

MARIANNE RIOS DE SOUZA MARTINS

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS  
FUNDAMENTAIS SOCIAIS DE PROVIMENTO COMO UMA  
HETEROTOPIA DO POSSÍVEL: ATIVISMO JUDICIAL E  
POLÍTICAS PÚBLICAS**

VITÓRIA  
2006

MARIANNE RIOS DE SOUZA MARTINS

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS  
FUNDAMENTAIS SOCIAIS DE PROVIMENTO COMO UMA  
HETEROTOPIA DO POSSÍVEL: ATIVISMO JUDICIAL E  
POLÍTICAS PÚBLICAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação das Faculdades de Vitória - FDV, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof.º Dr.º Carlos Henrique Bezerra Leite

VITÓRIA  
2006

MARIANNE RIOS DE SOUZA MARTINS

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS  
FUNDAMENTAIS SOCIAIS DE PROVIMENTO COMO UMA  
HETEROTOPIA DO POSSÍVEL: ATIVISMO JUDICIAL E  
POLÍTICAS PÚBLICAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para obtenção do grau em Mestre em Direito.

Aprovada com nota 10,00 em 14 de julho de 2006.

**COMISSÃO EXAMINADORA:**

---

Prof. Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite  
Faculdade de Direito de Vitória  
Orientador

---

Prof. Dr. Daury Cezar Fabríz  
Faculdade de Direito de Vitória

---

Prof. Dr. Xerxes Gusmão  
Faculdade de Direito de Vitória

Este trabalho é dedicado a todos àqueles que lutam pela defesa e promoção dos Direitos Humanos Fundamentais.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, Senhor de todos os saberes, por me presentear com o dom da vida.

Ao meu pai, Mário Martins, que hoje descansa, e que me deixou como herança seu exemplo de espírito cívico e devoção à democracia.

A minha mãe, Jane Rios, mulher guerreira, que me ofereceu todo suporte afetivo e financeiro, e principalmente por me ensinar a me indignar diante das injustiças sociais, além de toda a sua paciência em escutar minhas divagações durante longas horas. Sem você nada disso teria sido possível.

Ao meu irmão, Paulo Mario Martins, meu anjo-amigo, por ter sempre palavras serenas em momentos de adversidades.

Ao Gustavo Linden, que me mostrou que o amor é fonte de toda a inspiração, e por todas as renúncias que fez ao meu lado durante esse período.

Aos meus alunos, que me ensinam tanto, e que são a minha esperança para uma sociedade melhor.

A Eloísa, Fabio, Giovanna, José Amasias, Luciana, Luiz Guilherme, Michel, Valdete, Vera, Victor, Wilian, meus diletos alunos da Univila das turmas de 2005-01, pela generosa contribuição no levantamento de dados junto os magistrado e membros do Ministério Público do Estado do Espírito Santo.

Aos meus amigos pelo incentivo e zelo habituais, aos meus colegas de turma e professores do Mestrado da FDV pelo companheirismo e partilha de informações.

E de forma muito especial, ao meu orientador Prof. Carlos Henrique Bezerra Leite, pelo suporte imprescindível, pelo respeito as minhas idéias, e principalmente pela sua postura sempre humilde e simples, própria dos homens sábios e nobres.

## RESUMO

A presente pesquisa propõe-se a relacionar a efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão com Políticas Públicas e o Ativismo Judicial. Buscou-se uma pesquisa de natureza interdisciplinar envolvendo temas de Sociologia, Filosofia do Direito, Ciências Políticas e Direito, na tentativa de uma superação unilateral ao tema abordado, entrelaçando-os com temas incidentais como: Espaço Público, Sociedade Civil, Utopia, Separação de Poderes e Discricionariedade. Apresentou-se uma expansão à teoria das três fases do processo evolutivo dos Direitos Humanos, acrescentando uma quarta fase, que seria da emancipação dos Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão. Foi proposta uma classificação para os Direitos Humanos Fundamentais Sociais, dividindo-os em Direitos Sociais de Provimento e de Proteção. Após esse recorte conceitual, passou-se a analisar como objeto de estudo os Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento. Embasado teoricamente em Boaventura de Santos, concluiu-se que a efetividade desses direitos seria uma “heterotopia do possível”. Foram analisados os papéis tanto da sociedade civil, como do Ministério Público e do Poder Judiciário, para a efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento. Nesse sentido foram abordados os conceitos de “reserva do possível” e de “reserva de consistência”, este último sustentando-se em Habermas e Habermas, foi defendida a participação da sociedade na interpretação e aplicação do direito pelo Poder Judiciário, e a importância da figura do “*amicus curiae*” no sistema processual brasileiro. O Ministério Público foi tratado dentro de uma nova perspectiva funcional, dentro de quatro modalidades funcionais. Foi defendida a atuação do Judiciário como “legislador positivo”, e analisou-se quais obstáculos interferem na efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos Fundamentais. políticas públicas. Sociedade Civil. Espaço Público. Amicus curiae. Utopia.

