art. 103, § 1º e 232). Ressalte-se que a Carta da República previu constituir crime de responsabilidade os atos do Presidente da

---

<sup>392</sup>Esta norma dispõe que as ouvidorias do Ministério Público são competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, inclusive contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público.

República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, o livre exercício do Ministério Público (art. 85, II).

ROBERTO ROMANO<sup>393</sup>, com a sua habitual percuciência, afirma:

“Em nossa terra, o Ministério Público cumpre (ou deve cumprir) o papel de acusador oficial que, *sine ira ET studio*, indica os que violam a lei e providencia para que a massa dos cidadãos não sinta insegurança na aplicação das normas universais do direito. Cabe-lhe um papel estratégico na governabilidade, portanto: sem o Ministério Público, os operadores dos três poderes e os que movem a sociedade civil tendem a desconhecer os limites de seu mando e legitimidade. Sem a vigilância do Ministério Público as autoridades constituídas tombam na imprudência e desafiam a opinião pública com atos e providências que escandalizam, em primeiro lugar, mas produzem a sensação de que as leis e o próprio Estado são instrumentos de alguns contra a maioria dos cidadãos. O Ministério Público, portanto, ajudando poderosamente na aplicação imparcial da lei, também auxilia o mundo democrático a não se perder na ineficácia”.

#### **4- Fatores que levaram o Ministério Público ao atual desenho constitucional.**

As razões para este novo desenho são inúmeras, cumprindo destacar a atividade do Ministério Público desenvolvida nos âmbitos civil e penal, além do desejo de conferir eficácia à defesa de interesses metaindividuais<sup>394</sup>.

Para bem compreender esta evolução constitucional, há que se partir dos conceitos de constituição sociológica e constituição normativa, bem como percorrer o ordenamento infraconstitucional e as funções que este cometeu, ao longo da história, ao Ministério Público, assim como compreender o momento nacional quando da promulgação da Constituição de 1988.

##### **4.1 – Constituição sociológica e constituição normativa.**

---

<sup>393</sup> “Ética e Ministério Público. Uma reflexão em Três Momentos”, In Justiça, Cidadania e Democracia, Coordenação Roberto Livianu, São Paulo: Imprensa Oficial: Ministério Público Democrático, 2006, pág. 196.

<sup>394</sup> EDUARDO RITT (O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia institucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012) entende que este desenho constitui cláusula pétreia.

O termo Constituição não é unívoco, podendo ser compreendido a partir de dimensões diversas. Alguns estudiosos apontam a distinção entre a constituição sociológica e a constituição jurídica.

No sentido sociológico, LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO E VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR<sup>395</sup> mencionam a posição de Ferdinand Lassale, que aponta a necessidade de a Constituição ser o reflexo das forças sociais que estruturam o poder, sob pena de resumir-se, apenas, a uma “folha de papel”. Assim, se inexistir coincidência entre o documento escrito e as forças determinantes do poder, não estaremos diante de uma constituição. No sentido jurídico, a Constituição seria a organização sistemática dos elementos constitutivos do Estado estabelecidas e votadas pelo Poder Constituinte.

NELSON DE SOUZA SAMPAIO<sup>396</sup> aponta as concepções sociológica e jurídica da Constituição para, então, afirmar que o sentido sociológico, considerado isoladamente, tornaria dispensável a Constituição como norma. Aduz que os fatores reais de poder em dada sociedade, e no seu sistema jurídico-constitucional, influenciam as normas, mas a recíproca é verdadeira, vale dizer, o poder do ordenamento jurídico-constitucional de exercer direitos sobre a realidade social. Acrescenta:

“Um sistema jurídico afasta-se mais ou menos da realidade social subjacente – do contrário deixaria de pertencer ao mundo do dever ser – mas deverá ser dotado de um mínimo de eficácia sobre essa mesma realidade para que seja verdadeiro direito e não simples construção teórica”.

LUIS ROBERTO BARROSO<sup>397</sup> também aponta as duas concepções, afirmando que o sentido jurídico tem forte inspiração na teoria de Kelsen. Após expor o entendimento de que ambas as concepções tem enorme valia doutrinária, afirma:

“A Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pela realidade de seu tempo. Essa é uma evidência que não se pode ignorar. Mas ela não se reduz à mera expressão das circunstâncias

---

<sup>395</sup> Curso..., op. cit, pág. 30.

<sup>396</sup> O Poder de Reforma Constitucional. Bahia:Livraria Progresso Editora, 1954, pág. 11/12.

<sup>397</sup> Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Ob. Cit., pág. 80/81.

concretas de cada época. A Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. Existe, assim, entre a norma e a realidade uma tensão permanente, da qual derivam as possibilidades e os limites do direito constitucional”.

KONRAD HESSE<sup>398</sup> entende que a ideia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica.

E, para responder à questão da existência da forma normativa da Constituição, indaga se existiria, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do Direito Constitucional.<sup>399</sup> Quanto a esta indagação, aponta o condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político social:

“A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Esta pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas.<sup>400</sup>”

Prosseguindo na exposição, o Autor alemão afirma que toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um germe material de sua força vital no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento<sup>401</sup>. Aduz:

“Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis<sup>402</sup>”, finalizando com a conclusão de que a Constituição jurídica confere forma e modificação à realidade, despertando a força que reside na natureza das coisas.

<sup>398</sup> A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

<sup>399</sup> “A força normativa...”, pág. 11.

<sup>400</sup> “A força normativa...”, ob. cit, pág. 14.

<sup>401</sup> “A força normativa...”, ob. cit, pág. 17.

<sup>402</sup> “A força normativa...”, ob. cit, pág. 21.

Considerado o contexto histórico em que estava inserida a Assembleia Nacional Constituinte e a evolução do Ministério Público ao longo da história - temas que serão a seguir tratados - não é de se admirar que a Instituição tenha alcançado o patamar constitucional atual, considerando que ao dado sociológico foi acrescentado o normativo.

#### **4-2 – Evolução do Ministério Público na ordem infraconstitucional.**

Sendo ímpar a situação constitucional do Ministério Público brasileiro, convém fazer breve incursão pelo ordenamento infraconstitucional para verificar os motivos que determinaram esta previsão. Isto porque, sem dúvida, o trabalho desenvolvido pela Instituição ao longo da história do país e o reconhecimento que obteve constituíram os fundamentos das reivindicações feitas durante a Assembleia Constituinte, muitas das quais atendidas.

Como já foi dito, o Ministério Público brasileiro tem as suas origens no direito lusitano. Desde cedo foi ele chamado a atuar em causas criminais e em causas cíveis reputadas importantes.

Assim é que a Lei n. 2.040, de 28 de setembro de 1861, conhecida como Lei do Ventre Livre (por libertar da escravidão os filhos de mulher escrava), determinava, em seu art. 8º a matrícula especial de todos os escravos existentes no Império.

O Decreto n. 4.385, de 1º de dezembro de 1871, que aprovou o regulamento para a matrícula especial dos escravos e dos filhos livres da mulher escrava, estabelecia caber aos, “aos curadores geraes de orphãos, aos promotores públicos e seus adjuntos, e aos juizes de orphãos”, dar à matrícula os filhos livres de mulher escrava quando eles não tivessem sido matriculados no prazo previsto (art. 7º, 2º). O art. 15 do mesmo decreto também previa a presença do promotor público ou seu adjunto para a lavratura do termo de encerramento dos livros de matrícula.

O Decreto n. 5.135, de 13 de novembro de 1872, para a execução da mesma lei, previa, em seu art. 28, a composição de uma junta em cada Município para a classificação dos escravos que poderiam ser libertados, sendo esta junta composta pelo presidente da Câmara, pelo coletor e pelo promotor público. O art. 95 do

mesmo decreto estabelecia a gratuidade de qualquer certidão requisitada por juízes, curadores gerais de órfãos, promotores públicos e adjuntos, ou curadores particulares, para defesa dos escravos, dos menores livres e dos sujeitos a serviços.

A organização do Ministério Público e as codificações ocorridas no século XX significaram grande crescimento da Instituição.

Em 1951 foi criado, pela Lei 1.341, de 30 de janeiro o Ministério Público da União, prevendo-se a sua vinculação ao Poder Executivo e suas ramificações em Ministério Público Federal, Ministério Público Eleitoral, Ministério Público Militar e Ministério Público do Trabalho. O art. 1º declarava que o Ministério Público da União tem por função zelar pela observância da Constituição Federal, das leis e atos emanados dos poderes públicos.

Os Ministérios Públicos dos Estados eram criados pelas respectivas Constituições e leis estaduais. Em 14 de dezembro de 1981, por determinação da Emenda Constitucional n.7/77, foi editada a Lei Complementar n. 40, que estabelecia normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. O seu art. 1º definiu o Ministério Público como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, responsável, perante o Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis.

As codificações ocorridas no Século XX – assim como diversas leis esparsas – previram que o Ministério Público tivesse relevantes funções, como será adiante visto.

#### **4.2.1 - Código Civil de 1916**

O Código Civil de 1916 previu a intervenção do Ministério Público em diversas matérias, das quais são exemplos o seu papel de velar pelas fundações (art. 26 a 30), a possibilidade de alegar, em certos casos, a nulidade do ato jurídico (art. 147), legitimidade para propor, em determinadas hipóteses, ação de anulação de casamento (art. 208, II), a legitimidade para requerer ao juiz a nomeação de curador especial ao filho sob o pátrio poder, sempre que os interesses dele colidissem com

os de seu representante (art. 387), a ação para suspensão ou destituição do pátrio poder (art. 394), a legitimidade para propor, em alguns casos, a interdição (art. 447, III e 448) e de atuar nas que não fossem propostas pela Instituição (art. 449) e a legitimidade para requerer a declaração de ausência (art. 463).

#### **4.2.2 - Código de Processo Civil de 1939.**

O Código de Processo Civil de 1939 regrou, em inúmeros artigos, a intervenção do Ministério Público, a quem foi conferida larga margem de atuação. Algumas disposições darão idéia da importância dada pelo legislador processual à Instituição.

O art. 56, § 1º, estabeleceu que as custas dos atos judiciais praticados a requerimento do órgão do Ministério Público e do representante da Fazenda Pública seriam pagas, afinal, pelo vencido<sup>403</sup>.

Nos processos em que houvesse interesse de incapaz, era obrigatória a intervenção do Ministério Público<sup>404</sup> (art. 80, § 2º), sob pena de nulidade (art. 84).

Ao Ministério Público era conferida a legitimidade para promover a remoção do tutor ou curador (art. 604) e a de requerer, em alguns casos, a decretação de interdição (art. 606 e 613).

O Ministério Público deveria ser ouvido nos casos do então denominado “desquite” (art. 643, § 1º).

Além disto, o art. 670<sup>405</sup> dispunha: “A sociedade civil com personalidade jurídica que promover atividade ilícita ou imoral será dissolvida por ação direta, mediante denúncia de qualquer do povo ou do órgão do Ministério Público”.

---

<sup>403</sup> Comentando este dispositivo, PONTES DE MIRANDA (Comentários ao Código de Processo Civil. 2ª. Ed, Rio de Janeiro: Forense, 1958, Tomo I, pág. 395) afirma: “O Ministério Público atua em nome do Estado, em funções de interesse estatal. (1) Ou o Estado adiantaria as custas, para que as restituísse, a final, o vencido; (2) ou as deixaria para que só então esse as pagasse; (3) ou isentaria de pagamento de custas os atos e as diligências que o Ministério Público requeresse. A primeira solução é fora dos hábitos do Estado, que muito recentemente na história anuiu em sua comparência perante os tribunais e nem para os pobres adianta custas. A terceira constitui a forma para alguns processos de urgência e importância social. A segunda é a que passou a ser a sua técnica usual.”

<sup>404</sup> PONTES DE MIRANDA (Comentários ao Código de Processo Civil. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, Tomo II, pág. 44) aponta a função fiscalizadora do Ministério Público, que independe da representação ou assistência do incapaz, ou da necessidade de nomeação de curador à lide.

Ainda, foi prevista a possibilidade de arguição de suspeição do membro do Ministério Público (art. 189), o que demonstra a indispensabilidade de que o órgão tivesse função isenta.

Bem se vê que na área processual civil era intensa a atuação do Ministério Público, com frutos reconhecidos nos meios jurídicos e na sociedade.

#### 4.2.3 - Código de Processo Penal.

O Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941) dedicou um Capítulo ao Ministério Público, cuidando de estabelecer as suas atribuições: a promoção da ação penal pública e, nos termos do art. 257, promover e fiscalizar a execução da lei<sup>406</sup>.

Ensina JOSÉ FREDERICO MARQUES<sup>407</sup>:

“Por ter banido a figura do juiz inquisitivo, o Código de Processo Penal fez do Ministério Público o *dominus litis* da ação penal pública. Houve, desta forma, cabal separação entre ‘acusação’ e jurisdição, conforme se vê do art. 28 do Código de Processo Penal.

CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA<sup>408</sup> afirma que, após a Revolução Francesa, o sistema acusatório foi adotado na Europa, “propagando-se para as Américas a partir do Século XIX, constituindo hoje a marca fundamental do processo penal na imensa maioria dos países do mundo, inclusive no Brasil”. O que caracteriza este sistema é a separação entre o órgão acusador e o julgador e a paridade entre acusação e defesa.

O Código de Processo Penal atribuiu a legitimidade para propor a ação penal pública ao Ministério Público (art. 24), só se admitindo a ação privada nos crimes de

---

<sup>405</sup> Ainda em vigor, por força do art. 1.218, VII, do Código de Processo Civil.

<sup>406</sup> VICENTE GRECCO FILHO (Manual de Processo Penal.9ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 279) ensina: “Fundem-se as funções do órgão agente, enquanto titular da ação penal pública, e de órgão fiscalizador. Essas duas funções, às vezes aparentemente contraditórias, não o são, na verdade, porque a função acusatória também é uma forma de promoção da atuação da lei, nos termos colocados no art. 257 do Código”.

<sup>407</sup> Elementos de Direito Processual Penal. Campinas: Bookseller, 1997, pág.307.

<sup>408</sup> Comentários ao Código de Processo Penal. Bauru-SP: Edipro, 1ª. Ed, 2002, pág. 449.

ação pública quando esta não for intentada no prazo legal (art. 29). Em poucas hipóteses o início da ação penal cabe ao ofendido ou ao seu representante, considerando a lei que, nestes casos, a persecução no âmbito penal deve ser decidida por ele.

Foi prevista a possibilidade de alegação de suspeição do membro do Ministério Público (art. 104), o que indica, de forma cristalina, que o Ministério Público não é acusador sistemático: antes, busca a realização da Justiça. Esta afirmação é confirmada pelo exame do art. 385 do Código de Processo Penal, que prevê, expressamente, a possibilidade de o Ministério Público pedir a absolvição do réu. Daí porque a doutrina denominou-o de parte imparcial. Segundo FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO<sup>409</sup>: “ele é e deve ser imparcial, porque promove a atuação do direito objetivo por um interesse superior, e não de parte. Daí não se pode deixar de admitir, sem contradição, essa parte imparcial”. E, arremata:

“Aliás, basta a simples circunstância de o art. 258 estender-lhe os motivos legais de suspeição dos Juízes para que não haja nenhuma dúvida quanto a sua imparcialidade. Ninguém pode afastar uma parte do processo sob o fundamento de ser parcial. Claro, toda parte é parcial. Mas, em se tratando de Ministério Público, o Estado não admite que ele atue com parcialidade.”

O art. 250 Código de Processo Penal previu, também, a legitimidade do Ministério Público para propor a execução ou a ação civil de reparação de danos, a requerimento de vítima pobre (art. 68).

Estabeleceu a legitimidade ativa para o requerimento de seqüestro (art. 126) e da hipoteca legal e do arresto, se a vítima for pobre e o requerer, ou se houver interesse da Fazenda Pública (art. 142).

Pela mesma necessidade de imparcialidade do Ministério Público, o Código de Processo Penal previu, também, causas de impedimento e incompatibilidade (art. 258)<sup>410</sup>.

---

<sup>409</sup> Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 1996, vol. I, pág. 410.

<sup>410</sup> TOURINHO FILHO (Código de Processo Penal Comentado, ob. cit, pág. 414) afirma que, em razão de o Ministério Público ser parte imparcial, os motivos que podem afetar a imparcialidade são, além dos motivos legais de suspeição, os relativos a impedimentos e incompatibilidades, aqui por uma questão de moralidade.

Vê-se, portanto, o papel fundamental que o Ministério Público, há muito, exerce na área penal.

#### **4.2.4- Código de Processo Civil de 1973.**

O Código de Processo Civil (Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973) aumentou a participação do Ministério Público na área não-penal.

Houve a previsão de sua participação em todos os conflitos de competência (art. 121), podendo, inclusive, suscitá-lo (art. 116), bem como a sua intervenção obrigatória nos incidentes de uniformização de jurisprudência (art. 478, parágrafo único) e nas ações de usucapião (art. 944).

Dentre outras hipóteses, foi prevista, ainda, a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação rescisória em determinados casos (art. 487, III), para requerer a abertura de inventário quando houver herdeiro incapaz (art. 988, VIII), para iniciar procedimento especial de jurisdição voluntária (art. 1.104, incluindo-se aí o requerimento de interdição – art. 1.177 e 1.178), devendo intervir obrigatoriamente naqueles que forem iniciados por outros interessados (art. 1.105).

O Código de Processo Civil previu prazos especiais para o Ministério Público (art. 188). Este diploma, neste ponto, inovou quanto ao Código de Processo Civil de 1939, já que este, expressamente, determinava que o prazo para manifestação do Ministério Público nos autos seria igual ao das partes (art. 21), reservando o prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar apenas às Fazendas Públicas (art. 32 do Código de Processo Civil de 1939).

Foram estabelecidas causas de suspeição e impedimento do membro do Ministério Público (art. 138) e estabelecida a sua legitimidade para recurso em qualquer feito, quer atue como parte, quer como fiscal da lei (art. 499, § 2º).

Além disto, o Código de Processo Civil dedicou um Título ao Ministério Público, podendo destacar-se a previsão de que ele tem, no processo os mesmos ônus e poderes que as partes (art. 81), e que, como fiscal da lei, deve ser intimado de todos os atos do processo depois das partes, tendo ampla atuação em matéria probatória (art. 82). Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério

Público, deverá a parte promover-lhe a intimação, sob pena de nulidade do processo (art. 84, completado pelo disposto no art. 246).

Ressalta-se que o amplo papel da Instituição na área não-penal tem forte amparo na previsão original constante do art. 82 do Código de Processo Civil, que determina a intervenção do Ministério Público:

I – nas causas em que há interesses de incapazes;

II – nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

III - em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.<sup>411</sup>

#### **4.2.5 - Outras leis.**

Além das codificações, inúmeros diplomas conferiram ao Ministério Público tarefas de grande importância, valendo mencionar, exemplificativamente, as Leis n. 1.531, de 31 de dezembro de 1951 (Lei que regulava o mandado de segurança)<sup>412</sup>, a Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965 (Lei da Ação Popular)<sup>413</sup> e a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública).

A Lei n. 1.531/51, que regulava o mandado de segurança, previa a intervenção do Ministério Público como fiscal da lei (art. 10).

A Lei da Ação Popular determina a obrigatória intervenção do Ministério Público (art. 6º, § 4º), que pode aditar a petição inicial, se for o caso, produzir provas e recorrer. É entendimento pacífico que o Ministério Público pode postular a improcedência do pedido formulado pelo Autor popular. Em caso de abandono do processo ou de desistência da ação, caso nenhum cidadão assumo o pólo ativo, poderá o Ministério Público fazê-lo (art. 9º). Julgada procedente a ação, a execução

---

<sup>411</sup> Registre-se que, diante das inúmeras ocorrências, à época, de invasões/ocupações de terras rurais por grupos que pretendiam a reforma agrária, houve alteração do dispositivo mencionado, que passou a ter a seguinte redação, dada pela Lei n. 9.415, de 23 de dezembro de 1996: “nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”.

<sup>412</sup> Atualmente, rege o mandado de segurança a Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009.

<sup>413</sup> A Constituição Federal ampliou o objeto da ação popular, ali inserindo a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e popular (art. 5º, LXXIII).

pode ser promovida pelo Ministério Público se, decorridos 60 (sessenta) dias, o Autor popular, qualquer cidadão ou a Fazenda lesada não promovê-la. Aqui se percebe o papel da Instituição na defesa do patrimônio público, com a previsão de ampla intervenção em processo que objetiva a participação do cidadão na gestão da coisa pública.

A Lei da Ação Civil Pública, pela sua importância, será tratada em Capítulo próprio. Por ora, basta mencionar que este diploma, conferindo legitimidade para que a Instituição defendesse interesses difusos e coletivos, constituiu um dos mais importantes fatores que habilitaram o Ministério Público a reivindicar previsão constitucional à altura de sua finalidade.

#### **4.3 -Contexto político no qual estava inserida a Assembleia Constituinte.**

PAULO BONAVIDES<sup>414</sup>, ao distinguir as constituições, quanto à sua extensão, em concisas e prolixas, afirma que a Carta de 1988 pertence ao segundo grupo, cada vez mais numeroso no mundo. Aponta as causas principais pelas quais as Constituições se fizeram volumosas:

“a preocupação de dotar certos institutos de proteção eficaz, o sentimento de que a rigidez constitucional é anteparo ao exercício discricionário da autoridade, o anseio de conferir estabilidade ao direito legislado sobre determinadas matérias e, enfim, a conveniência de atribuir ao Estado, através do mais alto instrumento jurídico que é a constituição, os encargos indispensáveis à manutenção da paz social”.

No caso brasileiro, o povo desconfiava do Estado que, por duas décadas, havia mantido o país na escuridão, com a adoção de regime ditatorial que, então, assolava a maioria dos países da América Latina e que negava os mais mezinhos direitos integrantes da dignidade humana.

Neste contexto, repleto de esperanças de restauração da democracia, todos os setores procuraram inserir na Constituição normas que garantissem que o passado recente não mais fosse repetido.

---

<sup>414</sup> Curso de Direito Constitucional. Ob. Cit., pág. 96.

O Ministério Público não constituiu exceção neste panorama em que todos, tal como naufragos, buscavam o seu porto seguro na rigidez da Constituição Federal, com o fim de garantir seus direitos e posições.

Para tanto, muito contribuiu a organização, em âmbito nacional, do Ministério Público.

HUGO NIGRO MAZZILLI relata os fatos que acarretaram esta organização, mencionando que a existência de uma lei complementar que estabelecia normas gerais a serem adotadas na organização dos Ministérios Públicos Estaduais, prevista pela Emenda Constitucional n. 7/77 configurou “uma conquista que adveio do trabalho das associações estaduais de Ministério Público, em busca de um perfil nacional da instituição, que reduzisse suas discrepâncias regionais”.<sup>415</sup>

Prossegue o Autor a relatar as demais ocorrências resultantes desta organização nacional, mencionando, dentre outros, o VI Congresso Nacional do Ministério Público, ocorrido em São Paulo, em 1985, cujas conclusões serviram de base para as reivindicações da Instituição e a proposta de anteprojeto final para a Constituição, denominada “Carta de Curitiba”, que decorreu de discussões ocorridas no 1º Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e Presidentes de Associações de Ministério Público.<sup>416</sup>

A Assembleia Nacional Constituinte encontrou o Ministério Público brasileiro organizado, ao menos em suas principais reivindicações, cujo parcial acolhimento determinou o novo desenho de Ministério Público.

#### **4.3.1 -A Comissão Afonso Arinos.**

Para o fim de cumprir a promessa de elaboração de nova Constituição, foi instituída, pelo Presidente da República, Comissão Provisória de Estudos Constitucionais pelo Decreto n. 91.450, de 18 de julho de 1985.

---

<sup>415</sup> “Regime Jurídico...”, ob. cit, pág. 53. Artigo publicado na Revista Plural (da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, n. 53, Ed. de jan-mar/2013), relata a história da atual Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, fundada em Ouro Preto – MG, em 30 de maio de 1971, então com o nome de Confederação das Associações Estaduais do Ministério Público (CAEMP). Segundo este artigo, a sua atuação foi importante para que a Instituição atingisse o atual patamar constitucional.

<sup>416</sup> “Regime Jurídico...”, ob. cit, pág. 92/105.

Esta Comissão ficou conhecida como Afonso Arinos, porque presidida por Afonso Arinos de Melo Franco.

Na apresentação do trabalho, a Comissão deixou expresso que ele resumia a Esperança e a Fé do nosso Povo, que tinha em seu chão uma realidade povoada de espantos, acrescentando:

“cabe-nos sugerir a construção de um Estado que responda à vontade expressa nas ruas, naqueles meses densos de emoção, em que se consolidou, na bravura e na alegria, no sacrifício e na ternura, a transição democrática. O povo quer que a Nação se erga, orgulhosa, sobre os alicerces e pilares da honra. Para isso, em cartas, em memoriais de petição, nos encontros, nos debates, na imprensa, ele nos instou a que propuséssemos uma ordem jurídica aberta, um sistema democrático de Direito e modernos instrumentos de administração política”.

Apresentado o trabalho, não foi ele adotado pelo Congresso Nacional, que preferiu valer-se das propostas por ele mesmo elaboradas. Não obstante, é inegável que o resultado apresentado pela Comissão exerceu influência sobre o produto final da Assembleia Constituinte.

Na proposta da Comissão Afonso Arinos, ao Ministério Público foram dedicados vários dispositivos, sendo inequívoco que, já nesta fase preparatória, ele ocupava posição ímpar no contexto das instituições. Ressalte-se que ao Ministério Público já era dedicado Capítulo à parte (e, nos Estados, Seção à parte), não estando inserido em qualquer dos Poderes do Estado. O art. 308 trazia o conceito de Ministério Público que restou consagrado na Carta de 1988.

HUGO NIGRO MAZZILLI<sup>417</sup>relata as posteriores idas e vindas do trabalho constituinte sobre o Ministério Público, decorrente do embate das forças que ali atuavam e finaliza afirmando que o resultado final foi o “texto possível”.

## **5. –Conceito de Ministério Público.**

---

<sup>417</sup>“Regime jurídico..”, Ob. Cit, pág. 108/109.

PINTO FERREIRA<sup>418</sup> afirma existir diferença entre a ação do poder público no presente, através do chamado Ministério Público, contrastando com a ação dos delatores na antiguidade clássica. A democracia assim amparou a sua própria existência, agindo com o Ministério Público em benefício do Estado e da sociedade. Para ele, o Ministério Público é um órgão do Estado, “órgão de capital importância, através do qual o próprio Estado realiza o cumprimento e a defesa da Constituição, da lei, dos regulamentos e das suas decisões, observando e fiscalizando o seu cumprimento.”

PONTES DE MIRANDA, comentando a Constituição de 1934, afirma que a inserção do Ministério Público na Constituição explica-se pela natureza obrigatória do ofício:

“Não se pode cercear, ou tolher, ou dirigir a liberdade de juízo, de pensamento e de acção, do Ministério Público. O de que ele se incumbem é de velar pela observância das leis, regulamentos e instruções, na tutela dos interesses do Estado, de certas instituições, de incapazes, de massas e de ausentes. É o órgão ou conjunto de órgãos pelo qual se exerce o interesse público em que a justiça funcione”.<sup>419</sup>

Continuava ele, afirmando que o tratamento constitucional do Ministério Público constitui prova de atitude doutrinária da Assembleia Constituinte:

“Existem: a dos que reputam o Ministério Público duplicação supérflua, inútil, dispendiosa, ao lado dos magistrados, a que se atribuíam funções de julgamento *ex officio*, hoje minguadas; a dos que só o explicam como facto psicológico de desconfiança da magistratura, e foi devido, em sua origem francesa, a elemento político; e a dos que lhe querem a conservação como corpo autónomo, ao mesmo lado e diferente da magistratura, ligado mas independente do Poder executivo. Representante da lei, dizem os penúltimos, e não do Poder executivo, aditam os últimos. Órgão, por si, de interesse público de que as leis e mais normas se cumpram. Foi a essa opinião que se prendeu a Constituição de 1934.”<sup>420</sup>

<sup>418</sup> Curso de Direito Constitucional. Ob. Cit, pág. 410.

<sup>419</sup> Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, pág. 34

<sup>420</sup> Igual lição foi dada por PONTES DE MIRANDA ao comentar a Constituição de 1946 (Comentários à Constituição de 1946. Tomo III. 3ª. Ed, Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1960, pág. 493), a Constituição de 1967 (Comentários à Constituição de 1967. Tomo IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pág. 325) e a Emenda Constituição 1/69 (Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969. 2ª. Ed revista, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Tomo III, pág. 407).

Ensina VICENTE GRECCO FILHO<sup>421</sup>:

“Na defesa do interesse público e na manutenção do equilíbrio jurídico da sociedade, exerce função de grande relevância o Ministério Público. Nascido na qualidade de encarregado da defesa judicial dos interesses do soberano, referido numa *Ordennance* francesa do início do século XIV, transformou-se modernamente numa instituição destinada a defender judicialmente os interesses considerados indisponíveis da sociedade”.

O conceito do Ministério Público é dado pelo art. 127 da Constituição Federal: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Este conceito distingue o Ministério Público brasileiro de sua fonte primeira de inspiração, o Ministério Público português.

Com efeito, na Constituição da República portuguesa consta (art. 219, 1):

“Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática”

É inequívoco que o Ministério Público brasileiro ocupa, atualmente, posição constitucional de maior importância relativamente ao português, haja vista a sua destinação institucional e a maior abrangência e relevância de suas funções.

A decomposição do conceito constitucional brasileiro mostra-se útil para bem compreender o Ministério Público tal como previsto na atual ordem jurídica brasileira.

### **5.1 – Instituição permanente.**

---

<sup>421</sup> “Manual...”, ob. cit, pág. 57.

Afirma a Constituição, inicialmente, que o Ministério Público é uma instituição permanente.

*Instituição*, segundo J. J. GOMES CANOTILHO<sup>422</sup>, em termos aproximados e sintéticos é (1) um modelo de ação ou padrão de comportamento; (2) um espaço de ligação do indivíduo com pessoas ou com a sociedade; (3) uma estrutura de socialização e estabilização dos padrões de condutas e formas de comportamento.

Dentre as instituições protegidas constitucionalmente, exemplifica o festejado autor português com a instituição família, a instituição propriedade e a instituição universidade, “que podem considerar-se, tendencialmente, como padrões de comportamento, espaços de ligação social e estruturas de estabilização”.

A respeito do conceito de instituição, HUGO NIGRO MAZZILLI<sup>423</sup> cita Hauriou, em tradução livre:

“uma instituição é uma idéia ou obra ou empreendimento que se realiza e dura juridicamente num meio social; por outro lado, entre os membros do grupo social interessado na realização dessa idéia, produzem-se manifestações de comunhão, dirigidas pelos órgãos de direção e reguladas pelos procedimentos”.

A partir deste conceito, o Autor extrai os seguintes elementos da instituição: “a) uma idéia de uma obra no meio social (é o objeto); b) uma organização (são os meios, isto é, seus órgãos e procedimentos); c) uma comunhão para o fim social (é o fim, o bem comum)” para, ao cabo, concluir que o Ministério Público é uma instituição nacional, calcando esta conclusão na unidade do Direito nacional, no fato de o Ministério Público abranger ramos da União e dos Estados, todos com objeto e fins comuns.<sup>424</sup>

A Constituição Federal atribuiu o Ministério Público a condição de instituição permanente, vale dizer, instituição que não tem o caráter de temporariedade, que não pode ser abolida em razão de sua indispensabilidade no Estado Democrático de Direito.

---

<sup>422</sup> Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Ob. Cit., pág.. 1145.

<sup>423</sup> “Regime Jurídico...”, ob. cit, pág. 117/118.

<sup>424</sup> “Regime Jurídico...”, ob.cit, pág. 118.

## **5.2 - Essencial à função jurisdicional do Estado.**

Ser essencial à função jurisdicional do Estado significa, por um lado, que a atividade precípua do Ministério Público ocorre junto ao Poder Judiciário e, por outro lado, que a atividade jurisdicional não existe em toda a sua plenitude sem a atuação do Ministério Público.

Anote-se, todavia, que o Ministério Público tem várias funções exercidas independentemente da função jurisdicional: a fiscalização de fundações, de prisões, de locais que abrigam idosos e menores; a homologação de acordos extrajudiciais, a instauração de inquéritos civis, o atendimento ao público e outras tantas exercidas pela Instituição.

## **5.3 – Incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.**

Estando o Ministério Público incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, cumpre fixar o exato sentido destas finalidades, sempre atentando para a lição de EDUARDO RITT:

“Com certeza, e considerando que o Ministério Público foi erigido a defensor da ordem jurídica e do regime democrático, bem como dos direitos sociais e individuais indisponíveis, isto se deve à necessidade de proteger a democracia, a Constituição e os direitos fundamentais, tão importantes para o Estado Democrático de Direito brasileiro, após 20 anos de ditadura militar, cuja sociedade ainda é tão carente e miserável, clamando por justiça social.”<sup>425</sup>

---

<sup>425</sup>O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pág. 134.

*Ordem jurídica* constitui conceito jurídico indeterminado, ou seja, um conceito caracterizado por alto grau de indeterminação<sup>426</sup>, cumprindo ao intérprete precisar o seu sentido.

A ordem jurídica é conceituada, por J. J. GOMES CANOTILHO<sup>427</sup>, como o sistema de normas de natureza jurídica que determinam e disciplinam vinculativamente certos âmbitos primários da vida em sociedade dentro do sistema social global. Anota que este sistema de normas a que se chama de ordem jurídica tem sido tradicionalmente concebido como um sistema normativo estatal, entendendo-se, nesta perspectiva, o Estado como o sujeito criador da ordem jurídica, não obstante esta concepção seja, no seu entendimento, redutora e unilateral.

Não é, aqui, o espaço adequado para a discussão sobre a possibilidade de existirem outros ordenamentos jurídicos, tais como os de ordens religiosas. Importa afirmar que sendo o Ministério Público uma instituição criada pelo sistema normativo estatal, e tendo ele a incumbência da defesa da ordem jurídica, conclusão inarredável é que esta ordem é aquela decorrente do Estado.

*Regime democrático* também constitui conceito jurídico indeterminado e a sua precisão deve ser feita em conjunto com as demais disposições constitucionais que estipulam uma idéia de democracia.

Cumprir lembrar que o Brasil constitui um Estado Democrático de Direito (art. 1º) que tem como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, tendo os objetivos fundamentais indicados no art. 3º da Constituição Federal.

É na perspectiva destes fundamentos e objetivos que deve ser entendida a função do Ministério Público na defesa do regime democrático.

---

<sup>426</sup> ANTÔNIO FRANCISCO DE SOUZA (“Conceitos Indeterminados’ no Direito Administrativo. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, pág. 23/27) afirma que os conceitos indeterminados são a regra no Direito, mas o grau de fluidez não é sempre o mesmo. A doutrina e a jurisprudência reservam a expressão para aqueles conceitos que se revestem de alto grau de indeterminação. Na classificação destes conceitos, vale referir aos conceitos normativos, que podem ser classificados em (a) sentido estrito e (b) de valor. Os primeiros são os que visam dados que não são simplesmente perceptíveis ou percepcionáveis pelos sentidos, mas que só em conexão com o mundo das normas se tornam representáveis e compreensíveis. Já os conceitos normativos de valor são aqueles que, simultaneamente com uma conexão com o mundo das normas, contem uma valoração.

<sup>427</sup> “Direito Constitucional...”. Ob.Cit, pág. 1144.

Esta destinação não se cumpre apenas com a atuação do Ministério Público nas eleições, não obstante seja claro que o voto constitui importante ferramenta para a democracia. Abrange, além da questão eleitoral, todas as condições para que o Brasil seja, efetivamente, democrático.

Dentre tais condições, avulta em importância a cidadania, em cuja noção estão inclusos (a) o ter direitos e (b) o saber que se os tem.

No tema dos direitos, não se pode deixar de lado os individuais, coletivos e difusos, previstos no ordenamento constitucional, que não teriam esta qualidade – ser constitucional – se não houvesse a sua previsão. Tampouco é possível deixar de lado os direitos sociais, que constituem condição necessária para a obtenção da igualdade real, da dignidade da pessoa humana e da construção da sociedade justa, livre e solidária (art. 3º, I, da Carta da República).

É tão relevante a defesa destes direitos que a Carta da República foi pródiga na previsão de mecanismos para a sua defesa, avultando em importância o “habeas corpus”, o mandado de segurança individual, o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção (individual ou coletivo) e a ação civil pública, não sendo mera coincidência o fato de, em todos eles, além de outros tantos, existir a participação do Ministério Público, quer na sua propositura, quer a título de “custos legis”.

*Interesses sociais* são aqueles que dizem respeito à sociedade como um todo, traduzindo os valores mais importantes adotados pela comunidade.

*Interesses individuais indisponíveis* são aqueles titularizados por pessoas determinadas, que deles não podem dispor à vista da sua significação e essencialidade na sociedade.

A defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis constitui o objetivo da atuação do Ministério Público.

## **6. –Organização, Atribuições e Estatuto.**

A organização do Ministério Público obedeceu o princípio federativo previsto na ordem constitucional até 1988. Até então, compunham a federação a União, o

Distrito Federal e os Estados. Atualmente, embora os Municípios integrem a federação, a Constituição Federal não previu a função judiciária neste âmbito.

O Poder Judiciário, tal como previsto atualmente, é integrado por órgãos da União e por órgãos do Estado. O mesmo se dá com o Ministério Público.

A Constituição Federal determina que leis complementares da União e Estados, cuja iniciativa é do Presidente da República (no âmbito federal - art. 61, II, “d”, da Constituição Federal, e no âmbito estadual, em face do princípio da simetria, dos Governadores), facultada a mesma iniciativa aos respectivos procuradores-gerais (art. 128, § 5º), estabelecerão a organização, atribuições e estatuto, obedecidos os parâmetros já previstos na Carta da República.

O Ministério Público da União é regulado pela Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993.

Quanto aos Estados, a Constituição Federal previu a necessidade de lei para estabelecer normas gerais de organização do Ministério Público (art. 61, II, “d”), vindo ao mundo jurídico a chamada Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993). Cada Estado deve editar lei complementar para fixar a organização, atribuições e estatuto do Ministério Público, obedecidas, evidentemente, as prescrições constitucionais e as constantes da Lei n. 8.625/93.

## **7. – Princípios Institucionais do Ministério Público.**

São princípios institucionais do Ministério Público a unidade e indivisibilidade e a independência funcional (art.127, § 1º, da Constituição Federal).

A unidade significa que os membros do Ministério Público integram um só órgão, sob a direção de um só chefe. Em antiga, e ainda atual lição de MAGALHÃES NORONHA<sup>428</sup>, a unidade significa que “todos os promotores de numerosas comarcas integram um órgão sob direção única”. Segundo HUGO NIGRO MAZZILLI,

---

<sup>428</sup> Curso de Direito Processual Penal. 11ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1979, pág. 26.

a unidade ocorre dentro de cada ramo do Ministério Público<sup>429</sup>, entendimento também manifestado por ALEXANDRE DE MORAES<sup>430</sup>.

A indivisibilidade significa que os membros do Ministério Público podem ser substituídos uns pelos outros, porém não arbitrariamente, mas segundo parâmetros estabelecidos em lei. Quanto a este princípio institucional, HUGO NIGRO MAZZILLI<sup>431</sup> afirma:

“Vê-se, destarte, que as substituições não são arbitrárias, nem caprichosas ou aleatórias: seus únicos fulcros não são a pretensa e genérica indivisibilidade ou unidade do Ministério Público, e, sim, e tão somente, a observância de rigorosos critérios legais. Indivisibilidade, bem compreendida, só há nas substituições legais (como em caso de férias ou impedimentos), na sucessão ou até mesmo na simultaneidade de atuação de promotores num feito – mas sempre observado o limite das atribuições”.

A independência funcional significa que o chefe do Ministério Público não pode impor a um membro determinado procedimento funcional. Ensinava MAGALHÃES NORONHA<sup>432</sup>:

“Nem mesmo o Procurador-Geral de Justiça que tem poder disciplinar sobre o promotor pode invadir a esfera íntima de sua convicção na condução do processo. O art. 28 [do Código de Processo Penal] não contravém ao que fica dito, pois o que se opera aí é delegação do Procurador-Geral a outro Promotor”.

Neste aspecto, cabe ao Chefe da Instituição apenas fazer recomendações, sem caráter normativo ou vinculativo.

Ressalte-se que inexistente hierarquia dentro do Ministério Público. O chefe o é apenas em aspecto administrativo:

“Em face das peculiaridades do nosso Ministério Público, hierarquia, portanto, só se concebe num sentido administrativo, pela natural chefia exercida na instituição pelo seu procurador-geral (poderes de designação na forma da lei, disciplina funcional, solução de conflito de

<sup>429</sup>“Regime Jurídico...”, ob. cit., pág. 133.

<sup>430</sup> Direito Constitucional. Ob cit., pág. 604

<sup>431</sup> “Regime Jurídico...”, ob. cit., pág. 131

<sup>432</sup> “Curso...”, ob. cit., pág. 26

atribuições etc). Diante da independência funcional dos órgãos do Ministério Público, não se pode cogitar, pois, de hierarquia no sentido funcional”.<sup>433</sup>

### 7.1 – O princípio do Promotor natural.

No âmbito de suas atribuições, há de ser respeitado o princípio do Promotor Natural, cuja existência o Supremo Tribunal Federal reconheceu, como decorrência dos princípios da independência funcional e na inamovibilidade de seus membros<sup>434</sup>.

Em recente julgado da mais alta Corte do país, restou consignado:

“A reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o princípio do Promotor Natural, tendo presente a nova disciplina constitucional do Ministério Público, ganha especial significação no que se refere ao objeto último decorrente de sua formulação doutrinária: trata-se de garantia de ordem jurídica destinada tanto a proteger o membro da Instituição, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente de seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados estabelecidos em lei. (Habeas Corpus n. 67.759-2/RJ, Plenário, relator Ministro Celso de Mello, DJ de 01.07.1003)”.<sup>435</sup>

O princípio do Promotor natural está previsto no art. 5º, LIII, da Constituição Federal, que também alberga o princípio do juiz natural: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

O princípio do promotor natural significa que existem limites ao poder de designação do Procurador Geral; significa que todos tem direito a um Ministério Público imparcial. De outra parte, a inamovibilidade do membro do Ministério Público deve ser compreendida não apenas no cargo, mas também nas funções. HUGO NIGRO MAZZILLI lembra que a verdadeira inamovibilidade dos membros do Ministério Público não teria sentido se dissesse respeito apenas à impossibilidade de

<sup>433</sup> MAZZILI, Hugo Nigro. “Regime Jurídico...”, ob. cit, pág. 132.

<sup>434</sup> Pleno, HC 67.759, Relator Ministro Celso de Mello, julg. 06.08.1992.

<sup>435</sup> 1ª. Turma, RE 638.757/RS, Relator Ministro Luiz Fux, julg. 09.04.2013.

ser remover o Promotor de Justiça de seu cargo: “era mister assegurar ao titular do cargo o direito ao exercício das respectivas funções”.<sup>436</sup>

O art. 10 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93) afasta a possibilidade de designações arbitrárias, prevendo que elas podem ocorrer apenas para acompanhar diligências investigatórias ou inquéritos policiais, devendo a escolha recair sobre membro da instituição com atribuição, em tese, para officiar no feito.

É inequívoco que o Ministério Público desempenha papel de importância no país, exigindo-se que sua atuação seja isenta. Não se admite, pois, que qualquer atuação seja realizada por quem não tem atribuição para tanto.

Argumente-se, ainda, quanto ao princípio do Promotor Natural, que a Emenda Constitucional n. 45 acrescentou o § 5º ao art. 129, determinando que a distribuição dos processos, no Ministério Público, será imediata. Este dispositivo, cujo fim imediato é o de assegurar a celeridade dos feitos, também prevê a atribuição aleatória de cada feito a algum membro do Ministério Público, mediante critérios pré-definidos. Conjugando-se desta disposição com o princípio da impessoalidade (art. 37, “caput”, da Constituição Federal), chega-se, uma vez mais, à conclusão da existência, no ordenamento constitucional, do princípio do promotor natural.

## **8–Funções Institucionais do Ministério Público.**

As funções do Ministério Público estão previstas no artigo 129 da Constituição Federal:

São funções institucionais do MP:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias para a sua garantia;

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;

---

<sup>436</sup>“Regime Jurídico...”, ob. cit, pág. 135.

IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Dentre estas funções, cumpre desde logo afirmar que as previstas nos incisos VI e VIII (expedir notificações, requisitar informações e documentos, bem como diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial) constituem meios para a obtenção dos elementos necessários ao exercício de suas finalidades.

O Ministério Público, no exercício das demais funções previstas nos incisos do art. 129 da Constituição Federal, busca atingir o seu fim institucional.

Realmente, ao exercer a ação penal pública, privativamente (inciso I)<sup>437</sup>, o Ministério Público defende os interesses mais caros da sociedade, cuja violação acarreta a mais grave das sanções, qual seja, a penal.

A promoção da ação de inconstitucionalidade e a representação interventiva (inciso IV), de alçada dos Chefes das Instituições, constituem mecanismo indispensável para resgatar a supremacia da Constituição Federal.

---

<sup>437</sup> A privatividade da ação penal pública significou a abolição, em boa hora, do até então denominado procedimento “ex officio”, que consistia na iniciativa do processo por auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial. Dizia, à época, MAGALHÃES NORONHA (Curso de Direito Processual Penal. Ob. Cit., pág. 41), no que era seguido por inúmeros outros processualistas, que “não se compreende, nos dias que vivemos, que alguém acuse e julgue ao mesmo tempo”. Em abono deste pensamento, lembra que PIMENTA BUENO já observara: “Em verdade, quando ele (o juiz) é obrigado a criar em seu próprio espírito as primeiras suspeitas de quem seja o autor do crime, em vez de somente apreciar as que lhe são apresentadas, essas apreciações influirão depois por modo perigoso. O amor-próprio convidará a que não aprecie bem as contradições ou razões opostas.”

O controle externo da atividade policial (inciso VII), de outra parte, é feito para assegurar o correto desempenho deste mister, que afeta gravemente a liberdade pessoal do indivíduo.

Para os fins deste trabalho, no entanto, serão analisadas as funções que dizem mais de perto com a defesa dos direitos sociais, quais sejam, as constantes dos incisos II e III, ressaltando-se que os temas da ação civil pública e do inquérito civil receberão análise em Capítulo próprio.

### **8-1-O *ombudsman* (defensor do povo).**

Ao estabelecer que uma das funções do Ministério Público é a de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia” (art. 129, II), a Constituição deu ao Ministério Público a tarefa de defensor do povo, ou de *ombudsman*.

*Ombudsman* ou “Justitieombudsman”, criado na Suécia, significa:

“Delegado do Parlamento para fiscalizar atos da Administração. Seu início remonta ao século XVI, tendo sido consagrado pela Constituição sueca de 1809, que, através do ombudsman, admitiu a todos os cidadãos o direito de reclamar contra atos de funcionários do rei, inclusive juízes. Hoje, é instituição identificada com a proteção dos direitos individuais”.<sup>438</sup>

Em Portugal, tendo como fonte imediata o *ombudsman* sueco, difundido para muitos outros países, foi instituído, inicialmente pelo ordenamento infraconstitucional, o denominado Provedor de Justiça, atualmente previsto na Constituição daquele país (art. 23).

Na lição de JORGE MIRANDA<sup>439</sup>,

---

<sup>438</sup> ANDAKU, Juliana Almenara. “O papel do ombudsman no direito brasileiro”. Jus Navigandi, Teresina, ano 11. Disponível em [HTTP://jus.com.br/revista/texto/9077](http://jus.com.br/revista/texto/9077). Acesso em: 10 abr. 2013.

<sup>439</sup> Manual de Direito Constitucional, Tomo IV. 3ª. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pág. 282.

subjaz-lhe um tríplice intuito: de defesa e efectivação de direitos dos cidadãos através de meios informais (ou menos formais que os ritos de processo em tribunal), de actuação à margem de mecanismos tradicionais dos controlos administrativos (embora com respeito pelo princípio do contraditório) e (sem embargo de uma necessária independência) de uma relação privilegiada com o Parlamento.”

Nos trabalhos da Comissão Afonso Arinos era prevista, no Capítulo referente aos Direitos e Garantias, a criação do Defensor do Povo, incumbido, “na forma da lei complementar, de zelar pelo efetivo respeito dos poderes do Estado aos direitos assegurados nesta Constituição, apurando abusos e omissões de qualquer autoridade e indicando aos órgãos competentes as medidas necessárias à sua correção ou punição”. (art. 56). O § 1º determinava que o Defensor do Povo poderia promover a responsabilidade da autoridade requisitada no caso de omissão abusiva na adoção das providências requeridas.

DALMO DE ABREU DALLARI<sup>440</sup>, em lapidar exposição, lembra que na época em que foi elaborada a Constituição de 1988, em muitos Estados europeus já era reconhecido que, para a obtenção da paz, havia necessidade de correção das profundas injustiças sociais no mundo. Também era reconhecida a necessidade de conceder efetiva garantia dos direitos fundamentais para todos, e, como complemento necessário, a possibilidade de acesso aos direitos proclamados nas Constituições e nas leis, propiciando às vítimas os meios necessários para a defesa e efetivação dos direitos.

“Foi nesse ambiente que se colocou a idéia de um Advogado do Povo, concebido como uma instituição pública bem aparelhada e independente, que mantivesse vigilância sobre o respeito aos direitos e tomasse as iniciativas necessárias para sua preservação e promoção.”

DALLARI recorda que, à época da Constituinte, foram lembradas várias instituições para esta tarefa, ganhando especial evidência o ombudman, previsto no anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (Comissão Afonso Arinos) e no Anteprojeto da Comissão de Sistematização. No entanto, houve resistências à ampliação do povo no governo e, considerando as pressões de

---

<sup>440</sup> “Ministério Público: Advogado do Povo”, in Justiça, Cidadania e Democracia. Coordenação Roberto Livianu, São Paulo: Imprensa Oficial: Ministério Público Democrático, 2006, pág. 83.

organizações populares, com o apoio de constitucionalistas, “acabou-se por admitir que o Ministério Público, já tradicional no sistema jurídico brasileiro, poderia cumprir aquelas funções”<sup>441</sup>:

“A partir dessa nova posição constitucional, além da fundamental mudança do papel do Ministério Público no sistema jurídico-constitucional brasileiro, verificou-se também uma evidente mudança no comportamento dos Membros do Ministério Público que, de modo geral, compreenderam e assumiram seu novo papel constitucional, passando a exercer grande influência na efetivação dos direitos sociais no Brasil.”