## ABSTRACT

The present research considers to relate it the effectiveness of the Basic Human Rights of 2<sup>a</sup> Dimension with Public Politics and the Judicial Ativismo. A nature research searched to interdisciplinary involving subjects of Sociology, Legal philosophy, Sciences Politics and Right, in the attempt of an unilateral overcoming to the boarded subject, interlacing them with incidental subjects as: Public space, Civil Society, Utopia, Separation of Poderes and Discricionariiedade. An expansion to the theory of the three phases of the evolucional process of the Human Rights was presented, adding one fourth phase, that would be of the emancipation of the Basic Human Rights of 2<sup>a</sup> Dimension. A classification for the Social Basic Human Rights was proposal, dividing them in Social Rights of Provisions and Protection. After this conceptual clipping, was transferred to analyze it as study object the Social Basic Human Provisions Rights. Based theoretically in Boaventura de Santos, one concluded that the effectiveness of these rights would be a "heterotopia of the possible one". The papers in such a way of the civil society had been analyzed, as of the Public prosecution service and the Judiciary Power, for the effectiveness of the Social Basic Human Provisions Rights. In this direction the concepts of "reserve of the possible one" had been boarded and of "consistency reserve", this last one supporting itself in Habermas and Haberle, were defended the participation of the society in the interpretation and application of the right for the Judiciary Power, and the importance of the figure of "amicus curiae" in the Brazilian procedural system. The Public prosecution service was dealt with inside a new functional perspective, inside of four functional modalities. The performance of the Judiciary one was defended as "positive legislator", and was analyzed which obstacles intervenes with the effectiveness of the Social Basic Human Provisions Rights.

**Key words:** Basic Human Rights. Public Politics. Civil Society. Public space. Amicus Curiae. Utopia.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>1 DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DE 2ª DIMENSÃO</b> .....	<b>13</b>
1.1 DIFERENCIAÇÃO DOS CONCEITOS: DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS. ....	13
1.2 CRÍTICA À TEORIA GERACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS .....	16
1.3 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DE 2ª DIMENSÃO .....	19
1.4 INDIVISIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS .....	21
1.5 OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DE 2ª DIMENSÃO E O SEU DESAFIO EMANCIPATÓRIO.....	25
1.6 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DE 2ª DIMENSÃO : DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DE PROVIMENTO E DE PROTEÇÃO.....	28
<b>2 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DE PROVIMENTO SERIA UMA UTOPIA DO PODER CONSTITUINTE?</b> .....	<b>40</b>
2.1 CONCEITO DE UTOPIA .....	40
2.2 O PENSAMENTO UTÓPICO AO LONGO DA HISTÓRIA .....	43
2.3 ENTRE A UTOPIA JURÍDICA E O PRAGMATISMO UTÓPICO.....	47
2.4 A UTOPIA E OS CONFLITOS PARADIGMÁTICOS .....	49
2.5 A EFETIVIDADE COMO HETEROTOPIA DO POSSÍVEL.....	50
<b>3 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DE 2ª DIMENSÃO</b> .....	<b>55</b>
3.1 A ORIGEM DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	55
3.2 CONCEITOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	56
3.3 O ESPAÇO PÚBLICO COMO ARENA DE DEBATES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	57
<b>3.3.1 Os diferentes modelos de espaço público</b> .....	<b>57</b>