Afirma, ainda:

“Um dado positivo, que merece registro, é que já são muitas as demonstrações práticas, em situações concretas, de comprovação da fidelidade do Ministério Público a estes compromissos (...) Isto tem confirmado o Ministério Público como verdadeiro Advogado do Povo, garantia da eficácia das normas jurídicas relativas aos direitos fundamentais da pessoa humana e, em última análise, instrumento fundamental para a garantia e a promoção da dignidade da pessoa humana”.<sup>442</sup>

Ressalte-se que a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/85) estabeleceu caber ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados na Constituição Federal e nas Constituições Estaduais, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito pelo governo, quer seja pela administração direta ou indireta, concessionários e permissionários ou entidades que exerçam outra função delegada ou executem serviço de relevância pública (art. 27).

## **8.2- Outras atividades.**

O art. 129, IX, da Constituição Federal estabelece ser, também, função institucional do Ministério Público exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

---

<sup>441</sup>“Ministério Público...”, Artigo citado, pág. 84.

<sup>442</sup> “Ministério Público...”, Artigo citado, pág. 85.

Extraem-se duas regras deste dispositivo: (1) a possibilidade de o Ministério Público exercer outras funções que lhe forem conferidas por lei, desde que compatíveis com a sua finalidade e (2) a proibição de representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

A possibilidade do exercício de outras funções coloca, ao seu abrigo, toda forma de intervenção do Ministério Público nos processos em que o bem jurídico reclamado diga respeito a uma das finalidades da Instituição. Também coloca sob seu abrigo várias atividades extrajudiciais, tais como visitas a casas onde são abrigados idosos, portadores de deficiência, crianças e qualquer outro grupo vulnerável.

A proibição de representação judicial e consultoria jurídica de entidades públicas veio em boa hora, apartando definitivamente o Ministério Público dos interesses secundários do Estado.

Segundo VICENTE GRECCO FILHO<sup>443</sup>:

“paulatinamente, foi o Ministério Público libertando-se da representação do soberano para representar a sociedade e seus valores dominantes. Daí afirmar-se que o Ministério Público é um órgão do Estado, e não do Poder Executivo, e que exerce a função de agente do equilíbrio social”.

Tais considerações bem demonstram que o Ministério Público no Brasil teve, desde a sua origem, vocação para a defesa da ordem social. E, levando a sério este perfil, consolidou-se na atual conjuntura como ator indispensável para a concretização dos direitos sociais. Para tanto, não lhe faltam as garantias necessárias, tampouco os instrumentos indispensáveis, como será visto no próximo Capítulo.

---

<sup>443</sup> “Manual...”, ob.cit, pág. 57.

## CAPÍTULO VII

### INSTRUMENTOS DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO: AÇÃO CIVIL PÚBLICA, INQUÉRITO CIVIL, RECOMENDAÇÃO E COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

#### 1 - A Ação Civil Pública na Constituição da República.

Dispõe o art. 129, III, da Constituição Federal, ser função institucional do Ministério Público 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.

Esta disposição deve ser conjugada com a do § 1º do mesmo artigo: “A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.”

Não obstante a existência de co-legitimados, HELY LOPES MEIRELLES<sup>444</sup> afirma que “é evidente que o Ministério Público está em melhor posição para o ajuizamento dessa ação, por sua independência institucional e atribuições funcionais”.

RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO<sup>445</sup> lembra que na doutrina estrangeira são registradas reservas à atuação do Ministério Público em ações coletivas, que decorreriam de três fatores: (a) a vocação da instituição à persecução criminal; (b) a ligação estreita entre a instituição e o Poder Executivo e (c) a falta de instrumental técnico e infraestrutura indispensável à boa atuação na área. Afirma, no entanto, que estas restrições, talvez válidas para outros países,

---

<sup>444</sup> Mandado de Segurança. 29ª. Ed. atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, 2006. São Paulo: Malheiros pág. 179.

<sup>445</sup> Ação Civil Pública. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4ª. Ed, 1996, pág.77.

“não se aplicam, à evidência, ao Ministério Público em nosso País, notadamente o do nosso Estado de São Paulo. As estatísticas demonstram a absoluta superioridade do número de ações civis públicas propostas pelo Ministério Público em face daquelas propostas pelos outros co-legitimados.”<sup>446</sup>

Cumpra, todavia, fazer a análise da ação civil pública na perspectiva do acesso à Justiça.

## **2- Ação Civil Pública e Acesso à Justiça.**

MAURO CAPPELLETTI E BRYANT GARTH<sup>447</sup> indicam três “ondas” ocorridas nos diversos países para assegurar o acesso à Justiça, surgidas em ordem cronológica, a partir de 1965. A primeira foi a assistência judiciária; a segunda “dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses ‘difusos’, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor” e a terceira, mais recente, consistiria numa tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.

Importa, aqui, a menção à segunda “onda”, vale dizer, o exame da possibilidade de acesso ao Poder Judiciário para a defesa de interesses difusos e coletivos.

CAPPELLETTI E GARTH registram que:

“o processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam neste esquema”<sup>448</sup>.

Estes direitos, por não contarem com instrumento adequado de defesa, restavam sem proteção judicial.

---

<sup>446</sup> Ação Civil Pública, ob. Cit, pág. 78.

<sup>447</sup> Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

<sup>448</sup> Acesso à Justiça, ob. Cit, pág. 49/50.

Assim, a ação civil pública é serviente do preceito constante do art. 5º, XXXVI, que consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Isto porque a ação civil pública propicia que sejam levadas ao Judiciário as pretensões que impeçam ou reparem lesões a direitos que, sendo de todos, não é titularizado por ninguém (interesses difusos), além de outros direitos, cujos titulares desconhecem a existência de lesão ou, mesmo conhecendo-a, não tem condições materiais de acessar o Poder Judiciário (direitos coletivos).

JOSÉ MARCELO MENEZES VIGLIAR<sup>449</sup> afirma, quanto à Lei n. 7.347/85: “Cumprir ressaltar, contudo, que esse diploma legal constituiu o marco para grandes avanços que se sucederam e para um efetivo acesso à justiça”.

De outra parte, MARIA TEREZA SADEK<sup>450</sup>, após afirmar que a Constituição de 1988 fortaleceu significativamente o sistema de justiça ao reforçar o papel do Ministério Público, registra que a tutela dos direitos difusos e coletivos atende a um demanda de maior racionalização do processo, já que uma única ação judicial pode englobar um número maior de agentes.

“Seu maior ganho, entretanto, está na possibilidade de democratizar o acesso à justiça, contemplando grupos e coletividades. Ademais, há o reconhecimento da existência de conflitos que não são de natureza individual, mas coletiva, tendo por objetivo não o indivíduo abstrato ou genérico, mas o indivíduo em sua especificidade, isto é, como consumidor, como criança, como idoso, como negro, como deficiente físico, como portador de uma doença, como desprovido de habitação. Em síntese, trata-se de um instrumento para corrigir desigualdades, um instrumento de justiça distributiva”.

Outro produto derivado da possibilidade de defesa dos interesses metaindividuais é a maior preocupação com o cumprimento da lei, haja vista que, se ninguém estiver legitimado a cobrar o atendimento do ordenamento jurídico, muito maior será o desrespeito a ele, por falta de conseqüências do descumprimento.

Anote-se, por fim, que o processo coletivo “se oferece como ferramenta técnica, idônea a conjurar ou ao menos amenizar os notórios e crescentes males da

---

<sup>449</sup> Ação Civil Pública. São Paulo: Atlas, 1999, pág. 21.

<sup>450</sup> “Acesso à Justiça: Porta de Entrada para a Inclusão Social”, in Justiça, Cidadania e Democracia, Coordenador Roberto Livianu. São Paulo: Imprensa Oficial: Ministério Público Democrático, 2006, pág. 151/152.

pulverização dos megaconflitos em múltiplas e repetitivas ações jurisdicionais”<sup>451</sup>, com o que colabora para a concretização do princípio da celeridade (art. 5º, LXXVII, da Constituição Federal).

### **3-História da Ação Civil Pública.**

Não obstante a ação civil pública estar prevista na Constituição da República, a sua história no Brasil precedeu a Carta da República.

Após discussão no 1º Congresso Nacional de Direito Processual, realizado em Porto Alegre, no ano de 1983, foi elaborada, sob a batuta dos Professores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Junior proposta de anteprojeto de lei de ação civil pública, que foi acolhida pelo então Deputado Flávio Bierrenbach e remetida ao Congresso Nacional para deliberação.

Enquanto tramitava o Projeto n. 3.034/85 (conhecido como Projeto Bierrenbach), o Ministro da Justiça encampou outra proposta, esta formulada por membros do Ministério Público paulista, que foi encaminhada ao Congresso Nacional pelo governo federal, tramitou de forma mais rápida que a mencionada no parágrafo anterior e redundou na Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985<sup>452</sup>.

Assim ingressou no ordenamento jurídico a possibilidade de defesa dos denominados interesses difusos e coletivos, antes existente de forma incipiente.

Até então, vigia no ordenamento processual civil visão marcada pelo individualismo, bem expresso no art. 6º do Código de Processo Civil: “Ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Isto significava que apenas o titular do direito material poderia defendê-lo em juízo, salvo poucas exceções, que deveriam constar expressamente de lei.

Quase nada havia para a tutela de interesses difusos ou coletivos. Um dos poucos exemplos era o da ação popular, em que o cidadão podia defender, sozinho,

---

<sup>451</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “Contribuição Esperada do Ministério Público e da Defensoria Pública na Prevenção da Atomização Judicial dos Megaconflitos”, in Revista JUSTITIA, 200/107.

<sup>452</sup> Para cotejo entre os projetos, ver HUGO NIGRO MAZZILLI (A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 21ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 122/125).

o interesse de toda a coletividade. Outro exemplo era a possibilidade de a Ordem dos Advogados do Brasil defender interesses coletivos ou difusos da categoria.

Quanto aos demais casos de interesses difusos e coletivos, não existia qualquer sistema de proteção: cabia apenas, dentro do esquema tradicional de defesa ordinária de interesse de que era titular, a postulação de direito subjetivo.

O direito processual não tinha instrumentos para a defesa de direitos nascidos em uma sociedade de massa e alta industrialização. Por vezes, o direito não tinha titularidade especificada no ordenamento, de que é exemplo marcante o meio ambiente ou o direito à propaganda não enganosa. Outras vezes, a lesão individual era ínfima para o indivíduo, desencorajando-o a buscar a tutela jurisdicional em razão do custo e do tempo que necessariamente deveria ser dispendido. No entanto, quando somadas as lesões, constatava-se indevido enriquecimento do fornecedor, ao qual não se podia por cobro, nem sancioná-lo, pelo que as atitudes ilícitas prosseguiam como parte indissociável do negócio e da lógica do lucro.

A partir destas constatações, urgia construir aparato processual que possibilitasse resposta a estas lesões, adotando-se a ação civil pública.

O texto inicial do art. 1º da Lei n. 7.347/85 tinha a seguinte redação:

Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados:

I – ao meio ambiente;

II – ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Constata-se que, num primeiro momento, havia taxatividade dos interesses difusos e coletivos que poderiam ser defendidos por ação civil pública.

A Constituição Federal ampliou o âmbito de incidência da ação civil pública, fixando-o como a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

Desta redação decorre que (1) o patrimônio público e social e o meio ambiente são considerados interesses difusos por disposição constitucional, haja vista que a sua menção precede a expressão “outros interesses difusos e coletivos”.

Ora, ao mencionar “outros” interesses difusos e coletivos, é inegável que os citados precedentemente tem esta qualificação; (2) qualquer outro interesse que possa ser classificado como difuso e coletivo admite a sua proteção por ação civil pública.

Atualmente, portanto, inexistente sistema de taxatividade para a defesa de interesses difusos e coletivos.

MOTAURI CIOCHETTI DE SOUZA<sup>453</sup>, citando vasta jurisprudência, aponta algum titubeio inicial da jurisprudência quanto ao alcance da expressão outros interesses difusos e coletivos, apontando a existência de:

“decisões no sentido de que tais interesses somente poderiam ser tutelados pela Instituição desde que previstos em lei, decisões essas que, no entanto, vêm sendo paulatinamente superadas, em face da correta interpretação do preceito constitucional, que deve ser ampliativa, mormente tendo em vista a imperiosidade do instrumento procedimental enquanto assecuratório da efetividade dos direitos fundamentais sociais e coletivos”.

Depois da Constituição Federal, e à vista da indispensabilidade de defesa de direitos nascidos de fontes as mais diversas, e com o escopo de evitar discussões acerca do cabimento, ou não, de tutela coletiva, vários outros diplomas legais previram o cabimento específico da ação civil pública.

Mencione-se, inicialmente, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), que inseriu inciso ao art. 1º da Lei n. 7.437/85, estendendo a sua aplicação “a qualquer outro interesse difuso e coletivo”.

Além deste, devem ser mencionadas: a Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989 (que dispõe sobre a proteção da pessoa portadora de deficiência), a Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989 (que dispõe sobre a responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários), a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), a Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994 (que dispunha sobre prevenção e repressão de infração à ordem econômica, revogada e substituída pela Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011), a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (que coíbe a violência doméstica e familiar contra a

---

<sup>453</sup>Ministério Público e o Princípio da Obrigatoriedade. Ação Civil Pública – Ação Penal Pública. São Paulo: Editora Método, 2007, pág. 93.

mulher), a Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade) e a Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso). Estes diplomas cuidaram de deixar expressa, quer por alteração da Lei de 7.347/85, quer por regramento próprio, o cabimento de ação civil pública para a defesa dos direitos difusos, coletivos e, quando o caso, individuais indisponíveis.

Cabe ressaltar, desde logo, que a Constituição Federal foi a primeira a prever a existência de interesses difusos e coletivos, categorias recentemente mencionadas no ordenamento infraconstitucional, às quais se acrescentou, depois, a categoria dos interesses individuais homogêneos.

O Código de Defesa do Consumidor traz a definição legal destes interesses ou direitos: é difuso o direito de natureza transindividual, indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e indetermináveis, ligadas entre si por circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único, I)<sup>454</sup>; são coletivos os direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares grupo, categoria ou classe de pessoas, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base (art. 81, parágrafo único II) e, finalmente, os interesses ou direitos individuais homogêneos, categoria instituída pelo Código (art. 81, parágrafo único, III), são os decorrentes de origem comum.

Os interesses ou direitos individuais homogêneos distinguem-se dos interesses coletivos. Estes últimos são titularizados por um grupo, uma categoria ou uma classe de pessoas, de forma indivisível, ao passo que os interesses individuais homogêneos são divisíveis e demandam, para a sua caracterização e tutela coletiva, apenas, origem de fato comum.

Segundo HUGO NIGRO MAZZILI<sup>455</sup>, os interesses individuais homogêneos constituem também, em sentido lato, interesse coletivo. Logo, o art. 129, III, da Constituição Federal tem, em seu abrigo, os interesses ou direitos individuais homogêneos, sendo irrelevante que a Carta não tenha feito expressa menção a eles.

---

<sup>454</sup>MAURO CAPPELLETTI E BRYANT GARTH (Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, pág 26) afirmam que os interesses difusos são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. “O problema básico que eles apresentam- a razão de sua natureza difusa – é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação.”

<sup>455</sup>A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. São Paulo: Saraiva, 21ª. Ed, 2008, pág. 56.

Hoje, após inúmeras modificações, está assim redigido o art. 1º da Lei n. 7.347/85:

Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I – ao meio ambiente;

II – ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

V – por infração à ordem econômica;

VI - à ordem urbanística.

VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos e religiosos.

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional.

Há que se fazer coro com HUGO NIGRO MAZZILI<sup>456</sup> quando afirma que nem tudo foi progresso em matéria de interesses transindividuais no país. Dentre outros atos normativos que buscaram restringir a tutela coletiva, devem ser mencionadas as Medidas Provisórias (n. 1984-25/00, 2.102-26/00 e 2.180-35/01) que introduziram o parágrafo único, para evitar a atuação do Ministério Público em matérias que, segundo ele, o governo federal não tinha interesse em ver resolvidas.

A par da evidente inconstitucionalidade de medida provisória, editada sem os requisitos constitucionais (art. 62: relevância e urgência), o parágrafo único, do art. 1º, da Lei 7.347/85 cerceia o acesso à Justiça.

Infelizmente, os Tribunais Superiores vem repelindo as ações civis públicas nestas matérias, com evidente dano à sociedade e à cidadania. Uma das vantagens da ação civil pública é estender a todos os que se encontrem na mesma situação o resultado de demanda favorável, tornando efetivo o direito de igualdade entre os indivíduos que tem conhecimento e condições de acesso real ao Judiciário e os que não os tem. A pacífica jurisprudência contrária inspirou a revogação da Súmula n. 44, do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, que tinha a

---

<sup>456</sup>“A Defesa...”, ob. cit, pág. 127.

seguinte redação: “Na defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, o Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação civil pública em matéria tributária” (Aviso 151/05-CSMP – DOE Seq. I, 03-09-05, pág. 48).

#### **4- Conceito de Ação Civil Pública.**

O primeiro diploma legal a mencionar o termo ação civil pública foi a Lei Complementar n. 40/81. No sentido ali empregado, ação civil pública significava ação civil a cargo do Ministério Público. Contrapunha-se à ação penal pública. O enfoque era nitidamente subjetivo, baseado na titularidade ativa de qualquer ação não penal, desde que proposta pelo Ministério Público. Em tal sentido seria ação civil pública, por exemplo, uma ação de anulação de casamento.

Este conceito foi abandonado pela Lei n. 7.347/85, que adotou esta nomenclatura para identificar a ação que objetiva a defesa daqueles direitos mencionados, à época de sua edição, de forma taxativa pela Lei.

Como consequência, não mais é possível definir a ação civil pública no aspecto subjetivo, vale dizer, pelo seu titular.

Ação civil pública hoje é conceituada como aquela proposta, quer pelo Ministério Público, quer pelos demais co-legitimados, desde que tenha como objetivo a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Anote-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 201, V), bem como o Estatuto do Idoso (art. 74, I), prevêm expressamente o cabimento de ação civil pública para a defesa de direito individual indisponível.

Assim, um conceito definitivo de ação civil pública pode ser formulado nos seguintes termos: é aquela destinada a prevenir ou reparar direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos e, nos casos expressamente previstos em lei, direitos individuais indisponíveis.

## 5- Legitimidade Ativa e Passiva.

A Constituição Federal expressamente proibiu que a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública excluísse a de terceiros, nas mesmas hipóteses, na forma prevista na Constituição e na lei (art. 129, § 1º).

A Lei 7.347/85 estabelece que podem propor ação civil pública (art. 5º): I- o Ministério Público; II – a Defensoria Pública; III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V – a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano, nos termos da lei civil e b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção do meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo Juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido (art. 5º, § 4º).

O Ministério Público, se não for o autor da ação, deve atuar obrigatoriamente como fiscal da lei (art. 5º, § 1º, da Lei n. 7.347/85).

A ação deve ser proposta em face de quem violar ou estiver na iminência de violar interesse ou direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. Por vezes, deverá ser proposta em face do Estado; outras vezes, em face do particular. Embora a ação civil pública não se destine, exclusivamente, ao controle da Administração, não raro esta circunstância está presente. Ao lado da ação popular, do mandado de segurança e de outros instrumentos previstos na Constituição Federal, a ação civil pública constitui veículo importante para exigir do Estado e de seus agentes o cumprimento de suas obrigações constitucionais e legais, aqui incluindo-se os direitos sociais.

Quanto aos interesses difusos e coletivos propriamente ditos, o Ministério Público está naturalmente vocacionado à sua tutela. Já no que respeita aos interesses individuais homogêneos, prepondera uma interpretação finalística, pela qual o Ministério Público só está legitimado a defendê-los quando isto convenha à coletividade como um todo, respeitada a destinação institucional do Ministério Público.

Neste sentido a Súmula 7 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, que vige atualmente com a redação seguinte:

“O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos de consumidores ou de outros, tais como os de origem comum nos termos do art. 81, III, c/c o art. 82, I, do CDC, aplicáveis estes últimos a toda e qualquer ação civil pública, nos termos do art. 21 da LAC 7.347/85, que tenham relevância social, podendo esta decorrer, exemplificativamente, da natureza do interesse ou direito pleiteado, da considerável dispersão dos lesados, da condição dos lesados, da necessidade de garantia de acesso à Justiça, da conveniência de se evitar inúmeras ações individuais, e/ou de outros motivos relevantes”.

Em síntese, é a relevância social dos interesses ou direitos homogêneos que determinará a intervenção do Ministério Público para a sua tutela coletiva.

## **6- Inquérito Civil.**

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira Carta a prever o instituto do inquérito civil, que havia sido introduzido em nosso sistema jurídico no nível da legislação ordinária pela Lei n. 7.347/85.

HUGO NIGRO MAZZILLI<sup>457</sup> aponta que a criação do inquérito civil teve evidente inspiração no inquérito policial, objetivando-se um procedimento no qual pudesse a Instituição investigar a ocorrência de fatos que dessem ensejo ao ajuizamento de ação civil pública.

Não obstante esta inspiração, o arquivamento do inquérito civil não está sujeito ao Poder Judiciário. A Lei n. 7.347/85 previu controle interno do arquivamento, com exame e deliberação pelo Conselho Superior do Ministério Público (art. 9º).

O Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução n. 23, de 17 de setembro de 2007 disciplinando, no âmbito da Instituição, o inquérito civil.

---

<sup>457</sup>O Inquérito Civil. São Paulo:Saraiva, 1999, pág. 39.

### **6.1- Natureza jurídica do inquérito civil.**

O inquérito civil é um procedimento administrativo investigatório a cargo do Ministério Público, destinado a colher elementos para eventual propositura de ação civil pública. Não existe inquérito civil a cargo dos demais legitimados para a ação civil pública.

O inquérito civil distingue-se do inquérito policial pelo objeto: este último tem por escopo a comprovação da materialidade de crime e respectiva autoria, enquanto o primeiro tem por objetivo colher elementos que sirvam de base para a propositura de eventual ação civil pública.

Antes da criação do inquérito civil, podia o Ministério Público requisitar diretamente diligências ou documentos e expedir notificações.

O inquérito civil serve para ordenar as investigações do Ministério Público e, ao mesmo tempo em que prestigia a sua capacidade probatória, decorrência lógica do ônus que lhe cabe no processo, propicia o controle de sua atuação.

Cuida-se, portanto, de procedimento previsto em lei e regulamentado no âmbito do Ministério Público, propiciando que o Estado investigue com eficiência e irrestrito respeito aos direitos fundamentais. Manifestando-se sobre o procedimento, o Professor espanhol CÉSAR DAVID CIRIANO VELA afirma que a Administração, quando atua, deve seguir um procedimento. Esta é, exatamente, uma das garantias essenciais do Estado de Direito e do princípio da legalidade aplicado no âmbito do Direito Administrativo<sup>458</sup>.

Assim, o inquérito civil permite o confronto com as investigações nele desenvolvidas com o ordenamento jurídico, propiciando forma segura de controle dos atos administrativos que ali se realizam.

### **6.2 - Características do inquérito civil.**

---

<sup>458</sup>Administración Económica Y Discrecionalidad (Um análisis normativo y jurisprudencial). Valladolid: Ed. Lex Nova, 1ª. Ed, 2000, pág. 239. No original: "(...) la Administración cuando actúa debe seguir un procedimiento. Es ésta precisamente una de las garantías esenciales del Estado de Derecho y del principio de legalidad aplicado em El ámbito del Derecho administrativo".

O inquérito civil é um procedimento administrativo. Não é um processo.

Os estudiosos de Direito Administrativo divergem sobre os conceitos de procedimento e de processo<sup>459</sup>. No entanto, mostra-se correta a conceituação do processo administrativo como aquele que objetiva medida que pode interferir na esfera jurídica de terceiro ou a ele impor sanções, reservando-se o termo procedimento para toda a atividade ordenada da Administração que tenha fim diverso.

Não sendo processo, mas simples procedimento administrativo, o inquérito civil não está sujeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa:

“(...) as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório não são aplicáveis na fase do inquérito civil, que tem a natureza administrativa, de caráter pré-processual, e somente se destina à colheita de informações para propositura de ação civil pública”.<sup>460</sup>

Não obstante, é possível – e, em regra, recomendável – a oitiva do investigado. Este tem, de outra banda, o direito constitucional de petição, ferramenta suficiente para que apresente as suas alegações e faça juntar aos autos as provas de seu interesse.

O inquérito civil não é obrigatório, mas facultativo. Isto porque não se concebe que a Administração atue sem objetivo. Sendo a finalidade do inquérito civil a de reunir provas para o ajuizamento, ou não, de ação civil pública, é dispensável quando o Ministério Público já contar, por outras formas, com elementos suficientes para a sua decisão.

---

<sup>459</sup>MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (Direito Administrativo, 22ª. Ed, São Paulo: Atlas, pág. 619) aborda os vários sentidos que a expressão “processo administrativo” é utilizada. Designa o conjunto de papéis e documentos organizados numa pasta e referentes a certo tema, assim como o conjunto de atos coordenados para a solução de uma controvérsia no âmbito jurídico, e a série de atos preparatórios de uma decisão final por parte da Administração. HELY LOPES MEIRELLES (Direito Administrativo Brasileiro, 31ª. Ed, São Paulo: Malheiros, pág. 678) entende que o processo é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo. Entende, ainda, que não há processo sem procedimento, mas há procedimento administrativo sem processo. O que caracterizaria este, o processo administrativo, é o ordenamento de atos para a solução de uma controvérsia.

<sup>460</sup> STF, 1ª. Turma, RE 481.955-AgR, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julg. 10.05.2011.

Presidido pelo Ministério Público, se a conclusão a que se chegar for no sentido do não cabimento da propositura de ação, o inquérito civil deverá ser, motivadamente, arquivado.

O arquivamento do inquérito civil não impede o exercício do direito de ação pelos demais co-legitimados.

O inquérito civil é público, como o são todos os atos e procedimentos administrativos. Contudo, pode ser decretado o sigilo, por seu presidente, quando (a) dos autos do inquérito constarem documentos sigilosos ou (b) quando o sigilo for indispensável para o sucesso da própria investigação. A decretação do sigilo depende de motivação, que decorre da excepcionalidade da não publicidade num Estado Democrático de Direito.

O Conselho Nacional do Ministério Público – na esteira de algumas leis estaduais – previu o procedimento preparatório de inquérito civil, que pode ser instaurado quando não houver elementos, desde logo, para concluir pelo cabimento da instauração do inquérito civil. Trata-se de procedimento com fim específico, que não substitui o inquérito civil.

O inquérito civil constitui importante ferramenta do Ministério Público para a concretização dos direitos sociais, ao propiciar adequada investigação. Anote-se que, por vezes, a simples instauração do procedimento é suficiente para que o agente público tenha conhecimento da atuação do “Parquet” e envide os esforços necessários para o atendimento da Constituição Federal.

## **7- Recomendações.**

O instituto da recomendação está previsto no art. 27, parágrafo único, IV, da Lei Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93), que determina caber ao Ministério Público expedir recomendações, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

Também está prevista no art. 6º, XX, da Lei Complementar n. 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), com o texto seguinte: “expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública,

bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção de providências cabíveis”.

As recomendações constituem instrumento eficiente para a tutela dos direitos sociais, já que por meio delas é apontado ao Poder Público a necessidade de providências para o cumprimento das obrigações do Estado.

### **7.1 - Natureza jurídica da recomendação.**

A recomendação tem natureza jurídica de simples comunicação ou alerta, sem caráter vinculante.

Não é requisição, razão pela qual o destinatário não está obrigado a tomar as providências que o Ministério Público indicou. Não obstante, o destinatário estará obrigado a (1) dar divulgação adequada e imediata às recomendações e (2) dar resposta por escrito.

A respeito da resposta por escrito, escreve HUGO NIGRO MAZZILLI:

“Assim, a decisão da autoridade administrativa passa a ter que levar em conta as recomendações que lhe foram enviadas pelo Ministério Público, seja para acolhê-las, seja para recusá-las, de acordo com o seu critério. E como as recomendações obrigam, por força da lei, a decisões fundamentadas das autoridades, conforme o caso, podem tais decisões ser contrastadas judicialmente, não só quando estejamos diante de atos vinculados, como até mesmo naqueles que, embora discricionários, tenham assim sido motivados, graças à conhecida teoria dos motivos determinantes.”<sup>461</sup>

As recomendações devem ser expedidas, em regra, após a investigação dos fatos em inquérito civil. Todavia, pode ocorrer a hipótese de os fatos estarem claros, independentemente da instauração do procedimento, caso em que a recomendação poderá ser expedida. Com efeito, se o inquérito civil não é indispensável para o ajuizamento de ação civil pública, com maior razão não é para a expedição de recomendações sobre situações que já estejam devidamente esclarecidas.

---

<sup>461</sup>O Inquérito Civil, ob. cit, pág. 338.

## 8- Compromisso de Ajustamento de Conduta.

O fato de o Ministério Público ter o direito de ação não significa que este caminho deva ser, sempre, trilhado. Aliás, melhor seria que não o fosse, desde que as questões pudessem ser, sempre, resolvidas extraprocessualmente. No entanto, nem sempre isto é possível, razão pela qual o Ministério Público, se não for possível o ajustamento da conduta, deve seguir o caminho da busca de tutela jurisdicional.

Atento à necessidade de instituir fórmula alternativa de resolução dos conflitos, o Código de Defesa do Consumidor acrescentou o § 6º ao art. 5º, da Lei n. 7347/85: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO<sup>462</sup>, após consignar ser sensível o protagonismo do Ministério Público no manejo das ações civis públicas, afirma:

“Sua contribuição tem sido igualmente relevante na esfera da prevenção e da resolução parajurisdicional desses conflitos, mediante a celebração dos Termos de Ajustamento de Conduta, no bojo dos inquéritos civis (Lei 7.347/85, art. 9º), os quais, se levados à homologação judicial, convertem-se em título executivo judicial”.

No entanto, ainda que não levados à homologação judicial, os compromissos de ajustamento de conduta tem força de título executivo extrajudicial.

Poderão celebrar compromissos de ajustamento de conduta apenas os órgãos públicos. Aos demais co-legitimados não se autoriza que lancem mão do instituto<sup>463</sup>.

O compromisso de ajustamento de conduta não autoriza que os órgãos públicos transijam, ou seja, que façam concessões recíprocas. Os direitos protegidos

---

<sup>462</sup>“Contribuição Esperada do Ministério Público e da Defensoria Pública na Prevenção da Atomização Judicial dos Megaconflitos”. Revista *Justitia* 200/107.

<sup>463</sup>FERNANDO REVERENDO VIDAL AKAOUI (Jurisdição Constitucional. São Paulo: Verbatim, 2009, pág. 20) aponta divergência doutrinária sobre a possibilidade de empresas públicas e sociedades de economia mista celebrarem compromisso de ajustamento de conduta, concluindo pela negativa apenas quanto às que dedicarem à exploração de atividade econômica.

pela ação civil pública não são titularizados pelos co-legitimados que, em consequência, deles não podem dispor.

Na lição de PEDRO LENZA<sup>464</sup>, “há que garantir a integral proteção, preservação e/ou reparação do bem transindividual de natureza difusa violado ou na iminência de sê-lo, não se podendo transacionar o objeto material”.

Admite-se, apenas, como forma de evitar o ajuizamento da ação civil pública, que o interessado concorde em ajustar a sua conduta ao ordenamento jurídico.

A celebração de compromisso de ajustamento de conduta por um dos co-legitimados não impede o ajuizamento de ação por outro legitimado: “Com efeito, se qualquer co-legitimado à ação civil pública não aceitar o compromisso de ajustamento tomado por um dos órgãos públicos legitimados, poderá desconsiderá-lo e buscar os remédios jurisdicionais cabíveis”.<sup>465</sup>

São discutidos os limites do compromisso no que respeita à autorização para, ao interessado, seja concedido prazo para o ajustamento da conduta.

A resposta não é simples. Por um lado, se o ordenamento jurídico exige certa ação ou omissão, o interessado deve praticá-la, ou se abster de praticar, imediatamente.

No entanto, existem situações em que a natureza da prestação ou da omissão não admite esta imediatidade. Figure-se o exemplo de determinado Prefeito Municipal que concorde em fazer o tratamento do esgoto. Claro está que esta prestação depende de construções, de pessoal qualificado para fazer o tratamento, de pesquisas e outras tantas providências, inclusive de cunho preparatório, como a realização de licitações e de concursos públicos.

Neste caso, o co-legitimado, a pretexto de não poder fixar prazo, deveria ajuizar a ação cabível? A resposta positiva não é razoável. Primeiro, porque não haveria, propriamente, uma lide, já que o Prefeito Municipal concordou com a providência que o ordenamento jurídico lhe impõe. Segundo porque, evidentemente, a ação judicial tramitaria por certo período de tempo, e somente ao cabo dele o provimento jurisdicional haveria de ser cumprido.

---

<sup>464</sup> Teoria Geral da Ação Civil Pública. 2ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pág. 81.

<sup>465</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. O Inquérito Civil. Ob. Cit, pág. 313.

Se a resposta positiva não é razoável, há de se refletir sobre os limites possíveis do prazo a ser concedido, sob pena de, em realidade, conceder ao interessado prazo de carência para o cumprimento das suas obrigações.

Evidente que, neste contexto, não se pode fixar, de antemão, um prazo máximo admissível, uma vez que ele varia de acordo com o tempo necessário para o cumprimento das obrigações. Assim, o prazo concedido variará de caso a caso, mas não pode exceder o período de tempo estritamente necessário para a prestação.

O mesmo deve ser dito acerca do modo do cumprimento da prestação, quando por mais de um puder ser satisfeito o direito material. Por vezes, mais de uma solução é admissível para o ajustamento da conduta, como, por exemplo, no caso do atendimento à saúde, que pode ser satisfeito pela construção de unidades de saúde, por convênios com entidades sem fins econômicos ou, ainda por contratos administrativos. Estabelecido o modo como o comprometente cumprirá a obrigação, se outro legitimado entender que este não é o adequado, nada impede que ajuíze ação civil pública ou que busque novo ajustamento de conduta.

Expostos, ainda que em linhas gerais, os principais instrumentos do Ministério Público para a defesa dos direitos sociais, cumpre abordar, no próximo Capítulo, a justiciabilidade destes direitos.

## CAPÍTULO VIII

### A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

#### 1- Introdução.

Analizados os direitos sociais e os seus limites, o Ministério Público e os principais instrumentos de que dispõe para a defesa dos direitos sociais, cumpre abordar a justiciabilidade destes direitos.

Para tanto, há que se analisar a forma de positivação do direito social no ordenamento constitucional, uma vez que a possibilidade de exigir a prestação em Juízo, no que respeita à sua amplitude e demais requisitos, dependerá da forma como o direito foi previsto.

Como leciona VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR<sup>466</sup>, apontando a dimensão objetiva dos direitos sociais, que concorre para demarcar o perfil do Estado que os reconhece e protege, “a forma de positivação de um direito fundamental social é essencial na definição de seu conteúdo jurídico, revelando, ademais, a postura de interação que se pretende entre a norma e a realidade preestabelecida”

Ademais, anote-se que:

“a Constituição pode usar de mais de uma forma de positivação, quer para criar regimes jurídicos distintos para direitos voltados à proteção de situações igualmente distintas, quer para, não raro, sobrepor formas de proteção de uma mesma prerrogativa, exatamente pela sensibilidade do constituinte de que algumas destas prerrogativas jusfundamentais deveriam ser objeto de um reforço defensivo, à vista da importância de sua efetividade para a preservação e desenvolvimento do ser humano.”<sup>467</sup>

As formas de positivação dos direitos sociais não significam o tipo de eficácia ou aplicabilidade da norma constitucional. Demonstram uma decisão do Constituinte acerca do estabelecimento de determinada posição jurídica do indivíduo frente ao dever do Estado.

---

<sup>466</sup> “A Cidadania Social na Constituição de 1988...”, ob cit, pág. 74.

<sup>467</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania...”, ob. Cit, pág. 75.

## 2 - A Forma de Positivção dos Direitos Sociais.

Invoque-se, uma vez mais, a lição de VIDAL SERRANO NUNES JUNIOR, para quem a Constituição de 1988 lançou mão das seguintes técnicas de positivção: (1) normas consagradoras de finalidades; (2) atribuição de direitos subjetivos; (3) garantias institucionais; (4) cláusulas limitativas do poder econômico e (5) normas projectivas ou normas de conformação social dos institutos jurídicos fundantes da ordem econômica capitalista.

Para AGUSTIN GORDILLO<sup>468</sup>, segundo a formulação que se lhes dê, os direitos sociais poderão constar das Constituições modernas,

“como autênticos direitos subjetivos dos habitantes, exigíveis concretamente desde a sanção da norma constitucional e sem necessidade de norma legislativa alguma que os regulamente, ou poderão, por outro lado, resultar em meros direitos programáticos, normas de bom governo que carecem de efetividade real enquanto os órgãos legislativos ou administrativos do Estado não decidem por sua conta efetivá-los.”

ROBERT ALEXY<sup>469</sup> entende que os direitos fundamentais sociais, a partir do ponto de vista teórico-estrutural, podem ser diferenciados com base em três critérios: (1) normas que garantam direitos subjetivos ou normas que apenas obriguem o Estado de forma objetiva; (2) normas vinculantes ou não vinculantes, estas últimas enunciados programáticos, e as primeiras, aquelas cuja violação puder ser passível de apreciação pela Justiça e (3) direitos e deveres definitivos ou *prima facie*.

J. J. GOMES CANOTILHO<sup>470</sup> aponta quatro possibilidades de conformação dos direitos sociais: (1) normas programáticas, (2) normas de organização; (3) garantias institucionais ou (4) direitos subjetivos públicos.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>471</sup> distingue as normas constitucionais pelo critério de imediata geração de direitos para os administrados

---

<sup>468</sup> Princípios Gerais de Direito Público. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, pág. 75.

<sup>469</sup> Teoria dos Direitos Fundamentais. Ob. Cit., pág. 500.

<sup>470</sup> “Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Ob. Cit, pág. 474/476.

em : (1) normas que apenas outorgam um poder jurídico, cujo desfrute independe de uma prestação alheia, requerendo apenas uma omissão do Estado; (2) normas que contém, em sua descrição, o suficiente para gerar ao administrado uma utilidade concreta, dependendo de uma prestação alheia, permitindo-se reconhecer o comportamento específico deste terceiro. Outorgam uma utilidade específica e o poder jurídico de exigir esta utilidade. Estas normas comportam a seguinte subdivisão: (a) normas que delimitam com exatidão o conteúdo de direito (significados precisos) ou (b) normas que delimitam de forma aproximada o conteúdo do direito (conteúdo jurídico indeterminado). Esta fluidez não retira a sua imediata aplicabilidade dentro do campo indubitoso de sua significação, nem na zona de penumbra, uma vez que cabe ao Poder Judiciário fixar-lhe o sentido e (3) contém apenas uma finalidade a ser cumprida pelo Poder Público, sem apontar os meios a serem adotados para atingi-la.

Destas concepções resulta claro que os Autores citados concordam que a forma de positivação do direito social pode conferir, ou não conferir, direitos subjetivos.

Também há consenso no sentido de que os direitos sociais podem ser positivados por normas programáticas. A divergência é estabelecida no que respeita a outras formas de positivação.

Trataremos, inicialmente, dos direitos subjetivos e das normas programáticas e, após, das demais formas de positivação.

## **2.1 - Direito social como direito subjetivo**

A noção de direito subjetivo foi desenvolvida na área do direito privado, sob a ótica do individualismo.

Isto é visível na idéia de direito subjetivo feita, no início do século passado, por LÉON DUGUIT<sup>472</sup>:

---

<sup>471</sup> Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais. 1ª. ed, 3ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, pág. 22/24.

<sup>472</sup> Fundamentos do Direito. 2ª. Ed, São Paulo: Ícone Editora, 2006, pág. 7/8. Escapa ao objetivo deste trabalho o exame das diversas teorias acerca do direito subjetivo, às vezes substituídas pela

”é um poder do indivíduo que integra uma sociedade. Esse poder capacita o indivíduo a obter o reconhecimento social na esfera do objeto pretendido, desde que o seu ato de vontade possa ser considerado deliberadamente legítimo pelo direito objetivo”.

O direito objetivo, por sua vez, segundo DUGUIT, seria sinônimo de regra de direito e designaria os valores éticos que se exige dos indivíduos que vivem em sociedade, para preservação do interesse comum.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>473</sup> anota a insuficiência da noção de direito subjetivo no Direito Público:

“Deveras, a visão tradicional do direito subjetivo, montada em vista de relações privadas, não teve sob seu foco de mira relações de direito público ou situações de direito público que se marcam pelo específico propósito de assujeitar o Estado a um completo respeito aos interesses dos indivíduos, mas cuja compostura evidentemente não é idêntica ao universo de situações despertadas pelas relações entre os particulares”.

Desta insuficiência, BANDEIRA DE MELLO parte para o entendimento de que se deva considerar que está em pauta argüição de direito subjetivo quando:

“(a) a ruptura da legalidade cause ao administrado um agravo pessoal do qual estaria livre se fosse mantida íntegra a ordem jurídica ou (b) lhe seja subtraída uma vantagem a que acederia ou a que pretenderia aceder nos termos da lei e que pessoalmente desfrutaria ou faria jus a disputá-la se não houvesse ruptura da legalidade, nada importando que a ilegalidade argüida alcance a um ou a um conjunto de indivíduos conjuntamente afetados, por se encontrarem na mesma situação objetiva e abstrata.”<sup>474</sup>

Nos dois casos o indivíduo tem um agravo na sua situação pessoal, podendo buscar a reparação do direito pela via judicial. Conquanto indispensável a necessidade de ampliação do conceito de direito subjetivo, apenas este alargamento não é suficiente, uma vez que pode deixar ao largo situações de descumprimento

---

idéia de situação jurídica subjetiva. Aqui, é suficiente a anotação da perspectiva individual na qual foram, todas elas, gestadas, e da insuficiência desta concepção no que respeita ao Direito Público.

<sup>473</sup> “Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais. Ob. Cit., pág. 41/42.

<sup>474</sup> “Eficácia...”, Ob. Cit., pág. 43.

da Constituição nas quais o agravo pessoal individual não existe. Para estes casos, há que se buscar o conceito de direito difuso para que a norma constitucional seja cumprida.

A satisfação de direitos pelo Estado – subjetivos ou não - ocorre mediante políticas públicas, cujo conceito será analisado adiante.

No que diz respeito aos direitos subjetivos, VIDAL SERRANO NUNES JUNIOR<sup>475</sup> afirma que a estrutura das normas constitucionais que os consagram mostra alto grau de densificação:

“A Constituição delimita, em tintas fortes, o propósito de gerar aos indivíduos uma prerrogativa subjetiva, imediatamente usufruível. Por isso, a própria Carta, desde logo, se dá pressa e literalmente atribui ao Estado o correlato dever de prestar a atividade necessária à concretização do direito atribuído”.

Daí porque, “independentemente de quem esteja gerindo o Estado ou do partido que possua maioria legislativa, tais direitos devem ser observados, possuindo, inclusive, justiciabilidade.”<sup>476</sup>

J. J. GOMES CANOTILHO aponta que os direitos sociais podem ser positivados como direitos subjetivos, acarretando direitos originários a prestações quando:

“(1) a partir da garantia constitucional de certos direitos; (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas destes direitos”<sup>477</sup>.

Segundo ROBERT ALEXY<sup>478</sup>, “enquanto direitos subjetivos, todos os direitos a prestações são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva.” Acrescenta o Autor: “Sempre que houver uma relação

---

<sup>475</sup> “A Cidadania...”, ob. Cit, pág. 123.

<sup>476</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania...”, ob. Cit, pág. 123.

<sup>477</sup> “Direito Constitucional...”, ob. Cit pág. 477.

<sup>478</sup> “Teoria...”, ob. Cit pág. 445.

constitucional deste tipo, entre um titular do direito fundamental e o Estado, o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente esse direito”.

A Constituição Federal dispõe, no art. 208, § 1º: “O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”.

Assim, considerando não haver, quanto aos demais direitos sociais, norma constitucional expressando o seu caráter de direito subjetivo público, cumpre perguntar se este é o único direito social que pode ser considerado como subjetivo.

A negativa se impõe. A menção expressa ao ensino obrigatório e gratuito como direito subjetivo público teve o objetivo de assegurar, da forma mais ampla e incontestável, este direito. Esta disposição, no entanto, não pode ser interpretada como um enfraquecimento dos demais direitos sociais. A natureza do direito subjetivo deve ser extraída da forma como positivado o direito.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, inúmeras vezes, afirmou que o direito à saúde constitui direito subjetivo. Com efeito, o art. 196 da Constituição Federal dispõe que “A saúde é direito de todos e dever do Estado”, sendo este enunciado o suficiente para estabelecer a relação triádica: há, segundo ALEXY, a identificação do titular do direito fundamental e a declaração do dever do Estado .

Sem a pretensão de esgotar os demais direitos subjetivos constantes da Constituição Federal, mencione-se, também, o direito à assistência social, que “será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição” (art. 203 da Constituição Federal), estando insertos na norma o direito do necessitado e o dever do Estado.

Por outro lado, como anota VIDAL SERRANO JUNES JÚNIOR<sup>479</sup>, é relevante sublinhar que:

“em um patamar mínimo, os direitos sociais se igualam aos direitos de liberdade. Sem eles, não há sequer como se cogitar do próprio direito à vida, tampouco há como se expressar o respeito por parte do Estado à dignidade da pessoa humana”.

---

<sup>479</sup> “A Cidadania...”, Ob. Cit., pág. 131.

Daí porque, em atenção ao postulado da dignidade da pessoa humana e atento ao conceito de mínimo existencial, os direitos sociais não positivados na forma de direito subjetivo devem assumir esta natureza, “na medida em que viabiliza que direitos positivados sob a forma de programas ou tarefas dirigidos ao Estado passem a integrar o rol de direitos subjetivos dos cidadãos”<sup>480</sup>.

Trata-se da aplicação da doutrina da efetividade que, segundo LUÍS ROBERTO BARROSO, pode ser assim resumida:

“todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos. Nas hipóteses em que tenham criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são elas, como regra, direta e imediatamente exigíveis do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição”.<sup>481</sup>

O mesmo Autor aponta que a doutrina da efetividade importou e difundiu, no âmbito do direito constitucional, o conceito de direito subjetivo, que integra a teoria geral do direito. Assinala as características essenciais deste instituto: (a) a ele corresponde sempre um dever jurídico por parte de outrem; (b) ele é violável e (c) ocorrendo a violação, nasce para o seu titular uma pretensão, podendo ser usados os mecanismos coercitivos e sancionatórios.<sup>482</sup>

Diante destas considerações, há que se considerar que há direito social subjetivo sempre que puder ser constatada a relação triádica, já mencionada, assim como no que respeita ao patamar mínimo de satisfação do direito pela prestação a cargo pelo Estado.

## **2.2 – Direitos Sociais e Normas Programáticas**

O direito social pode estar contido, ainda, em norma programática.

---

<sup>480</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania...”, Ob. Cit., pág. 135.

<sup>481</sup> Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Ob. Cit, pág. 223.

<sup>482</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Ob. Cit, pág. 222/223.

Segundo PAULO BONAVIDES<sup>483</sup>,

“As normas programáticas, às quais uns negam conteúdo normativo, enquanto outros preferem restringir-lhe a eficácia à legislação futura, constituem no Direito Constitucional contemporâneo o campo onde mais fluídas e incertas são as fronteiras do Direito com a Política.”

Ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>484</sup> que quanto aos direitos sociais previstos em normas programáticas, a posição do administrado é menos consistente, já que não confere fruição alguma, nem lhe permite exigir algo. Tais regras não são irrelevantes, já que dão ao administrado o direito de opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à prática de comportamentos que o atinjam e de obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão no mesmo sentido destas normas.

Neste passo, indispensável expor acerca da norma programática como uma das espécies de norma constitucional, assim classificada em razão de sua eficácia e aplicabilidade.

Já se disse que a forma de positivação do direito social não guarda identidade com a questão da eficácia e aplicabilidade da norma constitucional. Assim, um direito subjetivo pode estar positivado por normas constitucionais de eficácias diversas.

Os direitos sociais a prestações, como direitos fundamentais, nos dizeres da Constituição Federal, tem aplicação imediata (art. 5º, § 1º).

Isto se explica, segundo LUIS ROBERTO BARROSO<sup>485</sup>, porque na ocasião da Constituição Federal de 1988 havia no país uma patologia persistente, representada pela insinceridade constitucional. “A Constituição, nesse contexto, tornava-se uma mistificação, um instrumento de dominação ideológica, repleta de promessas que não seriam honradas.” Daí, segundo o Autor, ter sido consolidada no Brasil a doutrina da efetividade das normas constitucionais, “como um mecanismo

---

<sup>483</sup> “Curso...”, ob. Cit, pág. 253.

<sup>484</sup> “Eficácia...”, ob. Cit, pág. 24.

<sup>485</sup> Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Ob. Cit, pág. 223.

eficiente de enfrentamento da insinceridade normativa e de superação da supremacia política exercida fora e acima da Constituição.<sup>486</sup> Prossegue o Professor:

“Uma vez investida na condição de norma jurídica, a norma constitucional passou a desfrutar dos atributos essenciais do gênero, dentre os quais a imperatividade. Não é próprio de uma norma jurídica sugerir, recomendar, aconselhar, alvitrar. Normas jurídicas e, *ipso facto*, normas constitucionais contém comandos, mandamentos, ordens, dotados de força jurídica, e não apenas moral. Logo, sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhes a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das conseqüências da insubmissão.”

Para JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>487</sup> as normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, podem ser classificadas em três categorias: (1) normas constitucionais de eficácia plena; (2) normas constitucionais de eficácia contida e (3) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. As normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida podem ser (a) normas programáticas, que versam sobre matéria ético-social e (b) normas de princípios institutivos ou organizativos.

Segundo este Autor, atualmente a orientação doutrinária é a de reconhecer eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, mesmo a grande parte daquelas de caráter socioideológico, as quais “até bem recentemente não passavam de princípios programáticos. Torna-se cada vez mais concreta a outorga dos direitos e garantias sociais das constituições<sup>488</sup>.”

JOSÉ AFONSO DA SILVA explica as várias espécies de normas constitucionais, classificadas por ele pelo critério da eficácia e aplicabilidade. As normas de eficácia plena incidiriam diretamente sobre os interesses aos quais o Constituinte pretendeu dar expressão normativa e seriam de aplicabilidade imediata, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. As normas de eficácia contida seriam aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados. As normas constitucionais de eficácia limitada podem ser as definidoras

<sup>486</sup> Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Ob. Cit, pág. 219.

<sup>487</sup> Aplicabilidade das Normas Constitucionais. São Paulo: Malheiros, 8ª. Ed, 2012, pág. 81.

<sup>488</sup> “Aplicabilidade...”, Ob. Cit., pág. 87

de princípio institutivo ou organizativo, ou definidoras de princípio programático. As normas definidoras de princípio institutivo seriam as não-programáticas, dependentes de legislação infraconstitucional, pelas quais o Constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidade ou institutos, deixando que o legislador ordinário os estruture em definitivo. Podem ser impositivas ou facultativas e são de aplicabilidade imediata no que tange à legislação anterior, inclusive quanto às normas constitucionais anteriores<sup>489</sup>.