<b>3.3.2 O modelo normativo de democracia “deliberativo-procedimental” de Habermas .....</b>	<b>63</b>
3.4 A SOCIEDADE CIVIL COMO CO-RESPONSÁVEL PELO MONITORAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	68
<b>4 O PAPEL DO JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DE PROVIMENTO.....</b>	<b>73</b>
4.1 UMA NOVA VISÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES .....	73
4.2 A DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	78
4.3 O JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO .....	82
4.4 RESERVA DE CONSISTÊNCIA .....	89
4.5 RESERVA DO POSSÍVEL .....	97
4.6 O MINISTÉRIO PÚBLICO DENTRO DE UMA NOVA VISÃO FUNCIONAL .....	100
<b>4.6.1 O Ministério Público e sua função promocional .....</b>	<b>101</b>
<b>4.6.2 O Ministério Público e sua função pedagógica .....</b>	<b>104</b>
<b>4.6.3 O Ministério Público e sua função demandista e resolutiva .....</b>	<b>106</b>
<b>4.6.4 O Ministério Público e sua função fiscalizadora das políticas sociais....</b>	<b>107</b>
4.7 O ATIVISMO JUDICIAL.....	109
<b>4.7.1 A virtual independência do Poder Judiciário.....</b>	<b>111</b>
<b>4.7.2 A falta de conscientização do Judiciário do seu papel como agente histórico transformador da sociedade .....</b>	<b>113</b>
<b>4.7.3 A não aplicação dos pactos internacionais na fundamentação das sentenças judiciais .....</b>	<b>115</b>
<b>4.7.4 A carência de formação jurídica humanística nas universidades e nas Escolas da Magistratura e do Ministério Público .....</b>	<b>116</b>
4.8 ALGUMAS PERCEPÇÕES .....	117
<b>4.8.1 Percepções acerca do Poder Judiciário como Legislador Positivo .....</b>	<b>118</b>
<b>4.8.2 Percepções acerca do Ativismo Judicial .....</b>	<b>120</b>
<b>4.8.3 Estudo de casos.....</b>	<b>129</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>137</b>
<b>REFERENCIAS.....</b>	<b>140</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca abordar a efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão, na tentativa de equacionar: Até que ponto as políticas públicas e o ativismo judicial podem contribuir para a efetividade desses direitos?

A relevância do presente estudo consiste na necessidade de se analisar as razões pelas quais os Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão encontram dificuldades para se concretizar, especificamente, relacionando-os com as políticas públicas adotadas pelo Poder Público.

A efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão, os ditos direitos sociais, é tema constitucional que não consegue ter respostas a contento nas doutrinas, sendo sempre mencionada a dificuldade de tratar sobre o assunto por diversos doutrinadores, como: Luis Roberto Barroso, Paulo Bonavides, José Afonso da Silva, Ingo Sarlet, J.J. Gomes Canotilho entre outros.

A exploração do tema justifica-se, então, pela necessidade de aprofundamento no estudo dessa temática, buscando encontrar alternativas de solução não apenas de cunho estritamente jurídico, mas perpassando pelo cunho filosófico envolvendo as concepções sobre Espaço Público, Políticas Públicas, Utopia e Sociedade Civil, com escopo exploratório interdisciplinar.

Ao traçar as metas a atingir com a pesquisa, destaca-se como objetivo geral, analisar se políticas públicas idealizadas e monitoradas com a participação da Sociedade Civil e o ativismo judicial podem contribuir para a efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão.

Tendo em vista o objeto de investigação da pesquisa, optou-se pelo método dialético, por questionar a realidade em que se encontram as políticas públicas relativas aos Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão, verificando as

contradições existentes entre os conceitos e a prática em relação à efetividade desses Direitos Humanos Fundamentais, em busca da superação das antinomias.

Como método de abordagem inicial para levantamento de dados foi utilizado o exploratório de base qualitativa, com análise de contexto Documental e Bibliográfico. O levantamento da documentação indireta deu-se através de pesquisa documental e bibliográfica.

A pesquisa documental abarcou as fontes legislativas nacionais e Tratados Internacionais ratificados pelo Governo Brasileiro pertinentes ao tema.

Foi realizado um levantamento de dados através de questionário com perguntas fechadas e contato direto com membros da Magistrado e do Ministério Público do Estado do Espírito Santo.

O tipo de amostragem optada foi a aleatória simples, tendo em vista as dificuldades encontradas para fazer o levantamento dos dados junto a esses profissionais do direito.

Ao desenvolver a pesquisa verificou-se a necessidade da compreensão de alguns conceitos como Direitos Humanos e, neste caso, foi proposta uma diferenciação com relação aos Direitos Fundamentais, não apenas lingüisticamente, mas nos reflexos da demarcação desses conceitos na prática, para efetividade dos direitos.

Diante da apresentação do conceito de Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão, percebeu-se dentro da teoria evolucionar dos Direitos Humanos, que seria possível a proposta de uma nova fase: a da Emancipação dos Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão.

O intuito foi de, a partir do conceito geral de Direitos Humanos, ir gradativamente afinando o objeto de estudo.