As normas constitucionais programáticas seriam, segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, a expressão do compromisso entre liberalismo e o intervencionismo, sendo por ele definidas como

“aquelas pelas quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”<sup>490</sup>.

As normas constitucionais programáticas não teriam a necessária força para se desenvolver integralmente, sendo acolhidas como simples programas. No entanto, elas teriam função e relevância ao indicar o fim do Estado. Sua eficácia jurídica imediata, direta e vinculante consistiria no estabelecimento de vínculo para o legislador, que não poderia contrariar o dispositivo constitucional; vinculariam também os órgãos públicos, além de constituírem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas e criarem situações subjetivas de vantagem ou de desvantagem<sup>491</sup>. No entanto, estas situações de vantagem não consistiriam em direitos subjetivos:

“Se não se tem o direito subjetivo no seu aspecto positivo, como poder de exigir uma prestação fundada numa norma constitucional programática, surge ele, porém, em seu aspecto negativo, como possibilidade de exigir que o Poder Público não pratique atos que a contravenham.”<sup>492</sup>

---

<sup>489</sup> “Aplicabilidade...”, Ob. Cit., pág. 100/122.

<sup>490</sup> “Aplicabilidade...”, ob. Cit, pág. 135.

<sup>491</sup> “Aplicabilidade...”, Ob. Cit., pág. 160.

<sup>492</sup> “Aplicabilidade...”, pág. 174

INGO WOLFGANG SARLET, analisando esta e outras classificações feitas por juristas brasileiros e entendendo que elas não são incompatíveis entre si, afirma existir consenso quanto ao fato de que “cada norma constitucional possui um mínimo de eficácia e aplicabilidade, dependente, por sua vez, de sua suficiente normatividade. Nesse sentido, todas as normas constitucionais são sempre eficazes e, na medida de sua eficácia (variável de acordo com cada norma), imediatamente aplicáveis. Isso significa que até mesmo as assim denominadas normas de eficácia limitada (ou reduzida) são, nesse sentido, imediatamente aplicáveis.<sup>493</sup>

É nesta perspectiva que será analisada a positivação do direito social por norma programática, buscando dar concretude ao princípio da máxima efetividade<sup>494</sup>.

Segundo VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR<sup>495</sup>, é freqüente a positivação do direito social por meio de normas programáticas, que se limitam a apontar diretrizes, tarefas ou finalidades a serem atingidas pelo Poder Público. “Tal forma de positivação acaba por determinar a existência de normas constitucionais caracterizadas pela definição de um fim, criando, para o Estado, um dever de agir, sem, contudo, precisar como, quando e o que deve exatamente ser feito”. Aponta que, muitas vezes, diante da densidade diversa desta espécie de norma constitucional, ninguém, individualmente, se vê investido de uma prerrogativa subjetiva de reivindicar o direito.

J. J. CANOTILHO leciona que as normas programáticas teriam conteúdo essencialmente político, indicando princípios definidores dos fins do Estado. A relevância delas seria essencialmente política, pois serviriam apenas para pressão sobre os órgãos competentes. No entanto, aponta *algum relevo* nestas normas, que se resumiriam em fornecer o fundamento constitucional da regulamentação das

---

<sup>493</sup> “Curso...”, ob. Cit, pág. 185/186.

<sup>494</sup> LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO E VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR (Curso de Direito Constitucional. Ob. Cit. 2014, pág. 127) arrolam, dentre os princípios de interpretação constitucional, o da máxima efetividade, ou da eficiência, pelo qual o intérprete deve emprestar ao texto constitucional a interpretação que confira a maior eficiência possível. Este princípio tem particular relevância em relação aos direitos fundamentais, que, dotados de comando de aplicabilidade imediata e de âmbito de incidência necessariamente prospectivo quando em colisão com outros valores da Constituição, devem ser realizados da maneira mais ampla dentre as materialmente palpáveis”. Os Autores fazem especial referência às normas programáticas que, apesar de não terem aplicação integral no momento de sua edição, devem ter a maior eficácia possível.

<sup>495</sup> “A Cidadania...”, ob. Cit, pág. 98.

prestações sociais e, por outro lado, as normas programáticas, transportando princípios conformadores e dinamizadores da Constituição, seriam suscetíveis de ser trazidas à colação no momento de concretização. Para ele, tanto as normas programáticas como as de organização (atributivas de competência ao legislador para a realização de certos direitos sociais) não acarretam, em caso de descumprimento, qualquer sanção, mas apenas efeitos políticos.<sup>496</sup>

O melhor entendimento, no entanto, é o de que as normas programáticas admitem o controle jurisdicional, tanto no que diz respeito aos interesses difusos e coletivos, quanto que diz respeito a um patamar mínimo de satisfação dos direitos sociais - no âmbito deste patamar mínimo existiria, igualmente, direito subjetivo - adotando-se o critério do controle de evidência do direito alemão, pelo qual se constata que havendo um mínimo de densidade normativa, é possível a verificação da norma que não realiza minimamente o dever ou que elege meios totalmente inadequados aos fins perseguidos<sup>497</sup>.

“Não fosse esse o raciocínio correto, quer nos parecer que se estaria negando vigência e aplicação a um dispositivo da Constituição, que se tornaria “letra morta” pela mera vontade do agente público encarregado de sua aplicação”<sup>498</sup>.

### **2.3 - Direito social como garantia institucional.**

Uma terceira forma de positivação dos direitos sociais ocorre por meio das garantias institucionais.

Segundo PAULO BONAVIDES<sup>499</sup> a garantia institucional é a proteção que a Constituição Federal confere a algumas instituições cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza.

---

<sup>496</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. “Direito Constitucional...”, Ob. Cit., pág. 475. Anote-se, aqui, a parcial alteração do pensamento do Constitucionalista, exposto no prefácio da 2ª. edição da obra “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, de sua autoria, no qual ele afirma que o Direito, sozinho, não assegura o cumprimento da norma programática, devendo a Constituição acompanhar novos parâmetros políticos, num constitucionalismo que denomina de reflexivo.

<sup>497</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania...”, ob. cit, pág. 101/102.

<sup>498</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania...”, ob. cit., pág. 106.

<sup>499</sup> “Curso...”, ob. cit., pág. 553.

FÁBIO KONDER COMPARATO<sup>500</sup> conceitua as garantias institucionais como formas de organização do Estado, ou institutos da vida social, cuja função é assegurar o respeito aos direitos subjetivos fundamentais assegurados na Constituição.

Na lição de VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR<sup>501</sup>, o ser humano apresenta uma natureza relacional, existindo direitos que não podem ser preservados fora dessa dimensão comunitária. A positivação por meio de normas consagradoras de garantias institucionais objetiva a proteção de instituições sociais – tanto na atividade pública, como no âmbito privado - nas quais se realizariam direitos que não podem ser preservados fora desta dimensão: “tais normas, em análise absolutamente rigorosa, tem nítido caráter social, mas não foram concebidas para a criação propriamente de direitos subjetivos, nem tampouco definem diretrizes ou programas para o Estado”. Assim, anota o Autor<sup>502</sup>:

“Diante de uma previsão objetiva do ordenamento jurídico, a contemplar a exigência de uma dada garantia institucional, engendra-se, como reflexo, o direito subjetivo dos cidadãos de vê-la implementada e protegida. Não se desconhece que a implementação de uma determinada garantia institucional não se situará no patrimônio jurídico de uma só pessoa, mas de diversas, quando não, da coletividade como um todo. Floresce, nesta hipótese, aquilo que a legislação brasileira convencionou denominar de interesse metaindividual”.

Em sentido diverso, o ensinamento de J. J. GOMES CANOTILHO, que entende que as garantias institucionais constituiriam uma imposição dirigida ao legislador, obrigando-o, por um lado, a respeitar a essência da instituição e, por outro lado, a protegê-las: “não se trata, porém, ainda, do reconhecimento de direitos subjetivos, embora as garantias institucionais sejam elementos importantes da interpretação da lei e da Constituição no âmbito dos direitos sociais”<sup>503</sup>.

Entende-se que o princípio da máxima efetividade da norma constitucional não admite que as garantias institucionais constituam, apenas, elementos para a

---

<sup>500</sup> “As garantias institucionais dos Direitos Humanos”, in Ministério Público & Sociedade, Ed. Associação Cearense do Ministério Público, Ano I, n. 2 – Out-Dez/2001, pág. 48.

<sup>501</sup> “A Cidadania...”, Ob. Cit., pág. 139/140.

<sup>502</sup> NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania...”, Ob. Cit.. Pág. 149/150

<sup>503</sup> “Direito Constitucional...”, Ob. Cit., pág. 475

interpretação. A sociedade tem o direito de vê-las implementadas, configurando-se, aí, o interesse difuso, que permite proteção jurisdicional.

#### **2.4 - Positivção por meio de cláusulas limitativas do poder econômico.**

Os direitos sociais também podem ser objeto de positivção por meio de cláusulas que limitam o poder econômico, interferindo na autonomia da vontade ou investindo indivíduos em poderes jurídicos,

“o que, em regra, se faz por normas de ordem pública e, portanto, de aplicação cogente nas relações jurídicas por eles urdidas, integrando necessariamente os contratos celebrados, mitigando, portanto, antigos institutos de direito privado, como a autonomia da vontade e a vinculatividade do pacto”<sup>504</sup>.

São desta espécie as normas que asseguram os direitos dos trabalhadores, estabelecendo um conteúdo mínimo do contrato de trabalho, e por normas que atribuem poderes aos trabalhadores. Em ambos os casos, atribuem direito subjetivo<sup>505</sup>.

#### **2.5 - Positivção por meio das normas projectivas (ou normas conformadoras).**

VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR<sup>506</sup> entende que o direito social pode ser positivado por meio das normas projectivas (normas de conformação do perfil social dos institutos jurídicos fundantes da ordem econômica capitalista). Isto ocorreria, por exemplo, na estipulação da função social da propriedade e na valorização do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da ordem econômica.

Estes princípios de conformação dariam colorido social a institutos nos quais se assenta a ordem econômica, propiciando que esta realmente assegure a todos

---

<sup>504</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania...”, Ob. Cit., pág. 161

<sup>505</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania...”, Ob. Cit., pág. 154.

<sup>506</sup> “A Cidadania...”, Ob. Cit., pág. 161/167.

existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, “caput”, da Constituição Federal).

### **3 - A judicialização.**

Por força do âmbito deste trabalho, não abordaremos a justiciabilidade dos direitos sociais positivados por normas limitativas do poder econômico ou por normas conformadoras (ou projectivas).

Isto porque estas normas geram, em regra, direitos subjetivos frente a particulares ou acarretam reflexos em relações privadas. É certo que, por vezes, estes direitos sociais podem ser positivados por mais de uma forma, hipótese em que o exame da justiciabilidade das demais espécies será suficiente para cumprir o objetivo deste estudo.

Quanto à justiciabilidade, é de rigor anotar, desde logo, que a Carta da República depositou a esperança de seu cumprimento, de forma particularmente intensa, no Poder Judiciário.

Considerado, inicialmente, como simples “boca da lei”<sup>507</sup>, vários fatores contribuíram para que a missão de guardião da Constituição fosse atribuída, com ênfase, ao Poder Judiciário.

No Brasil, as forças que atuaram na Constituinte de 1988 não confiavam cegamente nos demais poderes e nomeou o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, o guardião precípua da Constituição (art. 102, “caput”). Além disto, foram introduzidos na Carta da República novos instrumentos para que a Constituição fosse, realmente, cumprida.

É visível o fortalecimento deste Poder frente aos demais, o que, no entanto, não chegou ao ponto de torná-lo preponderante. Apesar da força nova com que o Poder Judiciário foi contemplado, é nítida a interferência dos demais Poderes em

---

<sup>507</sup> MARIA TEREZA SADEK (“Judiciário e Arena Pública: Um Olhar a partir da Ciência Política”, in O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. 2ª. Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2013, pág. 1) afirma: “O juiz ‘boca da lei’ é hoje, na melhor das hipóteses, um recurso de retórica. De figura acanhada e quase anódina, magistrados tem marcado presença na arena pública, participando ativamente dos fatos mais relevantes.” A Autora aponta a universalização do protagonismo judicial – a despeito de sua maior ou menor intensidade, razão pela qual o conceito de juiz “boca da lei”, originada em Montesquieu, perdeu força e espaço.

sua composição e funcionamento. Destaque-se, a título de exemplo, que os Ministros da Suprema Corte são escolhidos livremente pelo Presidente da República e nomeados após aprovação do Senado Federal.

LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>508</sup> anota que o mesmo fenômeno ocorreu em outros países, mas ainda assim o caso brasileiro é especial. Este jurista, atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal, ensina que “judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”.

### **3.1 – Causas da judicialização.**

LUÍS ROBERTO BARROSO, no artigo já citado, aponta, como causas da justiciabilidade, os seguintes fatores: a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que é um dos mais amplos do mundo:

“a judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.”

MARIA TEREZA SADEK<sup>509</sup> afirma, com relação ao Poder Judiciário, que:

“a constitucionalização de ampla gama de direitos individuais e supraindividuais, além da ampliação da relação de matérias que não podem ser objeto de decisão política, alargou enormemente sua área de atuação. Em decorrência, o Judiciário – como intérprete da Constituição e das leis, imbuído da responsabilidade de resguardar os direitos e de assegurar o respeito ao ordenamento jurídico – foi alçado a uma posição de primeira grandeza”.

---

<sup>508</sup> “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. [HTTP://plataformademocratica.org/publicações](http://plataformademocratica.org/publicações). Acesso em 26.mai 2014.

<sup>509</sup> “Judiciário e Arena Pública...”, artigo citado, pág. 15.

Quanto às causas da judicialização, já foi apontado que a redemocratização do país resultou numa constitucionalidade abrangente, à qual deve ser somada a textura aberta das normas constitucionais, a demandar sua correta interpretação, influenciando, decisivamente, no maior alargamento do controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade, na lição de ADA PELLEGRINI GRINOVER<sup>510</sup>, nasceu em 1981, nos Estados Unidos da América, com o caso *Madison versus Marbury*, que acarretou a introdução do sistema da *judicial review*, fundado na supremacia da Constituição relativamente à lei. O sistema constitucional brasileiro tem raízes no norte-americano. Acrescenta:

“No Estado Democrático de Direito, o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa neutralização de sua atividade. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal”.<sup>511</sup>

A Constituição Federal de 1988 prevê os sistemas difuso e concentrado de constitucionalidade. Não obstante, afirma HELY LOPES MEIRELLES<sup>512</sup> que o sistema difuso passou a ter menor significado uma vez que a Carta da República ampliou,

“de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao STF mediante processo de controle abstrato de normas”.<sup>513</sup>

<sup>510</sup> “O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas”, in O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. 2ª. Ed, Rio de Janeiro, Forense, 2013, pág. 126.

<sup>511</sup> “O controle...”, artigo citado, pág. 129.

<sup>512</sup> Mandado de Segurança. São Paulo: Malheiros, 29ª Ed, pág. 321/322.

<sup>513</sup> O Autor apresenta tabela do número de ações diretas de inconstitucionalidade instauradas no período de 1966 a 2005, na qual é possível ver o aumento deste tipo de demanda após 1988. MARIA TEREZA SADEK (“Judiciário e Arena Pública...”, artigo citado, pág. 17) aponta que, no período de 1988 a 31 de março de 2010 foram distribuídas 4.383 ações diretas de inconstitucionalidade, fato que decorreria do aumento do número de legitimados à sua propositura que, segundo ela, torna a Corte uma das mais acessíveis do mundo.

Anote-se que a ação direta de inconstitucionalidade não é o único remédio constitucional para o controle concentrado. A ela devem ser somadas a ação declaratória de constitucionalidade e a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

O texto original da Constituição Federal previa, para o controle concentrado de inconstitucionalidade, além da ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, “a”) e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (103, § 3º), a argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, parágrafo único, renumerado pela Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993 para § 1º).

Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 3/93 introduziu a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, § 2º).

Vê-se, portanto, que o ordenamento constitucional brasileiro foi pródigo em prever mecanismos para garantir a supremacia da Constituição Federal.

Ainda para garantir o cumprimento da Constituição Federal, deve ser mencionado o mandado de injunção, introduzido no ordenamento brasileiro pela Constituição Federal de 1988, estando previsto no art. 5º, LXXI: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

O mandado de injunção pode ser individual ou coletivo<sup>514</sup> e constitui remédio para que a falta de norma infraconstitucional não esvazie direitos e liberdades constitucionais, ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O Supremo Tribunal Federal vem adotando, quanto aos efeitos do mandado de injunção, posição denominada concretista, ou seja, com a declaração de mora do Poder Legislativo há a indicação da norma que regerá o exercício do direito constitucional. Antes, o entendimento da mais alta Corte era no sentido de apenas cientificar o Parlamento da mora o que, na realidade brasileira, tornava inócuo o remédio.

---

<sup>514</sup> STF, Tribunal Pleno, MI 712/PA, Rel. Ministro Eros Grau, julg. 25.10.2007, m.v.

Como anotou PETER HÄBERLE<sup>515</sup>, “interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem”. Este jurista defende a participação de grupos diversos na interpretação constitucional e, assim, a ampliação dos instrumentos de informação dos juízes constitucionais, tais como as audiências públicas e as intervenções<sup>516</sup>.

É o que vem acontecendo na Suprema Corte brasileira, com a realização de audiências públicas e, também, com a previsão da figura do “amicus curiae”.

As audiências públicas estão previstas na Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999 (que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal) e na Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999 (que dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental). As audiências públicas destinam-se a colher manifestações de pessoas com experiência e autoridade na matéria, ampliando a informação dos juízes encarregados de decidir a matéria.

As mesmas leis prevêm a figura do *amicus curiae*, que também encontram previsão no Código de Processo Civil (artigos 483, § 3º, 543-A, § 6º e 543-C, § 4º - recursos especiais repetitivos) e na Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006 (que disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante). O *amicus curiae* intervem no feito sem a qualidade de parte, mas apenas de interessado no resultado da causa.

A previsão destes instrumentos indica que o controle de constitucionalidade no sistema brasileiro não é meramente instrumental, mas substancialista, vale dizer:

“trabalha com a idéia de que a atuação da Jurisdição Constitucional é legítima na medida em que dá efetividade aos direitos fundamentais. Nesse sentido, a interpretação constitucional tem papel relevante, já que cabe aos juízes dar densidade normativa aos preceitos constitucionais vagos que elencam tais direitos”.<sup>517</sup>

<sup>515</sup> Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1997, reimpressão 2002, pág. 30

<sup>516</sup> “Hermenêutica...”, Ob. Cit., pág. 47/48

<sup>517</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. “Entre Kelsen e Hercules: Uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil”, “in” Estado de Direito e Ativismo Judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pág. 137. O Autor aponta que os teóricos da corrente doutrinária concorrente – denominados de

#### 4 - Judicialização e ativismo judicial.

LUIS ROBERTO BARROSO<sup>518</sup> indica a proximidade entre a judicialização e o ativismo judicial, mas afirma que as causas de cada um são diversas. A judicialização, no contexto brasileiro, é uma decorrência do modelo constitucional adotado, não uma opção deliberada do Poder Judiciário. O ativismo judicial, por outro lado, é uma opção por um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. O ativismo judicial, normalmente, se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva:

“A idéia do ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”.

Ainda segundo LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>519</sup>, o oposto do ativismo é a contenção judicial, no qual os juízes e tribunais:

“(i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstém-se de interferir na definição das políticas públicas”.

---

procedimentalistas – não admitem a possibilidade de o intérprete ser um aplicador de princípios de Justiça, restando ao Poder Judiciário, apenas, declarar a inconstitucionalidade de uma lei se o diploma legal for empecilho para o pleno desenvolvimento ou preservação do processo político de deliberação.

<sup>518</sup> “Judicialização...” Artigo citado, pág. 6.

<sup>519</sup> “Judicialização...”, artigo citado, pág. 7.

A diferença metodológica entre o ativismo judicial e a auto-contenção judicial, ainda na lição de LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>520</sup> está que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas”.

ANDRÉA ELIAS DA COSTA<sup>521</sup> afirma que o ativismo judicial é uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na efetivação dos valores constitucionalmente estabelecidos, em um espaço que, em regra, está reservado aos outros Poderes. Ela aponta que o ativismo judicial tem origem na jurisprudência norte-americana, tendo sido, inicialmente, conservador. “Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial e para a invalidação das leis sociais em geral”. Atualmente, esta Suprema Corte teria uma jurisprudência mais progressista em matéria de direitos fundamentais. Entende ela que atualmente, não mais se pode tolerar que o Poder Judiciário se omita na análise de questões rotuladas como políticas, mas não se pode

“permitir uma intervenção desenfreada do Judiciário em questões inerentes a outros poderes, exercendo uma atividade interpretativa que deixa de lado as normas estabelecidas na própria Constituição para fazer valer uma ideologia que, maquiada pela tão festejada doutrina da ‘efetivação de direitos’, pode representar um inimigo oculto ao próprio Estado de Direito ao possibilitar ao Juiz, sob o argumento da aplicação da Constituição, negar a ela própria”.<sup>522</sup>

Para CARLOS EDUARDO DIEDER REVERBEL<sup>523</sup>, pelo ativismo judicial o Juiz resolve problemas políticos por critérios jurídicos em razão de determinados fatores, dentre os quais o desprestígio da lei, a ineficiência da política e a dificuldade da Administração. E conclui:

---

<sup>520</sup> “Judicialização...”, artigo citado, pág. 7.

<sup>521</sup> “Estado de Direito e Ativismo Judicial”. In Estado de Direito e Ativismo Judicial. Coordenação de José Levi Mello do Amaral Júnior. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pág. 52/53.

<sup>522</sup> “Estado de Direito...”, artigo citado, pág. 59.

<sup>523</sup> “Ativismo Judicial e Estado de Direito. In Estado de Direito e Ativismo Judicial. Coordenação de José Levi Mello do Amaral Júnior. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pág. 73/74.

“O ativismo, assim, na busca de uma solução mágica, na extração de um princípio que fundamente a decisão (razoável ou não), acaba por afrontar a separação de poderes, faz do juiz um verdadeiro legislador e inclusive *ex post facto*, contrariando o Estado de Direito, em que impera a lei, como decorrência, a justiça”.

GABRIEL MARQUES DIAS DA CRUZ<sup>524</sup>, após declarar que o ativismo judicial é caracterizado como o fenômeno de invasão indevida do Poder Judiciário no âmbito dos demais Poderes, entende que, ainda que possa trazer benefícios concretos para a efetivação de alguns direitos constitucionais, “o ativismo judicial é preocupante pelo fato de desequilibrar a construção da separação de poderes, pondo em risco, justamente, o princípio da legalidade, essência do Estado de Direito”.

JORGE OCTÁVIO LAVOCAT GALVÃO<sup>525</sup> entende:

“o ativismo judicial se tornou uma necessidade institucional: os juízes, ao decidirem os casos difíceis, agem de maneira positiva, densificando as normas de direitos fundamentais com suas interpretações. Para alguns, tal atitude representa o mesmo que ‘criar novos direitos’ ou dizer que ‘o Judiciário está legislando’, quando na verdade só reflete um efeito inevitável da adoção de um sistema de controle de constitucionalidade substancialista por parte do Poder Constituinte”.

Assim, ainda que o ativismo judicial possa ser objeto de discussão e de críticas, ele não se confunde com a judicialização, que decorre da própria Constituição Federal. Lembre-se, ainda, que esta mesma Constituição que prevê o princípio da separação de poderes, que devem ser harmônicos e controlar-se mutuamente. A ampla judicialização não ofende, portanto, o princípio da separação de poderes.

## **5 - A justiciabilidade dos direitos sociais: as políticas públicas.**

---

<sup>524</sup> “A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”. In Estado de Direito e Ativismo Judicial. Coordenação de José Levi Mello do Amaral Júnior. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pág. 108.

<sup>525</sup> “Entre Kelsen e Hercules: Uma análise jurídico-filosófica do Ativismo Judicial no Brasil”, in “Estado de Direito e Ativismo Judicial, Ob. Cit., pág. 145

O tema da justiciabilidade diz respeito ao exame da possibilidade de exigir do Estado o fornecimento de prestações para concretização dos direitos sociais.

Vem a lume, desde logo, a questão das políticas públicas.

Política pública, na definição de JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, “juridicamente, é um complexo de decisões e normas de natureza variada”, ou “um conjunto heterogêneo de medidas do ponto de vista jurídico”.<sup>526</sup>

As políticas públicas, como arcabouço de medidas estatais, são o instrumento de que se vale o Estado para a satisfação, dentre outros, dos direitos sociais.

Nem sempre o direito social constituirá um direito subjetivo, a ser individualmente exigido do Estado. Por vezes, num primeiro olhar, haverá apenas o dever do Estado, sem o correspondente direito subjetivo. A questão da justiciabilidade e do controle das políticas públicas se coloca em ambos os casos, suscitando debates fervorosos os quais, no entanto, não escondem o viés ideológico que os perpassa.

MARIA TEREZA SADEK<sup>527</sup> afirma que, em tese, não há decisão, quer proferida pelo Executivo, quer aprovada pelo Legislativo, que não seja passível de apreciação judicial. Dessa forma, o Poder Judiciário constituiu-se em um ator com capacidade de provocar impactos significativos no embate político, na elaboração de políticas públicas, bem como na sua execução.

INGO WOLFGANG SARLET<sup>528</sup>, firme no entendimento de que, ainda que os direitos sociais tenham sido objeto de positivação por normas programáticas, estas são dotadas de certo grau de eficácia e aplicabilidade, isto não significa que “a efetivação de direitos sociais eventualmente previstos em dispositivos caracterizados por uma baixa densidade normativa ocorra de maneira idêntica à de outros direitos fundamentais”. E acrescenta que a consagração da garantia fundamental de inafastabilidade da jurisdição - art. 5º, XXXV, da Carta da República - já é bastante

---

<sup>526</sup> “Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito”, “in” Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça”. Organizador José Eduardo Faria. 1ª. Ed, 5ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, pág. 131.

<sup>527</sup> “Judiciário e Arena Pública...”, artigo citado, pág. 15.

<sup>528</sup> Comentário ao art. 6º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira e SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva Almedina, 2014, 1ª. Ed, 3ª. Tir, pág. 544.

para “fragilizar o argumento da inviabilidade de controle judicial das políticas públicas, mais ainda quanto à perspectiva objetiva dos direitos sociais.”

Com fundamento no princípio da inafastabilidade da jurisdição, recentemente, o Ministro Felix Fischer, na abertura de Encontro sobre o Sistema Penitenciário, ocorrido em Foz do Iguaçu, identificou a idéia de controle, pelo Poder Judiciário,

“de todas e quaisquer ações ou omissões que possam gerar lesões ou ameaças de lesões a posições jurídicas atribuídas à cidadania, revelando um complexo sistema judicial que tem por fim último a concretização das normas constitucionais”.<sup>529</sup>

DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR<sup>530</sup> tem entendimento no sentido de que,

“em caso de descumprimento, por omissão, de algum direito fundamental ou de lacuna legislativa impeditiva de sua fruição, deve e pode o Judiciário – valendo-se de um autêntico *dever-poder* de controle das omissões do poder público – desde logo e em processo de qualquer natureza, aplicar diretamente o preceito definidor do direito em questão, emprestando ao direito fundamental desfrute imediato, independentemente de qualquer providência de natureza legislativa ou administrativa”.

Este entendimento é mantido por este estudioso ainda que as normas tenham cunho programático, já que

“nem por isso essas normas são destituídas de aplicação imediata. Elas apenas exigem um esforço maior de complementação por parte dos órgãos do Poder Judiciário, no exercício de sua atividade de garantia e efetivação dos direitos fundamentais.”<sup>531</sup>

HERMES ZANETI JÚNIOR<sup>532</sup> entende que os direitos fundamentais – dentre os quais os sociais, uma vez que o Autor adotou a compreensão de que tanto os

<sup>529</sup> Notícia publicada no site do Superior Tribunal de Justiça, em 28 de março de 2014.

<sup>530</sup> “A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. In Leituras Complementares de Direito Constitucional – Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Organizador Marcello Novellino Camargo. 3ª. Ed. Salvador-BA: Editora Juspodivm, 2008, pág. 357

<sup>531</sup> “A Efetividade...”, artigo citado, pág. 358.

<sup>532</sup> “A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia”, in O Controle Judicial das Políticas Públicas, Ob. Cit., pág. 63.

direitos de defesa como direitos ativos ou prestacionais podem ensejar políticas públicas - são plenamente justiciáveis.

Segundo ADA PELLEGRINI GRINOVER<sup>533</sup>, o controle da constitucionalidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário deve ser feito pelo prisma da infringência frontal à Constituição pelos atos do Poder Público e por intermédio do cotejo com os fins do Estado. E, adotando a idéia do mínimo existencial, entende que uma vez descumprido, justifica a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, para corrigir os rumos ou implementá-las, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa.

KAZUO WATANABE<sup>534</sup> afirma:

“Ao Poder Judiciário, como consequência da assunção de novas atribuições que lhe foram conferidas pela Constituição Federal de 1988, dentre as quais se inclui o controle de constitucionalidade das leis, atos e atividades de todos os órgãos do Estado, incumbe proceder ao controle das políticas públicas, com o exame de sua implementação, adequação ou correção, na conformidade dos mandamentos constitucionais”.

Este Autor invoca o conceito de mínimo existencial, a respeito do qual é possível a tutela jurisdicional imediata,

“sem a necessidade de prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo por meio de política pública específica, e sem a possibilidade de questionamento, em juízo, das condições práticas de sua efetivação, vale dizer, sem sujeição à cláusula da reserva do possível”<sup>535</sup>.

Quanto aos demais direitos fundamentais sociais, KAZUO WATANABE<sup>536</sup> distingue aqueles previstos em normas com *densidade suficiente* de outras, sem esta característica. O descumprimento das primeiras - explicitadoras de política pública de implementação obrigatória pelos órgãos do Estado, independentemente de prévia ponderação complementar, seja do Legislativo, seja do Executivo -

<sup>533</sup> Artigo citado, pág. 129.

<sup>534</sup> “Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – ‘Mínimo Existencial’ e demais Direitos Fundamentais Imediatamente Judicializáveis”, in “O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas”, Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. 2ª. Ed, Rio de Janeiro: Forense, pág. 216.

<sup>535</sup> “Controle Jurisdicional...”, artigo citado, pág. 218.

<sup>536</sup> “Controle Jurisdicional...”, artigo citado, pág. 220/221.

poderia ensejar a postulação de tutela jurisdicional. Por outro lado, os direitos sociais previstos em normas sem densidade suficiente não teriam tutelabilidade jurisdicional sem a prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo, por meio de definição de política pública específica, devendo ser resguardado o debate democrático e preservado o pluralismo político, no âmbito do Legislativo e do Executivo.

SUSANA HENRIQUES DA SILVA<sup>537</sup> afirma que atualmente, o Poder Judiciário representa esfera de controle político e prospectivo de políticas públicas, mas aponta que a intervenção judicial deve encontrar limites na idéia da razoabilidade/proporcionalidade e as limitações de ordem orçamentária.

FERNANDO FACURY SCAFF<sup>538</sup>, comentando os direitos à saúde e à educação, traz o conceito de sentença aditiva, que seria aquela que implica aumento de custos para o erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do Poder Público demandado. O efeito imediato destas sentenças ditas aditivas seria que a alocação de verbas passaria a ser feita pelo Poder Judiciário, por decisões individualizadas ou grupais, e não de forma global, por leis e outros atos integrantes do que se convencionou denominar política pública. O que deveria ser raro, excepcional, passou a ser corriqueiro no Brasil, “à margem da lei e dos regulamentos, mas com respaldo direto na Constituição”. Quem – segundo este autor – deve determinar as prioridades é o legislador, por intermédio do sistema orçamentário, não cabendo ao Poder Judiciário substituir o Legislativo, transformando a “discricionariedade legislativa” na “discricionariedade judicial”. Note-se que estas considerações foram feitas a respeito de sentenças que tiveram por objeto direitos subjetivos (saúde e educação).

SERGIO DE OLIVEIRA NETTO<sup>539</sup> expõe sobre a impossibilidade de manifestação do Poder Judiciário entendendo que a determinação de uma dada

---

<sup>537</sup> “O Poder Judiciário no Controle de Políticas Públicas: Uma Breve Análise de Alguns Precedentes do Supremo Tribunal Federal”, in “O Controle...”, Ob. Cit., pág. 457.

<sup>538</sup> “Sentenças Aditivas, Direitos Sociais e Reserva do Possível”, in Revista Dialética de Direito Processual n. 51/79.

<sup>539</sup> Revista da AGU n. 7/147. ANA CAROLINA IZIDÓRIO DAVIES (Saúde Pública e seus limites constitucionais. São Paulo: Editora Verbatim, 2012, pág. 97) também aponta que as decisões judiciais sobre o fornecimento de medicamentos acabam, em regra, beneficiando os mais ricos e instruídos: “Na ilusão de concretizar uma norma programática ou efetivar uma política pública (já existente, em específico, no Estado de São Paulo) algumas decisões judiciais acabam gerando mais desigualdades na medida em que não se atentam à universalidade com equidade. Aumenta-se a exclusão social. É o denominado duplo sacrifício da equidade, isto é, além de desequilibrar o sistema público de saúde,

prestação social poderia gerar o efeito contraproducente de inviabilizar o atendimento de outras necessidades coletivas, já planejadas, além de ferir o princípio da separação de poderes:

“Cabe ao legislador elaborar a peça orçamentária, definindo quais são as prioridades que entende serem as mais urgentes naquele dado momento. Não cabendo a aquele que ostenta a Toga ditar, ao seu livre talante, para onde e como devem ser direcionadas as forças patrimoniais dos orçamentos públicos, que não tenham uma destinação legal e previamente definida”.

Por fim, registre-se o pensamento de ANDRÉ CASTRO CARVALHO<sup>540</sup>, formulado a respeito do direito à saúde, mais especificamente, com relação ao fornecimento de medicamentos, mas que pode ser aplicado aos demais direitos sociais. Para ele, o Poder Judiciário deve levar em conta, ao determinar a prestação, se não restará ofendido o princípio da igualdade, já que apenas determinada parcela da população detém o conhecimento pleno de seus direitos e a possibilidade de recorrer ao Judiciário. Esta proposta parte da denominada *teoria dos jogos*<sup>541</sup>, e, no entendimento do autor, a atuação positiva do Judiciário pode provocar este resultado, ferindo o princípio da igualdade. O mesmo Autor afirma que as decisões judiciais alteram sobremaneira a política orçamentária, olvidando-se da atividade interpretativa que o magistrado deve ter das normas em cotejo com a realidade:

“o juízo de importância de determinada dotação orçamentária não caberia ao juiz, alheio aos processos políticos, desprezando a política imposta pelos representantes eleitos do povo. Caberia, no entanto, quando houvesse a clara omissão ou inércia estatal frente a um iminente dano ao núcleo intangível do mínimo existencial, a atuação jurisdicional”.<sup>542</sup>

---

concede benefícios individuais, por vezes improcedentes, que acaba por desfavorecer ainda mais o hipossuficiente que sequer tem acesso ao Judiciário”.

<sup>540</sup> “O Impacto orçamentário da Atuação do Poder Judiciário nas Tutelas Concessivas de Medicamentos”. In Estado de Direito e Ativismo Judicial. Coordenação de José Levi Mello do Amaral Júnior. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pág. 23/24.

<sup>541</sup> A *teoria dos jogos* consiste no estudo do comportamento das pessoas em situações estratégicas, ou seja, em situações em que cada pessoa, ao decidir o que fazer, deve levar em conta a resposta dos demais a esta situação. Da teoria dos jogos poderia decorrer a “tragédia dos comuns”, que consistiria na utilização de recursos finitos sem a preocupação com as necessidades dos demais.

<sup>542</sup> “O Impacto Orçamentário...”, artigo citado, pág. 37/38.

A questão que se coloca é se o Estado tem obrigação de instituir políticas públicas, quer estas tenham o objetivo de satisfazer direito subjetivo, quer não.

A resposta negativa implica negar efetividade à Constituição Federal, tanto que diz respeito aos direitos sociais, como que não respeita aos objetivos do Estado brasileiro, expostos no art. 3º da Carta da República.

Assim, afirma-se que o Estado tem obrigação de instituir políticas públicas e a omissão ou a insuficiência delas constitui razão suficiente para que se entenda que a Constituição ou as leis (no caso de estas preverem alguma política pública) foram descumpridas.

A invocação de ofensa ao princípio da igualdade para negar o fornecimento de prestações a pessoas determinadas, ao pretexto de que alguns vem a Juízo e outros, a quem a prestação também deveria ser fornecida, não vem, não pode ser aceita. Havendo direito subjetivo, deve ele ser satisfeito. Para solucionar a questão do conhecimento de direitos, basta que o Estado – pródigo em fazer propaganda – forneça informações e instruções aos indivíduos. E, por último, a ação civil pública constitui veículo que propicia apreciação judicial para a satisfação de direitos de todos os indivíduos.

Há de ser apontado que o controle judicial das políticas públicas acaba gerando um efeito colateral de voluntário atendimento de certas demandas que, não fossem as condenações do Poder Público, talvez não fossem atendidas ou, ainda, talvez fossem atendidas num futuro muito distante. A respeito do direito à saúde e, em especial, ao fornecimento de medicamentos, ANA CAROLINA IZIDÓRIO DAVIES<sup>543</sup> menciona que, no âmbito do Estado de São Paulo, em razão do crescente aumento das demandas judiciais, foi criado um sistema para registro das determinações de fornecimento. O objetivo foi o de apurar a alta demanda de casos que, caso seguros e aprovados, podem ser incorporados ao Programa de Saúde do Estado, para a dispensação a todos aqueles que precisarem e não apenas àquele que, “afortunado por ter acesso ao Judiciário, os obtém judicialmente”. A autora menciona sete programas de dispensação de medicamentos instalados a partir destes estudos e informa a redução das demandas judiciais na Capital do Estado em 25% (vinte e cinco por cento) no ano de 2009, comparado ao ano de 2008.

---

<sup>543</sup> “Saúde Pública...”, Ob. Cit., pág. 99.

### **5.1 - Justiciabilidade e a suposta indeterminação do conteúdo dos direitos sociais.**

Argumento que merece análise à parte consiste na afirmação de que os direitos sociais não podem ser exigidos judicialmente porque os dispositivos constitucionais que os contém são abertos, gerando imprecisão que necessita de integração legislativa.

DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR<sup>544</sup> rebate este argumento com precisão. A existência de conceitos vagos nunca foi obstáculo à judicialização, notadamente das que prevêm direitos fundamentais, de aplicação imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, especialmente à vista do princípio da inafastabilidade da jurisdição. “A Constituição não reconhece direitos fundamentais sem conteúdo. Sempre haverá um conteúdo mínimo e essencial, a possibilitar a perfeita e imediata fruição dos direitos conferidos”. Acrescenta que:

“por mais vago que seja o conceito ou a expressão utilizada na definição dos direitos sociais, sempre haverá um núcleo essencial incontestável. É, portanto, puramente ideológico, e não científico, o entendimento que faz depender de lei o exercício dos direitos sociais definidos em termos fluídos ou vagos. Muito pelo contrário, partimos da premissa de que como os direitos sociais são frequentemente definidos em termos muito vagos e fluídos, mostra-se inevitável o alto grau de ativismo e criatividade do juiz chamado a interpretá-los”.

ADA PELLEGRINI GRINOVER<sup>545</sup> entende que o Poder Judiciário, ao intervir nas políticas públicas, deve levar em conta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade:

“o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o legislador ou o administrador público pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição. E assim estará apreciando, pelo lado do autor, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público. E, por

---

<sup>544</sup> “A Efetividade...”, artigo citado, pág. 371/372.

<sup>545</sup> “O Controle...”, artigo citado, pág. 137.

parte do Poder Público, a escolha do agente público deve ter sido desarrazoada”.

A tarefa de precisar o exato conteúdo de cada direito social refoge aos objetivos deste trabalho. No entanto, é certo que cada um deles aponta uma utilidade que há de ser fornecida – no mínimo, um núcleo indiscutível - cabendo, no caso concreto, à vista da necessidade social ou do indivíduo, bem assim da razoabilidade da pretensão, estabelecer os lindes do direito em questão.

## **6 - A defesa dos direitos sociais pelo Ministério Público.**

O Ministério Público tem papel essencial na defesa dos direitos sociais, quer eles sejam positivados como direitos subjetivos, quer como normas programáticas ou como garantias institucionais. Segundo EURICO FERRAREZI, para quem o papel do Ministério Público na esfera dos processos coletivos foi e tem sido de extraordinária importância, não obstante não exclusivo:

“A legitimidade da atuação do Ministério Público no tema concernente a políticas públicas decorre da imanente relevância social que apresenta tal matéria, o que fundamenta e exige sua atuação, porquanto se coaduna com o comando normativo previsto no caput do artigo 127 da Constituição Federal”<sup>546</sup>.

MARIA TEREZA SADEK<sup>547</sup> aponta que a Constituição Federal de 1988 consagrou duas mudanças fundamentais: de um lado, consagrou ampla gama de direitos sociais e, de outro, fortaleceu os mecanismos de tutela de direitos.

E o Ministério Público brasileiro mostrou-se à altura da responsabilidade que a Constituição Federal a ele cometeu, atuando diuturnamente na defesa dos direitos sociais.

Esta defesa pode ocorrer por vias distintas: pelo manejo das ações de controle de constitucionalidade, pelo compromisso de ajustamento de conduta, pela

---

<sup>546</sup> “A Responsabilidade do Ministério Público no Controle das Políticas Públicas”, in “O Controle...”, Ob. Cit., pág. 490.

<sup>547</sup> “A Responsabilidade...”, artigo citado, pág. 15.

instauração de inquérito civil, pela utilização da recomendação e pelo ajuizamento das ações previstas no ordenamento processual brasileiro, especialmente a ação civil pública, inclusive a de responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

### **6.1- O Controle de Constitucionalidade.**

O Ministério Público está legitimado para todas as ações de controle concentrado de constitucionalidade.

O ajuizamento de ações com este objeto mostra-se relevante na defesa dos direitos sociais. Ressalte-se que quando a ação não for proposta pelo Ministério Público, este deve officiar na qualidade de fiscal da lei, o que significa que a Instituição está sempre presente nestes feitos.

Como exemplos, tome-se o caso da ação de descumprimento de preceito fundamental n. 101/DF (proposta pelo Presidente da República), na defesa, dentre outros, do direito à saúde. Em face de diversas decisões judiciais nacionais permitindo a importação de pneus usados de países que compõem o MERCOSUL, a ação foi ajuizada e parcialmente acolhida. Dentre outros argumentos, destacou-se que o depósito dos pneus ao ar livre, fomentado pela importação, colocava em risco a saúde da população, por disseminar a propagação de doenças tropicais, sendo legítima e razoável a atuação estatal preventiva, na adoção de políticas públicas que evitem causas de aumento de doenças graves e contagiosas: “Direito à saúde: bem não patrimonial, cuja tutela se impõe de forma inibitória, preventiva, impedindo-se atos de importação de pneus usados, idêntico procedimento adotado pelos Estados desenvolvidos, que deles se livram”.<sup>548</sup>

Tome-se como exemplo, também, a ação direta de inconstitucionalidade proposta no âmbito do Estado de São Paulo pelo Ministério Público, na defesa do direito à educação. Tratava-se de hipótese de lei municipal, de iniciativa parlamentar, cujo art. 1º proibia, nas escolas de primeiro e segundo grau daquele local, “a divulgação ou exibição de qualquer tipo de material que possa induzir a criança ao homossexualismo”. Dentre os inúmeros vícios desta espécie normativa, argumentou-

---

<sup>548</sup> Tribunal Pleno, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julg. 24.06.2009, m.v.

se a existência de afronta ao art. 237 da Constituição Bandeirante<sup>549</sup>, cujo texto remete aos artigos 205 e seguintes da Constituição Federal, que fixam os contornos do direito à educação. Esta ação foi julgada procedente, dentre outras razões porque, segundo consta da ementa do v. acórdão.<sup>550</sup>

“O debate acerca da homofobia e a educação para o respeito e tolerância do indivíduo homossexual estão calcados na própria Constituição do Estado de São Paulo. As tentativas de se subtrair do âmbito escolar a discussão desta questão social viola o art. 237, II e VII, da Constituição do Estado de São Paulo, posto que a educação é dever conjunto do Estado e da família, e não apenas desta”.

Ainda no âmbito do Estado de São Paulo, o Procurador-Geral de Justiça ajuizou ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal que estabelecia critérios que não garantiam a igualdade no acesso à educação infantil, nem obedecia a faixa etária prevista na Carta da República. O fundamento desta ação foi o artigo 237 da Constituição Estadual, cuja gênese está no artigo 205 e seguintes, da Constituição Federal. Esta ação ainda pende de decisão final, mas houve a concessão de medida liminar suspendendo os dispositivos inconstitucionais<sup>551</sup>.

Por fim, anote-se o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão ajuizada no âmbito do Estado de São Paulo, tendo por objeto concurso público promovido pelo Tribunal de Contas Estadual para o preenchimento de cargos de auditor, sem observância da necessidade de reserva de vagas para portadores de necessidades especiais (artigo 115 da Constituição Estadual, que repete o artigo 37, VIII, da Constituição Federal). Esta ação foi julgada

---

<sup>549</sup> “Art. 237 – A educação, ministrada com base nos princípios estabelecidos no artigo 205 e seguintes da Constituição Federal e inspirada nos princípios de liberdade e solidariedade humana, tem por fim: I – a compreensão dos direitos e deveres da pessoa humana, do cidadão, do Estado, da família e dos demais grupos que compõem a comunidade; II – o respeito à dignidade e às liberdades fundamentais da pessoa humana; III – o fortalecimento da unidade nacional e da solidariedade internacional; IV – o desenvolvimento integral da personalidade humana e a sua participação na obra do bem comum; V – o preparo do indivíduo e da sociedade para o domínio dos conhecimentos científicos e tecnológicos que lhes permitam utilizar as possibilidades e vencer as dificuldades do meio, preservando-o; VI – a preservação, difusão e expansão do patrimônio cultural; VII – a condenação a qualquer tratamento desigual por motivo de convicção filosófica, política ou religiosa, bem como a quaisquer preconceitos de classe, raça ou sexo; VIII – o desenvolvimento da capacidade de elaboração e reflexão crítica da realidade.”

<sup>550</sup> TJ-SP, Órgão Especial, ADIN 0296371-62,2011.8.25.0000, Relator Artur Marques, julg. 1º.08.2012, v.u.

<sup>551</sup> TJ-SP, Órgão Especial, ADIN 2074300-11.2014.8.26.0000, Relator Roberto Mortari, decisão de 19 de maio de 2014.

procedente<sup>552</sup>, reconhecendo-se a aplicabilidade das normas de Lei Complementar Estadual n. 683/92 enquanto perdurasse a mora legislativa.

## **6.2 - Inquérito Civil, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação.**

Estes instrumentos, dos quais já se tratou no Capítulo VII, constituem instrumentos inestimáveis na defesa dos direitos sociais.

Quanto ao inquérito civil, segundo a Revista Consultor Jurídico ([HTTP://www.conjur.com.br/2014-set-15](http://www.conjur.com.br/2014-set-15)), dados fornecidos pelo Conselho Nacional do Ministério Público indicam que o número de investigações abertas pelo Ministério Público nos Estados e no Distrito Federal cresceu 50% (cincoenta por cento) no ano de 2013, relativamente ao ano de 2012, passando de 136,3 mil para 204,2 mil. O maior número de investigações, por tema, é o meio ambiente (45.288), a saúde (41.361) e os atos de improbidade administrativa (33.393). A mesma notícia informa que no período foram ajuizadas 25,2 mil ações civis públicas, celebrados 7,2 mil compromissos de ajustamento de conduta, expedidas 6,8 mil recomendações e, finalmente, foram arquivados cerca de 73.000 procedimentos. Estes números indicam a grande operosidade da Instituição na área dos interesses difusos e coletivos<sup>553</sup>.

O inquérito civil pode ter por objeto a repressão ou a prevenção de dano. A sua instauração demanda, à semelhança das Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, § 3º, da Constituição Federal), fato determinado.

Neste passo, cumpre comentar ideia de PAULA FERNANDA VASCONCELOS NAVARRO MURDA<sup>554</sup>, de atuação mais ativa do Ministério Público. Partindo do pressuposto de que a Instituição deve agir, também, preventivamente, ela propugna que a Instituição fiscalize o andamento das licitações e da execução orçamentária. Esta seria, ao ver dela, uma forma de atuação de

---

<sup>552</sup> TJ-SP. Órgão Especial, ADIN n. 164.152-0/0-00, Relator Paulo Travain, julg. 03.06.2009, v.u.

<sup>553</sup> Estes dados foram extraídos da publicação “Ministério Público – Um retrato”, vol. 3, dados de 2013, ano 2014, edição do Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília, 2014.

<sup>554</sup> “O controle judicial e o papel das funções essenciais à Justiça para a efetivação das políticas públicas”. Dissertação apresentada em 2012 no programa de MESTRADO da PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO, pág. 158/160.

ofício, “para investigar as raízes da corrupção e do desvio de verbas públicas mediante a fiscalização da implementação do orçamento e do processo licitatório”. Ela parte da lição de FÁBIO KONDER COMPARATO<sup>555</sup>, defendendo que a Instituição tenha uma atuação administrativa mais contundente, acompanhando a efetivação dos programas previstos no orçamento, com a cobrança para que o poder público cumpra aquilo a que se comprometeu, “sem desvio de verbas para finalidades secundária do Estado ou, mesmo, desvio criminoso de dinheiro público”. No que diz respeito ao acompanhamento dos procedimentos licitatórios, propõe o acompanhamento desde a publicidade dos editais lançados pelo poder público até a efetiva contratação da empresa.

Esta ideia, no entanto, não pode ser aceita a partir da distinção entre atuação preventiva da auditoria.

Atuação preventiva acontece quando determinado direito esteja na iminência de sofrer lesão.

A auditoria, por outro lado, constitui fiscalização permanente, independentemente da iminência ou não de lesão. Trata-se de um exame sistemático das atividades desenvolvidas, com o objetivo de averiguar se elas estão de acordo com as disposições legais.

Como sabido, o Ministério Público, quando instaura inquérito civil, parte de um fato para o seu Autor. A auditoria, de outra parte, parte do Autor para o fato, vale dizer, consiste em fiscalização independentemente da notícia de fato concreto.