Assim sendo, passou-se a analisar a questão dimensional dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais e por conseqüência, urgiu-se necessária a proposta de uma

classificação para os Direitos Sociais, dividindo-os em: Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento e de Proteção.

Permanecendo, ao final do recorte metódico do objeto, tal pesquisa versando sobre os Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento.

É de suma importância, o esclarecimento dessa opção de se adotar uma pesquisa conceitual em efeito de “cascata”, para a melhor compreensão do leitor quanto ao desenvolvimento da pesquisa e sua coerência teórica, pois a partir do recorte metódico, as variáveis utilizadas para desenvolver o tema, como políticas públicas, ativismo judicial, participação da Sociedade Civil, entre outras, estarão interligadas ao objeto delimitado, qual seja, “Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento”.

Um dos objetivos secundários a ser atingido é o de analisar a vertente utópica do Poder Constituinte e dos tratadistas internacionais, ao positivarem sobre os Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento, que exigem uma prestação positiva por parte do Estado.

Para tanto, foi realizada uma pesquisa buscando fazer uma evolução do conceito de utopia até o período da Pós-Modernidade, tendo como expoente o pensamento do sociólogo contemporâneo Boaventura de Sousa Santos.

Foi estabelecido um enfoque na participação político-social na idealização e monitoramento das políticas públicas, perpassando pelos entendimentos de Hannah Arendt, Bruce Ackerman e Habermas

No que tange a Sociedade Civil, buscou-se sistematizar a contribuição significativa da visão hegemônica de Gramsci, na reabsorção da sociedade política na sociedade civil.

Analisou-se o papel a ser realizado por três personagens principais que atuam no palco da efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento: A sociedade Civil, o Ministério Público e o Poder Judiciário.

Ao final da pesquisa, algumas percepções sobre o tema foram apresentadas, através de análise de dados de pesquisas realizadas com Magistrados e membros do Judiciário, e para caracterizar a heterotopia do possível para a efetividade dos Direitos, objeto deste trabalho, foram acostados alguns cases fictícios para análise e reflexão.

O que se almejou com este estudo não foi emoldurar uma teoria, mas principalmente se debruçar sobre o tema da efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento dentro de um arcabouço holístico, envolvendo as disciplinas de Sociologia, Ciência Política, Filosofia e Direitos Fundamentais Constitucionais.

## 1 DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DE 2ª DIMENSÃO

Os Direitos Humanos serão o ponto de partida dessa pesquisa, para tanto será realizada um paralelo entre os conceitos de Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, sua evolução histórica aliada a corrente geracional, analisando a sua indivisibilidade para que seja possível propor uma nova classificação desses Direitos Humanos de 2ª Dimensão sob ótica do seu desafio emancipatório em relação aos demais Direitos Humanos.

### 1.1 DIFERENCIAÇÃO DOS CONCEITOS: DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS.

Muito se tem debatido na doutrina nacional e internacional sobre a diferenciação dos termos Direitos Fundamentais e Direitos Humanos. A princípio pode se mostrar como um debate característico dos teóricos, que prezam por polemizar assuntos que não se vinculam à prática, mas será demonstrado que não é o caso em apreço, pois será apresentada as conseqüências dessa diferenciação conceitual.

Quanto à origem, do termo “Direitos Fundamentais”, ou melhor “droits fondamentaux”, o mesmo surgiu na França, em 1770, como marco do movimento político e cultural que conduziu a Declaração do Homem e do Cidadão, de 1789, alcançando destaque na Alemanha, (sob denominação “Grundrechte”), na Constituição de Weimar de 1919<sup>1</sup>.

O termo “Direitos Humanos” (*human rights*), por sua vez, surgiu em 1940, sendo a precursora do neologismo, a esposa do Presidente dos Estados Unidos, Eleanor Roosevelt. Diz-se que assim agiu porque percebeu que em algumas partes do

---

<sup>1</sup>PEREZ LUÑO, Antônio E. **Los Derechos Fundamentales**. 7. ed., Madrid : Tecnos, 1998, p. 29.

mundo, por ser adotado o termo “Direito do Homem”, os direitos da mulher não estariam ali incluídos<sup>2</sup>.