Não é possível que, em um Estado Democrático de Direito possa o Estado – leia-se, o Ministério Público – colocar-se a investigar fatos que não sejam determinados, vale dizer, a possível ocorrência de irregularidades em licitação ou da

---

<sup>555</sup> “O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”. In Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. Organizadores: Sérgio Sérulo da Cunha e Eros Roberto Grau. São Paulo: Malheiros, 2001, pág. 254. O Autor, com fundamento em Montesquieu (que enxergava a necessidade de distinguir entre as funções estatais de estatuir – consistente em baixar normas gerais ou ordens específicas - e impedir – vetar uma decisão tomada por qualquer dos outros órgãos) afirma que o Ministério Público exerce, de certo modo, este poder impediante. Com base nele, o Ministério Público deveria fiscalizar a confecção e execução do orçamento, especialmente no que diz respeito às verbas destinadas à concretização dos direitos sociais. Deveria, também, solicitar mais auditorias ao Tribunal de Contas, agindo em conjunto com ele nesta fiscalização, cabendo ação civil pública “quer se trate da não-inclusão ou inadequada previsão, nos orçamentos, das verbas correspondentes às políticas de atendimento dos direitos fundamentais, quer se esteja diante de um desvio de despesa, ou da não-liberação de verbas no curso do exercício financeiro”.

elaboração e execução do orçamento. Bem por isto, o Conselho Nacional do Ministério Público, ao regular o inquérito civil<sup>556</sup>, determina, em seu art. 1º, que ele será instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público, vale dizer, fato determinado que, nos termos do art. 4º, I, deve estar descrito. HUGO NIGRO MAZZILLI<sup>557</sup> também entende que o inquérito civil deve ser instaurado para a apuração de fato determinado, anotando, no entanto, que “como o princípio da tipicidade é norma aberta na área civil, pode também se destinar a investigar um estado de coisas ou uma situação permanente, ainda que não, exatamente, um único fato determinado.”

Por isto, sem a existência de um fato que possa ao menos colocar em risco os direitos que o Ministério Público deve proteger, não é dado a este iniciar investigação. E, por falta de competência, proceder a fiscalização, que incumbe aos órgãos internos e externos de controle.

Assim, não se pode falar na atuação do Ministério Público no acompanhamento de licitações.

O mesmo deve ser dito acerca da execução orçamentária, cujo acompanhamento incumbe aos órgãos internos e externos de controle.

Assim, discordamos desta sugestão, cuja implementação escaparia do papel constitucional reservado ao Ministério Público.

Isto não significa que a Instituição não deva agir quando, no âmbito de qualquer licitação, ou da execução orçamentária, apareça notícia de alguma irregularidade.

Para tanto, mostra-se útil o estreitamento de laços com os diversos Conselhos Municipais e Estaduais, que podem levar ao Ministério Público notícia de eventual irregularidade a partir da qual é possível iniciar investigação. Também é útil verificar o adequado cumprimento da Lei de Acesso à Informação<sup>558</sup> e de qualquer outro dispositivo constitucional ou legal que tenha o objetivo de prestar informações

---

<sup>556</sup> Resolução n. 23, de 17 de setembro de 2007.

<sup>557</sup> “A Defesa ...”, ob cit, pág. 449.

<sup>558</sup> Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Registre-se que o art. 21 desta Lei dispõe que não pode ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais. Ainda digna de menção é o dispositivo constante do art. 32, § 2º, que dispõe que as condutas ilícitas previstas no “caput” constituem improbidade administrativa (Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992).

aos indivíduos, habilitando-os à fiscalização que pode conter o Poder Público na legalidade. Igualmente útil é a realização de audiências públicas<sup>559</sup>, nas quais podem ser colhidas notícias de irregularidades.

Em suma, o Ministério Público deve abrir-se totalmente ao recebimento de notícias de irregularidades, mantendo estreitos laços com as demais Instituições e com a sociedade civil. Deve, também, colaborar com a organização da sociedade civil no sentido de habilitá-la à adequada fiscalização do Poder Público.

Fique claro que não se defende que o Ministério Público atue, apenas, a partir de notícias de irregularidades que a ele cheguem. Ao contrário, é indisputável que o Ministério Público pode e deve agir de ofício, iniciando investigação a partir da ciência de fato que possa ser objeto de ação civil pública. No entanto, isto não significa que o Ministério público tenha a competência para simples fiscalização, vale dizer, auditoria.

Quanto ao compromisso de ajustamento de conduta, ressalte-se que ele constitui valioso instrumento para a concretização dos direitos sociais. Considerado como uma alternativa extrajudicial para a solução de conflitos, ele permite que o infrator faça a adequação da sua conduta às exigências do ordenamento jurídico.

O compromisso de ajustamento de conduta, além de solucionar o problema de forma mais rápida, permite a abertura de diálogo com os infratores e a sua mobilização para o enfrentamento e resolução da questão.

Nem sempre, todavia, o compromisso de ajustamento de conduta é cumprido ou, ao menos, inteiramente cumprido. Ainda assim, sua valia é incontestável, quer porque o descumprimento não é a regra, quer porque, no caso de mora, o compromisso tem valor de título executivo extrajudicial (art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85), comportando execução na qual a existência e os limites da obrigação não comportam discussão.

Exemplo de hipótese como esta é o compromisso de ajustamento de conduta celebrado entre o Ministério Público de São Paulo e o Município de São Paulo objetivando, na defesa do direito à integridade física e moradia dos administrados, que fossem removidas famílias estabelecidas em determinada área, considerada de

---

<sup>559</sup> A possibilidade de promover audiência pública está prevista na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, art. 27, parágrafo único, IV).

risco. Descumprido o compromisso, a questão foi levada a Juízo e acabou sendo decidida pelo Supremo Tribunal Federal<sup>560</sup>, que, afirmando que não obstante o Poder Judiciário possa, em situações excepcionais, determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes, decidiu que no caso concreto esta questão não se colocava já que o próprio Município havia se obrigado a tanto, cuidando-se, tão-somente, da execução daquelas obrigações.

Constata-se, portanto, que as demais objeções que podem ser levantadas à concretização dos direitos sociais resultam indiscutíveis a partir da celebração de compromisso de ajustamento de conduta com o Poder Público.

Nesta linha, de grande importância o compromisso de ajustamento de conduta firmado em 28 de abril de 2011 pelo Município de Votorantim junto ao Ministério Público do Estado de São Paulo, objetivando a criação de núcleo de atendimento à mulher vítima de violência doméstica e seus filhos. Em tal ajuste restou estabelecido que referido núcleo seria criado em local adequado e autônomo e deveria contar, no mínimo, com sala de espera, quartos para abrigo, espaço para cursos e salas individualizadas para o atendimento, além de veículo da frota municipal em perfeitas condições de uso e segurança para utilização preferencial no atendimento das ocorrências urgentes.

Também se mostra de extrema valia a utilização da recomendação, que tem o condão de informar ao agente público da necessidade da adoção de políticas adequadas para a satisfação de direitos sociais bem como esclarecer as conseqüências que podem advir da permanência da omissão ou da irregularidade.

A utilidade da recomendação é clara, ainda, ao deixar extirpadas as dúvidas o dolo do agente na ação irregular ou na omissão que acarrete prejuízo a direitos sociais.

A falta de vinculatividade não retira da recomendação a sua importância. A uma, porque se presume que o agente público está de boa-fé e estudará o teor da recomendação e, a duas, porque ainda que não esteja, tem a obrigação de dar

---

<sup>560</sup> 1ª. Turma, AgReg no Agravo de Instrumento 708.667-SP, Relator Ministro Dias Toffoli, julg. 28.02.2012, v.u.

publicidade ao ato e responder por escrito. E, sem dúvida, ficará vinculado aos motivos expostos.

### 6.3 - Ação civil pública.

O Ministério Público, no desenho constitucional de 1988, vem sendo o ator principal na judicialização dos direitos sociais<sup>561</sup>, com o ajuizamento de inúmeras ações civis públicas que objetivavam compelir o Poder Público a cumprir o ordenamento jurídico. Não se perca de vista, todavia, que qualquer outra ação cuja legitimidade ativa seja conferida ao Ministério Público pode ser utilizada para a defesa dos direitos sociais.

Do ponto de vista do direito processual, HERMES ZANETI JÚNIOR<sup>562</sup> afirma:

“Excetuando alguns casos, todos os processualistas que escreveram sobre o tema reconhecem que os instrumentos postos à disposição do Direito no Brasil são capazes e eficientes para permitir a intervenção judicial nas políticas públicas, não se jungindo a questão na admissibilidade, mas na condução probatória e na adequação dos instrumentos às finalidades propostas”.

ADA PELLEGRINI GRINOVER<sup>563</sup>, invocando o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, que se aplica a todos os interesses difusos e coletivos, por força do artigo 90 do mesmo Estatuto e do artigo 21 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, afirma que o legislador, na linha do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previu mecanismo para a defesa de todos os direitos previstos no sistema.

Assim, ao lado das ações individuais – quando em pauta direito subjetivo – a principal via processual de controle das políticas públicas é a ação civil pública, a cargo de alguns legitimados, dentre eles, sempre, o Ministério Público.

---

<sup>561</sup> LUÍS ROBERTO BARROSO (“Judicialização...”, artigo citado, pág. 3) aponta que uma das grandes causas da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Ao lado do fortalecimento da Magistratura, aponta a “expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal”.

<sup>562</sup> “A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia”, in O Controle Judicial das Políticas Públicas, Ob. Cit., pág. 55

<sup>563</sup> “O Controle...”, artigo citado, pág. 144.

REYNALDO MAPELLI JÚNIOR, MÁRIO COIMBRA E YOLANDA ALVES PINTO SERRANO DE MATOS<sup>564</sup>, referindo-se ao direito à saúde, entendem que a omissão da administração na efetivação de política pública legitima o Ministério Público a agir extraprocessual e processualmente na defesa de tal interesse.

As ações propostas pelo Ministério Público podem ter o objeto de satisfazer direitos subjetivos (como o direito à saúde de pessoa determinada ou obtenção de vagas em creches) ou direitos coletivos ou difusos.

No que diz respeito a direitos subjetivos, em especial com relação à educação fundamental, DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR<sup>565</sup> afirma a legitimidade do titular do direito subjetivo, e acrescenta:

“Também pode – e nesse caso até deve – o Ministério Público, dado o interesse coletivo aí envolvido, propor ação civil pública, logo após constatar, em inquérito civil, o descumprimento estatal do dever de assegurar o ensino fundamental gratuito”.

Na realidade, a legitimidade do Ministério Público para a defesa de direito subjetivo não encontra óbice quando se trata de criança, de adolescente ou de idoso. Nestes casos, o ordenamento infraconstitucional prevê, de forma expressa, a legitimidade<sup>566</sup>.

Mesmo em casos em que não esteja expressa, é inegável a legitimidade, para o ajuizamento de ação civil pública, do Ministério Público, a quem cabe a defesa de interesses indisponíveis (art.127, “caput”, da Constituição Federal)<sup>567</sup>.

Mas, como se afirmou, nem sempre o direito social é positivado como direito subjetivo. Por vezes a sua positivação ocorre por intermédio de normas programáticas ou, ainda, de garantias institucionais.

---

<sup>564</sup> Direito Sanitário. São Paulo: Ministério Público, Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cível e de Tutela Coletiva, 2012, pág. 62.

<sup>565</sup> “A Efetividade...”, artigo citado, pág. 380/381.

<sup>566</sup> Quanto à criança e adolescente, art. 201, v do Estatuto da Criança e Adolescente – Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990; quanto ao idoso, art. 74, I do Estatuto do Idoso – Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

<sup>567</sup> O Superior Tribunal de Justiça afirma esta legitimidade. Dentre outros, ver: 2ª. Turma, REsp 1365202/MG, Rel. Min. Og Fernandes, julg. 01.04.2014, v.u; 2ª Turma, REsp 1410520/MH, Rel. Min. Eliana Calmon, julg. 03.12.2013, v.u; 2ª. Turma, REsp 94785/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julg. 04.06.2013, v.u

Nestes casos, embora não exista direito subjetivo, não há como fugir da conclusão de que a sociedade é titular do direito de ver as políticas públicas executadas.

Trata-se, inequivocamente, de interesse difuso (vale lembrar este conceito, remetendo o leitor ao Capítulo VII) devendo a pretensão ser judicializada pela via coletiva, por intermédio de qualquer dos legitimados, inclusive pelo Ministério Público.

MOTAURI CIOCHETTI DE SOUZA<sup>568</sup>, tratando do direito à educação, afirma:

“o sistema da ação civil pública é o grande instrumento de tutela dos princípios constitucionais e legais relativos à educação, vez que seu uso não está limitado à assecuração dos direitos consagrados pelo art. 208 da Magna Carta, podendo tratar de qualquer matéria, inclusive, como citado, da correta aplicação dos recursos mínimos obrigatórios, advindos do art. 212 do Texto Maior.”

Cumprе retomar, aqui, a afirmação de que um direito social pode ser positivado por mais de uma forma. É o que acontece com o direito à educação, que a Constituição Federal declara ser direito público subjetivo, no que respeita ao ensino obrigatório (art. 208, § 1º), importando responsabilidade da autoridade competente a sua não oferta ou a oferta irregular. Além disto, a Constituição Federal prevê a obrigatoriedade de aplicação mínima da receita de impostos na educação (art. 212), sendo esta vinculação, nos dizeres de VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR<sup>569</sup>, uma garantia institucional.

Embora esta garantia não seja titularizada por pessoa determinada, é evidente que a sociedade tem direito a que seja observada. Trata-se de hipótese clara de interesse difuso, cujo não atendimento pode dar ensejo ao ajuizamento de ação civil pública.

Também constitui interesse difuso o funcionamento do sistema de educação, tal como previsto na Constituição Federal.

Na formação dos Conselhos, o Superior Tribunal de Justiça, para decidir acerca da competência para julgamento, admitiu o manejo da ação civil pública pelo

---

<sup>568</sup> Direito Educacional. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, pág. 134.

<sup>569</sup> “A Cidadania Social...”, Ob. Cit., pág. 143.

Ministério Público para cassar mandato de integrante do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, visto que, na hipótese, o Parquet “objetivou tutelar o adequado funcionamento e a regular composição do órgão municipal que – previsto no art. 88, inciso II, do ECA – é responsável pelo estabelecimento da política de atendimento das crianças e adolescentes<sup>570</sup>”.

Aponte-se a existência de mandado de segurança ajuizado pelo Ministério Público contra ato da Presidência do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente para a realização de nova eleição que observe os ditames constitucionais e legais. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>571</sup> confirmou sentença concessiva da ordem, com fundamento no art. 204, II, da Constituição Federal, garantindo a participação da sociedade civil no Colegiado.

Visível, nestes casos em que o objeto da defesa foi o correto funcionamento dos órgãos incumbidos da proteção da infância e juventude, a defesa de garantia institucional.

Assim, tanto as normas programáticas que prevêm direitos sociais, tanto como aquelas que prevêm garantias institucionais, podem não ter força normativa suficiente para gerar direitos subjetivos (se além do mínimo existencial). Mas tem a força para o reconhecimento de direito difuso, especialmente quando caracterizada omissão estatal.

Outros casos, ainda neste tema, merecem menção.

O Ministério Público do Estado do Paraná ajuizou ação civil pública afirmando ofensa do Estado ao direito à segurança, que deveria ser restabelecido com o provimento de cargos no quadro dos servidores da Secretaria da Segurança Pública, construção de cadeia, delegacia de polícia, assim como compra de veículos, armamentos e munições. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná decretou a carência da ação porquanto entendeu inviável ordem judicial direcionada à contratação de pessoal, realização de obras e aquisição de material. Houve recurso e o Supremo Tribunal Federal<sup>572</sup> afastou a carência e negou provimento ao agravo

---

<sup>570</sup> 2ª. Turma, REsp 557117/SP, Relator Ministro Castro Meira, julg. 04.05.2006, v.u.

<sup>571</sup> Câmara Especial, Apel/Reexame Necessário n. 0017647-34.2012.8.26.0019, Relator Marcelo Gordo, julg. 18.02.2013, v.u.

<sup>572</sup> 2ª. Turma, AgReg no Recurso Extraordinário 367.432-PR, Relator Eros Grau, julg. 20.04.2010, v.u.

regimental interposto. Consta da ementa, depois da afirmação da legitimidade do Ministério Público:

“O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, como 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”.

Por outro lado, registre-se que o Poder Judiciário vem se mostrando receptivo quanto às ações civis públicas propostas pelo Ministério Público nas áreas da saúde e da educação, quando visem ao fornecimento de prestações. No entanto, não se mostra da mesma forma receptivo quando em questão a qualidade na educação e os demais direitos sociais.

Não obstante a jurisprudência seja pacífica no que diz respeito à obrigação de serem disponibilizadas vagas para o ensino infantil, afastando-se os usuais limites aos direitos sociais, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não afasta estes mesmos limites à concretização quando em discussão a qualidade do serviço educacional. Assim é que manteve sentença de improcedência de pedido formulado em ação civil pública para a instalação de áreas de recreação com brinquedos adequados em todos os equipamentos de educação infantil delas desprovidos, bem como a reforma das unidades de ensino que já oferecem espaços lúdicos, anotando que a reforma da sentença:

“(…) importaria interferência ilegítima do Poder Judiciário nos atos de gestão *interna corporis* da Pessoa Política. Prerrogativa do município avaliar a viabilidade material, conveniência e oportunidade para estabelecer suas prioridades administrativas e a forma de cumprimento das obrigações sociais decorrentes da Constituição da República”.<sup>573</sup>

Consta deste julgado:

---

<sup>573</sup> Apel. n. 0063949-38.2012.8.26.0564, Relator Camargo Aranha Filho, julg. 08.09.2014, v.u.

“O direito de ação deve ser exercido com razoabilidade. O artigo 335 do Código de Processo Civil autoriza prognósticos a respeito das eventuais consequências de determinações no mesmo sentido da petição inicial: outros serviços públicos poderiam ficar de tal sorte comprometidos, do que decorre ser de melhor tom manter-se em mãos do Administrador o poder de elaborar os próprios programas de governo (...)”.

Esta afirmação traz à tona a questão da razoabilidade da pretensão veiculada por ação civil pública.

Não se pode negar que compete ao Ministério Público avaliar a razoabilidade da pretensão que deduz em juízo. De outra parte, também não se pode negar que a razoabilidade não é um critério objetivo e depende da experiência de cada um.

Assim, se ao Autor da ação parecer razoável o pedido, deve judicializar a pretensão, sem receio de que o Poder Judiciário faça avaliação diversa. Afinal, é recente no Brasil a judicialização dos direitos sociais e, o que no passado poderia ser considerado não razoável, atualmente pode receber outra interpretação.

Voltando aos demais direitos sociais, reitere-se a oscilação da jurisprudência a respeito do tema.

No que diz respeito ao direito à moradia, houve o ajuizamento de ação civil pública pleiteando a concessão de medida liminar para que o Município removesse famílias ocupantes de prédios sujeitos a risco e o alojamento delas em abrigo temporário adequado, que preserve o núcleo familiar, ou outro tipo de atendimento habitacional. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve decisão de indeferimento, fundamentando a negativa na impossibilidade de o Poder Judiciário imiscuir-se na atividade discricionária da Administração Pública, acrescentando que decisões tomadas singularmente poderiam gerar violação ao princípio da isonomia e dignidade da pessoa humana, já que, “invariavelmente, preterirá pessoas em situações semelhantes ou até piores, não abrangidas pela determinação judicial”<sup>574</sup>. No entanto, outro órgão fracionário do mesmo Tribunal, também em feito no qual era pedida, liminarmente, a remoção e alojamento de pessoas residentes em área de

---

<sup>574</sup> 5ª. Câ. Dir. Públ, Agravo de Instrumento n. 2026155-21.2014.8.26.0000, Relator Marcelo Berthe, julg. 21.07.2014, v.u.

risco, manteve a decisão que acolheu o pedido, embora tenha alterado o prazo de cumprimento da obrigação, considerado exíguo no caso concreto.<sup>575</sup>

Em outra linha de considerações, merece destaque a questão de ser relevante, ou não, que o Ministério Público, nas ações civis públicas que propõe, demonstre que a pretensão colocada está inserida no denominado mínimo existencial. Esta demonstração não é necessária, visto que a constatação de que a pretensão encontra-se situada nos limites do mínimo existencial resulta do exame do pedido. Se, por exemplo, pede-se o fornecimento de medicamento para o combate da diabetes, será inequívoco que esta prestação está inserida no mínimo existencial. No entanto, se o que se pede é que o medicamento seja ministrado de forma a, apenas, dar maior conforto ao paciente, claro que não se está diante de prestação integrante do mínimo existencial.

Outra questão a ser abordada é a importância de ser demonstrado, nas ações propostas, a existência de verba suficiente para o atendimento do pedido, facilitando ao Poder Judiciário a tarefa de deferir a tutela pretendida.

Tem-se que não é necessária esta demonstração, à vista das considerações realizadas quanto aos limites do direito social, especialmente quanto à exata dimensão da reserva do possível. Em outras palavras, se a disponibilidade orçamentária não constitui óbice ao atendimento da pretensão, não há motivo para demonstrar que esta disponibilidade existe.

Por fim, anote-se que nesta defesa, mostra-se especialmente útil o manejo da ação de improbidade administrativa.

### **6.3.1 - Improbidade administrativa.**

ADA PELLEGRINI GRINOVER<sup>576</sup> entende que, emitida uma ordem pelo Poder Judiciário, o seu cumprimento é indispensável. Na hipótese de descumprimento, dentre outras conseqüências, aponta que restará configurado ato de improbidade administrativa, previsto no art. 11, II, da Lei n. 8.429/92:

---

<sup>575</sup> 12ª. Câmara. Dir. Públ, Agravo de Instrumento n. 2059622-88.2014.8.26.0000, Relator Venício Salles, data do julgamento não informada, v.u.

<sup>576</sup> “O Controle...”, artigo citado, pág. 140/141.

“Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (...) II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.

Impossível não concordar com esta afirmação.

No entanto, além desta, há outra hipótese de improbidade administrativa na área de políticas públicas: quando não há a sua implementação.

Com efeito, a adoção de políticas públicas para a satisfação de direito social não é simples faculdade do gestor. Ao contrário, é obrigação, cujo descumprimento ofende os princípios que regem a Administração Pública.

Nesta linha, o Superior Tribunal de Justiça manteve acórdão do Estado de São Paulo no qual houve condenação por ato de improbidade administrativa de Prefeito por ausência de política pública municipal destinada a dar efetividade à atuação do Conselho Tutelar “(falta de veículos, computadores, telefones, fax, copiadora, ventiladores, armário, binas, secretária, ajudante e de adiantamento de despesas rotineiras e extraordinárias)”. Baseou-se no fato de o acórdão recorrido ter narrado omissão dolosa e incúria no trato da coisa pública, arcabouço fático insuscetível de revisão<sup>577</sup>

Claro que nem todo descumprimento pode acarretar a prática de improbidade administrativa. Isto porque é assente na doutrina e na jurisprudência que para a caracterização do ilícito é indispensável a existência de dolo, ainda que genérico.

Para a constatação do dolo, é útil o instituto da recomendação, alertando o Poder Público da necessidade de instituir determinada política pública, ainda que em patamar modesto.

VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR<sup>578</sup> também entende que a violação das garantias institucionais, além de poder configurar crime de responsabilidade, pode acarretar responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

---

<sup>577</sup> 2ª. Turma, AgRg no AREsp 159858/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, julg. 21.02.2013, v.u)

<sup>578</sup> “A Cidadania Social...”, pág. 144.

Vê-se, portanto, que o Ministério Público conta com instrumentos suficientes para a concretização dos direitos sociais, além de ferramentas para a imposição de sanções aos agentes públicos faltosos.

De outra parte, é inegável que a toda a atuação do Ministério Público na defesa da probidade administrativa traz como consequência a defesa dos direitos sociais, na medida em que a verba que escaparia pelo ralo da corrupção pode ser empregada na satisfação das necessidades sociais.

Por fim, a atuação do Ministério Público na defesa dos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal é importante neste tema. Com efeito, o art. 73-A da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), dispõe que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato pode denunciar ao Tribunal de Contas ou ao Ministério Público o descumprimento da lei<sup>579</sup>. E, com o escopo de garantir a aplicação desta Lei, o seu art. 73 declara que a infração a qualquer de seus dispositivos deve ser punida, dentre outras, pela Lei de Improbidade Administrativa.

A relação entre a Lei de Responsabilidade Fiscal e a concretização dos direitos sociais foi muito bem colocada por GILMAR MENDES<sup>580</sup>, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, quando ainda exercia o cargo de Advogado Geral da União:

“Além de a responsabilidade fiscal cumprir o papel de proporcionar recursos de imediato a fim de que o Estado realize as funções a que constitucionalmente está vinculado, busca controlar a situação orçamentária a fim de não comprometer nem o futuro imediato, muito menos o futuro mais distante. (...) A alocação de recursos públicos através do equilíbrio orçamentário também se mostra indispensável para que as gerações futuras não sejam privadas de políticas públicas propostas para serem minimamente efetivas, por falta de disponibilização orçamentária suficiente. Isto leva a crer que um dos objetivos da ideia de responsabilidade fiscal é preservar a capacidade de financiamento de políticas públicas para as futuras gerações”.

---

<sup>579</sup> E, com fundamento no direito constitucional de representação, também qualquer pessoa física.

<sup>580</sup> “Lei de Responsabilidade Fiscal, Correlação entre Metas e Riscos Fiscais e o Impacto dos Déficits Públicos para as Gerações Futuras”. Disponível em <http://WWW.agu.gov.br/Page/download/index/id/892366>. Acesso em 20. out. 2014.

Nesta seara, são várias as ações civis públicas propostas pelo Ministério Público buscando a responsabilização do gestor público por ato de improbidade administrativa decorrente do descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Em síntese, o Ministério Público deve agir tanto na concretização dos direitos sociais, como na seara do combate à corrupção e ao desequilíbrio fiscal, buscando que os recursos públicos sejam efetivamente aplicados para que o Brasil atinja os seus objetivos fundamentais estabelecidos no art. 3º da Carta da República.