Perez Luño propõe a seguinte diferenciação entre “Direitos Humanos” e “Direitos Fundamentais”<sup>3</sup>:

Assim, se tem insistido na propensão doutrinal e normativa em se reservar o termo “direitos fundamentais” para designar os direitos positivados a nível interno, enquanto que a fórmula “direitos humanos” seria a mais usual para denominar os direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais, assim como aquelas exigências básicas relacionadas com a dignidade, liberdade e igualdade da pessoa que não tem alcançado um estatuto jurídico positivo(tradução livre)<sup>4</sup>.

Dentro desta mesma vertente, encontra-se o jurista Canotilho, e entre nós Sarlet<sup>5</sup>:

A distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para àqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional.

Assim, o termo “Direitos Humanos” deve ser entendido como de carácter supra-estatal, mas não deve ser utilizado como sinónimo de “direito natural”, embora abarque, dentro do seu conteúdo normativo, a maioria dos direitos naturais do homem, a diferença neste caso, está na positivação desses Direitos.

Portanto, o critério mais adequado para a diferenciação destes termos é o da concreção positiva, estabelecida por Perez Luño<sup>6</sup>, quando conceitua “Direitos Humanos”:

Os direitos humanos são entendidos com um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana, as quais devem ser

<sup>2</sup> SILVA, Franciny Beatriz Abreu de Figueiredo. **Direitos Humanos no Brasil e seus mecanismos de proteção**. Disponível em [www.mp.sc.gov.br/downloads/ccf/doutrina/silva\\_franciny\\_direitos\\_humanos\\_no\\_brasil.doc](http://www.mp.sc.gov.br/downloads/ccf/doutrina/silva_franciny_direitos_humanos_no_brasil.doc).

Acesso em 2 jul. 2004.

<sup>3</sup> PEREZ LUÑO, Antônio E. **Los Derechos Fundamentales**. 7. ed., Madrid : Tecnos, 1998, p. 44.

<sup>4</sup> “Así, se ha hecho hincapié en la propensión doctrinal y normativa a reservar el término “derechos fundamentales” para designar los derechos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula “derechos humanos” sería la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico positivo.

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 36

<sup>6</sup> PEREZ LUÑO, Antônio E. **Los Derechos Fundamentales**. 7. Ed., Madrid : Tecnos, 1998, p. 46.

reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional. (tradução livre).<sup>7</sup>

Logo em seguida, expõe a sua conceituação do que seja os “Direitos Fundamentais”<sup>8</sup>:

Portanto, com a noção dos direitos se tende a aludir àqueles direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte dos casos em sua normativa constitucional e que gozão de uma tutela reforçada.” (tradução livre)<sup>9</sup>.

Em uma visão mais formalista, “a própria Lei Fundamental parece determinar o conceito dos direitos fundamentais: Direitos Fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”<sup>10</sup>, e que sendo assim, devem seguir dois critérios formais para a sua caracterização:<sup>11</sup> São os direitos nomeados e especificados no instrumento constitucional ou são aqueles que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança, seja por que são imutáveis, seja por terem suas mudanças permitidas apenas por emenda constitucional.

A importância dessa distinção se funda nas seguintes conseqüências de ordem prática:

- a) A diferenciação quanto ao grau de efetivação e proteção entre os Direitos Fundamentais (direito constitucional) e os Direitos Humanos (direito internacional), pois os que estão positivados possuem, em tese, melhores condições para sua efetividade<sup>12</sup>;

<sup>7</sup> “Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”

<sup>8</sup> PEREZ LUÑO, Antônio E. **Los Derechos Fundamentales**. 7. Ed., Madrid : Tecnos, 1998, p. 46.

<sup>9</sup> “En tanto que con la noción de los derechos se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada” Portanto, com a noção dos direitos se tende a aludir àqueles direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte dos casos em sua normativa constitucional e que gozão de uma tutela reforçada.” (tradução livre)

<sup>10</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 225.

<sup>11</sup> SCHIMITT, Carl apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 561.

<sup>12</sup> Vale lembrar a significativa contribuição para a positivação dos Direitos Humanos à nível interno , o advento da Emenda Constitucional 45/2004, que inseriu o § 3º ao Art. 5º da Constituição : “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”



- b) A dificuldade de identificação de quais sejam os direitos positivados em uma determinada constituição entre tantas existentes (fundamentais), ou em tratados internacionais (humanos), pois muitas das vezes os direitos fundamentais de determinado Estado, não contemplam os Direitos Humanos contemplados internacionalmente;
- c) A conseqüência de ordem prática e de cunho filosófico<sup>13</sup>, é que os Direitos Humanos referem-se ao ser humano como tal, e integram uma espécie de moral jurídica universal, e ao serem positivados constitucionalmente se convertem em direitos de uma determinada comunidade jurídica, referindo-se às pessoas como membros de um ente público concreto.