## CONCLUSÕES

O princípio da igualdade constitui um dos pilares do ordenamento jurídico.

O conteúdo do princípio da igualdade sofreu modificações no correr da história. De um conceito passivo, insuficiente para atender a todos os integrantes da sociedade, passou-se a um conceito que incorporava, em seu bojo, as condições econômicas, sociais, culturais e históricas de cada indivíduo, estabelecendo distinções que propiciam a igualdade real.

O conteúdo jurídico do princípio da igualdade significa que nenhum fator objetivo pode ser escolhido arbitrariamente para a desequiparação. O requisitos da diferenciação devem ser: o elemento tomado para a discriminação, a correlação lógica abstrata entre ele e a disparidade de tratamento e, ainda, a correlação concreta com os demais interesses protegidos pelo sistema constitucional. Além disto, as desequiparações não podem atingir, de modo atual e absoluto, indivíduos determinados.

O princípio da igualdade não é apenas um princípio do Estado de Direito, mas também do Estado Social, devendo ser entendido como um princípio de justiça social. Abandonou-se a concepção da igualdade do ponto de vista formal, devendo ser entendida como igualdade de oportunidades. Daí porque o princípio da igualdade fundamenta a adoção de ações afirmativas e está na gênese dos direitos sociais.

A Constituição Federal de 1988 prestigiou o princípio da igualdade, prevendo-o, de forma inovadora, já no “caput” do art. 5º. O mesmo princípio é reiterado em outras disposições constitucionais, ressaltando-se que a Carta da República também contempla exceções.

O ordenamento infraconstitucional brasileiro prevê inúmeras ações afirmativas e os Tribunais Superiores vem prestigiando estas ações.

A igualdade deve ser aferida com relação à dignidade da pessoa humana, que constitui um dos fundamentos da República (art. 1º, III, da Constituição Federal).

A dignidade da pessoa humana constitui conceito jurídico indeterminado e varia segundo os elementos sociais, culturais, econômicos e jurídicos, assim como às condições de tempo e espaço.

A dignidade da pessoa humana abrange todas as consequências de se considerar o ser humano igual a qualquer outro ser humano na dimensão da concretização máxima de todos os direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana tem, como elementos centrais, a autonomia e o direito de autodeterminação, não sendo possível desconsiderar a dimensão instrumental, consistente na possibilidade real de participação ativa de todos, com a inevitável necessidade de promoção da defesa dos direitos fundamentais. Logo, possui dimensão dúplice.

A ideia de ações afirmativas - cuja expressão é a *Civil Rights Act* of 1964 (Lei de Direitos Civis) dos Estados Unidos teve início no começo da década de 1960 e, no direito brasileiro, encontrou campo fértil na Constituição Federal de 1988.

Ações afirmativas são medidas especiais tomadas com o objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos histórica, cultural ou socialmente prejudicados. O seu objetivo é assegurar a igualdade real. A ação afirmativa constitui forma jurídica de superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.

As ações afirmativas, quando previstas na Constituição Federal, não se submetem ao exame, pelo intérprete, da correlação lógica entre o elemento diferencial e a distinção de regime jurídico. Quando previstas no ordenamento infraconstitucional, este exame é necessário.

São requisitos de validade das ações afirmativas a objetividade, a proporcionalidade, a adequação ou razoabilidade, a finalidade e a temporariedade.

As ações afirmativas podem ser implantadas por técnicas diversas, tais como o estabelecimento de preferências e a reserva de cotas.

A legislação brasileira, bem assim a jurisprudência dos Tribunais Superiores, vem prestigiando as ações afirmativas.

O Iluminismo constituiu fator para a Revolução Francesa e a instituição do Estado Liberal, com o reconhecimento de direitos fundamentais em face do Estado, objetivando que este não adentrasse na esfera inviolável do indivíduo.

A Revolução Industrial foi responsável pela alteração da compreensão do papel do Estado, a quem foi atribuída função de, não apenas de não violar os direitos dos indivíduos, mas de fornecer a eles prestações, com o objetivo de assegurar a efetiva igualdade.

Os direitos humanos e os direitos fundamentais tem o mesmo objeto e finalidade. Diferenciam-se em razão da função que cumprem no sistema. Os direitos humanos estão previstos em tratados internacionais e os direitos fundamentais nas ordens internas de cada Estado.

Os direitos humanos tem a função de servir de fundamento para a consagração dos direitos fundamentais em cada Estado, além de ter a função de deslocar a questão para a ordem internacional quando for verificada a insuficiência do Estado na sua proteção.

Os direitos fundamentais constituem categoria própria de direitos, sendo inerentes à condição humana. Inicialmente foram concebidos como forma de defesa do indivíduo contra o Estado. A função dos direitos fundamentais é a de defesa da pessoa humana. Além disto, tem a função de prestação social, vale dizer, o direito de o indivíduo exigir prestações do Estado. Tem, também, a função de proteção contra terceiros e de não-discriminação.

Os direitos sociais tem as seguintes características: historicidade, universalidade, autogeneratividade, irrenunciabilidade e a possibilidade de concorrência. Também tem as características de irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade.

Os direitos fundamentais evoluíram em dimensões: a primeira correspondeu ao produto do pensamento liberal, do qual decorreram os direitos de defesa; a segunda decorreu da necessidade de o Estado fornecer prestações aos indivíduos, de forma a garantir igualdade real; a terceira dimensão são os direitos de fraternidade ou de solidariedade.

Os direitos sociais são, em sua essência, direitos fundamentais, e compartilham com estes todas as suas características.

Não é possível encontrar fundamento único para os direitos sociais, à vista da diversidade de cada um deles.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu inúmeros direitos sociais, bem como previu a existência de vários instrumentos para a sua defesa.

Os direitos sociais devem ser interpretados à luz da dignidade da pessoa humana e do princípio da igualdade.

Os direitos sociais também constituem cláusula pétrea.

A proibição de retrocesso, decorrente do princípio da segurança jurídica, significa a impossibilidade de restringir ou suprimir direitos sociais já conquistados.

O desafio atual quanto aos direitos sociais é o de sua concretização.

Os direitos sociais, quando implicam prestação do Estado, implica custos por vezes altos. Não obstante, exigem uma administração eficiente, de forma a não desperdiçar os recursos públicos, além de luta intransigente contra a corrupção.

Os estudiosos apontam que os direitos sociais tem limites: aqueles decorrentes de ponderação no caso concreto, a separação de poderes, a discricionariedade administrativa e a teoria da reserva do possível.

A separação de poderes, teoria desenvolvida por Montesquieu, não constitui óbice à concretização dos direitos sociais, uma vez que no âmbito desta teoria está a ideia de controle de um Poder pelo outro. Assim, o Poder Judiciário, fundado na cláusula constitucional da inafastabilidade da jurisdição, pode corrigir eventuais omissões ou incorreções dos demais Poderes, sem que seja necessário alterar o conteúdo deste princípio.

A discricionariedade administrativa sempre foi concebida como espaço de decisão traçado pela lei e não pode ser invocada para justificar o seu não cumprimento.

A teoria da reserva do possível, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão, significa que a pretensão do indivíduo frente ao Estado deve ser razoável, não significando que os direitos sociais só devam ser concretizados caso existam recursos financeiros e orçamentários.

O Ministério Público, no Brasil, mercê de sua credibilidade decorrente dos trabalhos desenvolvidos ao longo da história, ganhou relevo na Constituição Federal de 1988.

A Carta da República afirma que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Ao Ministério Público foi conferida a atribuição própria do “ombudsman”, além de funções que permitem a defesa dos direitos sociais. Dentre estas funções, devem ser mencionadas a possibilidade de instaurar inquérito civil e de ajuizar ação civil pública para a defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo, tudo sem prejuízo do exercício de qualquer outra função, desde que compatível com a sua finalidade.

A ação civil pública constitui instrumento para a defesa dos direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos e, nos casos em que a lei prevê, dos direitos individuais indisponíveis, sendo importante veículo de acesso à Justiça e para a concretização dos direitos sociais.

O Ministério Público está legitimado para a ação civil pública, podendo, também, instaurar inquérito civil para a apuração de lesão ou ameaça de lesão aos direitos sociais.

O inquérito civil é um procedimento administrativo, presidido pelo Ministério Público, sendo facultativa a sua instauração, Não está sujeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A recomendação tem a característica de aviso ou de comunicação, sem caráter vinculante, e poderá ser expedida pelo Ministério Público em inquéritos civis ou fora deles, sempre que os fatos estejam devidamente apurados. Não é obrigatório o seu atendimento, mas a autoridade deverá fazer divulgação imediata e adequada e respondê-la por escrito.

O compromisso de ajustamento de conduta constitui importante forma de solução de conflitos, notadamente em matéria de direitos sociais.

Os direitos sociais podem ser positivados de formas diversas e, por vezes, por mais de uma forma.

Os direitos sociais podem ser positivados como direitos subjetivos, no bojo de normas programáticas, como garantias institucionais, como cláusulas que limitam o poder econômico e como normas que conformam determinados institutos jurídicos.

Os direitos sociais são concretizados pelo Estado por intermédio de políticas públicas, que podem ser objeto de controle pelo Poder Judiciário.

Independentemente da forma como positivados, os direitos sociais são justiciáveis.

A afirmada indeterminação de certo direito social não retira a sua justiciabilidade.

Quanto positivados como direitos subjetivos, podem ser pleiteados judicialmente pelos interessados ou pelo Ministério Público.

Quando positivados em normas programáticas ou como garantias institucionais, podem ser objeto de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público.

As ações de controle concentrado de constitucionalidade constituem sede para a defesa dos direitos sociais. Quando a ação não for proposta pelo Ministério Público, este deve participar como fiscal da lei.

É grande a operosidade do Ministério Público na área dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O inquérito civil é instrumento adequado para investigar fato que possa ser objeto de ação civil pública para reparação ou prevenção de lesão aos direitos cuja proteção está a cargo do Ministério Público.

A Instituição pode agir de ofício ou mediante provocação.

A instauração de inquérito civil demanda, à semelhança das Comissões Parlamentares de Inquérito, fato determinado. Não cabe ao Ministério Público realizar fiscalizações independentemente da existência de notícia de fato específico a esclarecer, havendo que se distinguir a ação preventiva – sempre possível, e que ocorre quando determinado direito esteja na iminência de sofrer lesão – e a simples auditoria.

Cabendo ao Ministério Público agir de ofício, mostra-se útil o estreitamento de laços da Instituição com os diversos Conselhos Municipais e Estaduais, outros

organismos, públicos e privados, e a sociedade civil, inclusive por intermédio da realização de audiências públicas.

Também é útil verificar o adequado cumprimento da Lei de Acesso à Informação e de qualquer outro dispositivo constitucional e legal que tenha o objetivo de prestar informações aos indivíduos, habilitando-os à fiscalização do Poder Público.

O Ministério Público foi o ator principal na judicialização dos direitos sociais.

As ações propostas pelo Ministério Público podem ter o objeto de satisfazer direitos subjetivos ou direitos coletivos ou difusos.

A Instituição, ao ajuizar a ação, deve atentar à razoabilidade da pretensão posta.

Não é necessário que o Ministério Público, ao ajuizar ação civil pública, demonstre que o pedido se insere no denominado “mínimo existencial”, uma vez que a constatação desta inserção, ou não, dependerá do exame do pedido.

Também não é necessário que o Ministério Público aponte a existência de recursos orçamentários ou financeiros que suportem a prestação.

O Ministério Público, além de poder ajuizar ação civil pública e utilizar os demais instrumentos que o ordenamento jurídico prevê para a satisfação de direitos sociais, pode desempenhar relevante papel de buscar sanções para o agente público faltoso, inclusive nos termos da Lei n. 8.429/92, especialmente o seu artigo 11.

Para a caracterização da improbidade administrativa prevista no artigo 11 da Lei n. 8.429/92 é indispensável a demonstração do dolo, ainda que genérico.

O Ministério Público também pode ajuizar ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa no combate à corrupção, buscando preservar que os recursos públicos não sejam utilizados para fins diversos daqueles apontados na Constituição Federal.

Cabe ao Ministério Público, ainda na seara da improbidade administrativa, buscar punir os infratores da Lei de Responsabilidade Fiscal.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Trad. Luís Afonso Heck. 2ª. Ed, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2008.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª. Ed, São Paulo: Malheiros, 2012.

ANDAKU, Juliana Almenara. “O papel do ombudman no direito brasileiro”. Jus Navigandi, Teresina, ano 11. Disponível em [HTTP://jus.com.br/revista/texto.9077](http://jus.com.br/revista/texto.9077). Acesso em 10 abr. 2013.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Verbatim, 2009.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 15ª. Ed, São Paulo: Verbatim, 2011.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 18ª. Ed, São Paulo: Verbatim, 2014.

ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 3ª. Ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

BALEEIRO, Aliomar. “A Constituição de 1946”, in Constituições Brasileiras. Vol. V,. 1946. 3ª. Ed, Brasília: Senado Federal, 2012

BALEEIRO, Aliomar. Constituições Brasileiras. 1967, Vol. VI. 3ª. Ed. Brasília: Senado Federal, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo – A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial. 2ª. reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. In [HTTP://plataformademocratica.org/publicações](http://plataformademocratica.org/publicações). Acesso em 26 mai 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 22ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BERTOLIM, Patricia Tuma Martins e BENEDITO, Alessandra. “Ações Afirmativas”. In O Direito e as Políticas Públicas no Brasil. Organizadores Gianpaolo Poggio Smanio e Patricia Tuma Martins Bertolin. São Paulo: Atlas, 2013.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 13ª. Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. A Evolução Constitucional do Brasil. [HTTP://www.scielo.br](http://www.scielo.br). Acesso em 20.abr.2013.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 28ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 10ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Bonet e MENDES, Gilmar. Curso de Direito Constitucional. 6ª. Ed, 3ª. Tiragem. São Paulo: Saraiva .

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Mártires. MENDES, Gilberto Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 4ª. Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRITTO, Luis Navarro. Constituições Brasileiras. 1967. Vol. VI. 3ª. Ed. Brasília: Senado Federal, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª. Ed, 11ª. Reimpressão. Coimbra: Almedina.

CANOTILHO, J. J. Gomes ET all (coordenadores) – Direitos Fundamentais Sociais. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO, André Castro. “O Impacto Orçamentário da Atuação do Poder Judiciário nas Tutelas Concessivas de Medicamentos”. In Estado de Direito e Ativismo Judicial. Coordenação de José Levi Mello do Amaral Junior. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Constituições Brasileiras. 1967. Vol. VI. 3ª. Ed. Brasília: Senado Federal, 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 23ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COCURUTTO, Ailton. Os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Inclusão Social. 1ª. Ed. 2ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

COIMBRA, Mário. MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo e MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano. Direito Sanitário. São Paulo: Ministério Público, Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cível e de Tutela Coletiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. “As garantias institucionais dos Direitos Humanos”, in Ministério Público & Sociedade. Associação Cearense do Ministério Público. Ano I – n. 2- out-dez/2001.

COMPARATO, Fábio Konder. “O Ministério Público na Defesa dos Direitos econômicos, Sociais e Culturais”. In Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva, Organizadores Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2011.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ministério Público: um retrato; dados de 2013, vol. III/Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2014.

CORREA, Marcus Orioni Gonçalves. “Interpretação dos Direitos Fundamentais Sociais, Solidariedade e Consciência de Classe”. In Direitos Fundamentais Sociais. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Andréa Elias da. “Estado de Direito e Ativismo Judicial”. In Estado de Direito e Ativismo Judicial. Coordenação de José Levi Mello do Amaral Junior. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CRUZ, Gabriel Marques Dias da. “A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.” In Estado de Direito e Ativismo Judicial. Coordenação de José Levi Mello do Amaral Junior. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. “A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e Reserva do Possível”. In Leituras Complementares de Direito Constitucional – Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Organizador Marcelo Novelino Camargo. 3ª. Ed. Salvador (Bahia): Editora Jus Podivm, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. Violência Doméstica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. “Ministério Público: Advogado do Povo”, in Justiça, Cidadania e Democracia, Coordenação Roberto Livianu. São Paulo: Imprensa Oficial: Ministério Público Democrático, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. “Policiais, Juízes e Igualdade de Direitos”. In O Preconceito. Vários autores. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1996/1997.

DAVIES, Ana Carolina Izidório. Saúde Pública e seus Limites Constitucionais. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 22ª. Ed, São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DUGUIT, Leon. Fundamentos do Direito. 2ª. Ed. São Paulo: Ícone Editora, 2006.

DUGUIT, Leon. Las Transformaciones Del Derecho Público. Granada: Librería General Enrique Prieto Garcia.

FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 6ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FERRAREZI, Eurico. "A Responsabilidade do Ministério Público no Controle das Políticas Públicas". In *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas*. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. "Reserva do Possível, Direitos Fundamentais Sociais e a Supremacia do Interesse Público". In *Direito Administrativo e Interesse Público – Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Coordenadores Romeu Felipe Bacellar Filho e Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte, Editora Forum, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. "Aspectos Jurídicos das Ações Afirmativas". In *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 69, n. 2, p. 72-79, jul-dez.2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo; Saraiva, 1989.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª. Ed ampl. e atual de acordo com as Emendas Constitucionais e a Revisão Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*, 2º vol. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 3ª. 1974.

FERREIRA, Waldemar Martins. *História do Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1954.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 14ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. "A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro", in *Revista de Informação Legislativa*, v. 38, n. 151, jul/set/2001.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. "Entre Kelsen e Hercules: Uma Análise Jurídico-Filosófica do Ativismo Judicial no Brasil". In *Estado de Direito e Ativismo*

Judicial. Coordenação de José Levi Mello do Amaral Junior. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GORAIEB, Elizabeth. Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

GORDILLO, Agustin. Princípios Gerais de Direito Público. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

GRECCO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 9ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas”. In O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e ‘Procedimental’ da Constituição. Reimpressão 2002. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes. USA: New York, W.W. Norton & Company, 1999.

HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 5ª. Ed, Belo Horizonte: Del Rey.

LAFER, Celso. “Variações sobre a Justiça”. Jornal O Estado de São Paulo, edição de 18 de novembro de 2012, pág. 2.

LAROCCA, Eva Desdentado. “Los Problemas del Control Judicial de La Discrecionalidad Técnica (Um Estudo Crítico de La Jurisprudência)”. Madrid: Espanha: Editora Civitas, 1997.

LENZA, Pedro. Teoria Geral da Ação Civil Pública. 2ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima. “Direito Subjetivo e Direitos Sociais. O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito”. In Direitos Humanos, Direitos

Sociais e Justiça. Organizador José Eduardo Faria. 1ª. Ed. 5ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública, 4ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “Contribuição Esperada do Ministério Público e da Defensoria na Prevenção da Atomização Judicial dos Megaconflitos”, in Revista JUSTITIA, 200/107.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Campinas: Bookseller, 1997.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado. São Paulo: Malheiros, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 21ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O Inquérito Civil. São Paulo: Saraiva, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público na Constituição de 1988. 1ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público. 7ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 31ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 29ª. Ed, atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Direito Administrativo. 20ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2ª. Edição, 11ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais. 1ª. Ed., 3ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª. Ed., 21ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. “Lei de Responsabilidade Fiscal, Correlação entre Metas e Riscos Fiscais e o Impacto dos Déficits Públicos para as Gerações Futuras”. Disponível em <http://WWW.agu.gov.br/Page/download/index/id/892366>. Acesso em 20.out. 2014.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo I Coimbra Editora, 1990.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. 3ª. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2ª. Ed, 1958.

MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Guanabara.

MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1946. Tomo III. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1960.

MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. Tomo IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969. Tomo III. 2ª. Edição revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, Aline da Mata. As Restrições em Torno da Reserva do Possível. Uma Análise Crítica. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011.

MUKAI, Toshio. Direito Administrativo Sistematizado. 2ª. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MURDA, Paula Fernanda Vasconcelos Navarro. “O Controle Judicial e o Papel das Funções Essenciais à Justiça para Efetivação das Políticas Públicas”. Dissertação apresentada no Curso de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2012.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. Comentários ao Código de Processo Penal. 1ª. Ed. Bauru-SP: Edipro, 2002.

NOGUEIRA, Octaciano. Constituições Brasileiras. Vol. I, 1826. 3ª. Ed. Brasília: Senado Federal, 2012.

NORONHA, Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. 11ª. Ed. São Paulo: Saraiva, pág. 1979.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. A Discricionariedade de Planejamento na Dogmática Geral da Discricionariedade Administrativa. Coimbra: Almedina, 2011.

OLIVEIRA NETTO, Sérgio de. “O princípio da reserva do possível e a eficácia das decisões judiciais”. In Revista da Advocacia Geral da União, 7/145.

OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

PIOVESAN, Flávia. “Ações Afirmativas no Brasil – Desafios e Perspectivas”. In Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso, vol. 2, n. 2, 133-144, jan/jun. 2007.

PIOVESAN, Flávia. “A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos”. In Direitos Humanos – Visões Contemporâneas. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, publicação especial, 2001.

POLETTI, Ronaldo. Constituições Brasileiras, Vol. III – 1934. 3ª. Ed. Brasília: Senado Federal, 2012.

PULIDO, Carlos Bernal. O direito dos direitos – Escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. “O Poder Discricionário na Administração”. In Estudos de Direito Público, vol. I, Universidade de Coimbra, 1989.

RAMOS, Carlos Roberto. “Origens, Conceito, Tipos de Constituição, Poder Constituinte e História das Constituições Brasileiras”. In Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 24, n. 93, jan/mar.1987.

REBERBEL, Carlos Eduardo Dieder. “Ativismo Judicial e Estado de Direito” In Estado de Direito e Ativismo Judicial. Coordenação de José Levi Mello do Amaral Junior. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Verbatim, 2010.

RITT, Eduardo. O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica”. In Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 33, n. 131, jul/set 1996.

ROMANO, Roberto. “Ética e Ministério Público. Uma reflexão em três momentos”, in Justiça, Cidadania e Democracia, Coordenação de Roberto Livianu. São Paulo: Imprensa Oficial: Ministério Público Democrático, 2006.

SADEK, Maria Tereza. “Acesso à Justiça. Porta de Entrada para Inclusão Social”, in Justiça, Cidadania e Democracia. Coordenador Roberto Livianu. São Paulo: Imprensa Oficial: Ministério Público Democrático, 2006.

SADEK, Maria Tereza. “Judiciário e Arena Pública: Um Olhar a Partir da Arena Política”, In I Controle Jurisdicional das Políticas Públicas, Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2ª. Ed, 2013.

SAMPAIO, Nelson de Souza. O Poder de Reforma Constitucional. Bahia: Livraria Progresso Editora, 1954.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao art. 6º. In CANOTILHO, J. J., MENDES, Gilmar Ferreira e SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários à Constituição do Brasil. 1ª. Ed, 3ª. Tiragem. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014,

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. 2ª. Ed. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da Dignidade – Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2ª. Ed, 2ª. Tiragem, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCAFF, Fernando Facury. “Reserva do Possível pressupõe Escolhas Trágicas”. In Revista Eletrônica “Consultor Jurídico” ([HTTP://www.conjur.com.br/2013-fev-26](http://www.conjur.com.br/2013-fev-26)).

SCAFF, Fernando Facury. “Sentenças Aditivas, Direitos Sociais e Reserva do Possível”. In Revista Dialética de Direito Processual n. 51/79.

SCHABE, Jürge, Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Uruguay: Fundación Konrad Adenauer Uruguay, 2005.

SGARBOSSA, Luís Fernando. “Crítica à Teoria dos Direitos”. Vol. I (Reserva do Possível). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2010.

SHENNAN, J. H. A. A França antes da Revolução. Lisboa: Editora Gradiva. 1985.

SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 8ª. Ed, São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Susana Henriques. “O Poder Judiciário no Controle das Políticas Públicas: uma Breve Análise de Alguns Precedentes do Supremo Tribunal Federal” In O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas. 2ª. Ed, Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SOBRINHO, Barbosa Lima. “A constituição de 1946”, in Constituições Brasileiras, Vol. V, 1946. 3ª. Ed, Brasília: Senado Federal, 2012.

SOUZA, Antônio Francisco de. “Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1994.

SOUZA, Motauri Ciochetti de. Ministério Público e o Princípio da Obrigatoriedade. Ação Civil Pública – Ação Penal Pública. São Paulo: Editora Método, 2007.

SOUZA, Motaury Ciocchetti de. Direito Educacional. São Paulo: Verbatim, 2010.

TAIAR, Rogerio. “A Efetividade dos Direitos Humanos e a Cláusula da Reserva do Possível. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva. 11ª. Ed, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1996.

TRINDADE, José Damião de Lima. “Anotações sobre a História Social dos Direitos Humanos”, in Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria geral do Estado, 1998.

VENTURA, Catarina Sampaio. Direitos Humanos e Ombudman – Paradigma para uma instituição secular. Lisboa: Provedoria de Justiça.

VELA, César David Ciriano. Administración Económica Y Discrecionalidade (Um análisis normativo y jurisprudencial). 1ª. Ed, Valladolid: Ed. Lex Nova, 2000.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação Civil Pública. São Paulo: Atlas, 1999.

WATANABE, Kazuo. “Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – Mínimo Existencial e Demais Direitos Fundamentais Imediatamente Judicializáveis. In O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. 2ª. Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2013.

WEISS, Carlos. Direitos Humanos Contemporâneos. 2ª. Ed, 5ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012.

WEISS, Carlos. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. In Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes. “A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional. Funções de Governo e Funções de Garantia”. In O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. 2ª. Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2013.