Tendo em vista, que no presente trabalho, a abordagem é voltada para o Direito brasileiro (direitos fundamentais), mas também levará em conta o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e as teorias históricas atribuídas aos Direitos Humanos no plano internacional adotaremos a denominação “Direitos Humanos Fundamentais”, assumindo assim, o acolhimento da tese da distinção entre os conceitos, mas de que eles não são excludentes ou incompatíveis, e por considerar que tal termo contemplará melhor a dimensão que pretende ser alcançada neste estudo.

## 1.2 CRÍTICA À TEORIA GERACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Em se tratando de “Direitos Humanos Fundamentais”, mister se faz lembrar a origem histórica da classificação dos “Direitos Fundamentais em gerações”, em palestra proferida em 1979 pelo jurista Karal Vasak, em uma aula inaugural do Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, que, inspirado nos três temas da Revolução Francesa, classificou os Direitos Fundamentais demonstrando a sua evolução histórica<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> HÖFFE, Otfried, apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 37.

<sup>14</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3.ed. São Paulo: Max Limonad. 1998. p.28.

Assim, as “gerações dos Direitos Fundamentais” seriam<sup>15</sup>:

- a) Primeira geração (*liberté*) - Os direitos a liberdade, em especial aos direitos civis e políticos;
- b) Segunda geração (*égalité*) – Os direitos econômicos, sociais e culturais;
- c) Terceira geração (*fraternité*) – Os direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento e ao meio-ambiente sadio.

Portanto, apesar de muitos pensarem que essa terminologia foi criada por Bobbio, quem a criou foi Karal Vasak. Recentemente, o termo “geração” tem recebido críticas da doutrina nacional e estrangeira.

Destacaremos as principais críticas apontadas para essa visão geracional dos Direitos Humanos Fundamentais:

- a) a não-correspondência histórica entre as gerações e o processo histórico de nascimento e desenvolvimento dos Direitos Humanos Fundamentais, pois apresenta um descompasso entre o direito interno dos países e o direito internacional público. Por exemplo, se no direito interno primeiro foram reconhecidos os Direitos Humanos Fundamentais de 1ª geração, no plano internacional, o surgimento do OIT – Organização Internacional do Trabalho – regulamentou os direitos de 2ª geração antes mesmo da internacionalização dos direitos civis e políticos.<sup>16</sup>
- b) Essa terminologia induz ao que ironicamente denominam de “fantasia das chamadas gerações de direitos”, por ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra.<sup>17</sup>

Um dos mais combativos críticos às “gerações” dos Direitos Humanos Fundamentais, o juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade, proferindo uma palestra no Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional, em Brasília, relatou que:

<sup>15</sup> Ibid, p. 27.

<sup>16</sup> WEIS, Carlos. **Os Direitos Humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 40.

<sup>17</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 53.

Em primeiro lugar, essa tese das gerações de direitos não tem nenhum fundamento jurídico, nem na realidade. Essa teoria é fragmentadora, atomista e toma os direitos de maneira absolutamente dividida, o que não corresponde à realidade. Eu conversei com Karel Vasak e perguntei: “Por que você formulou essa tese em 1979?”. Ele respondeu: “Ah, eu não tinha tempo de preparar uma exposição, então me ocorreu fazer alguma reflexão, e eu me lembrei da bandeira francesa” – ele nasceu na velha Tchecoslováquia. Ele mesmo não levou essa tese muita a sério, mas, como tudo que é palavra “chavão”, pegou. Aí Norberto Bobbio começou a construir gerações de direitos etc.<sup>18</sup>

Perfilhamos, então, o entendimento da doutrina moderna que o termo “gerações” deveria ser substituído pelo termo “dimensões”, pois assim gera a idéia de que os Direitos Humanos Fundamentais se encontram em um processo permanente de expansão e complementaridade, o que se demonstra a contento, em vista dos “novos direitos”, que se enquadrariam na 4ª e 5ª dimensões, seguindo o entendimento de Antonio Carlos Wolkmer<sup>19</sup>.

Essa visão dimensional dos Direitos Fundamentais acompanha, portanto, as transformações ocorridas na sociedade, através do seu desenvolvimento histórico, e principalmente superam a classificação dos direitos por “status”, desenvolvida por Jellinek<sup>20</sup>, que é uma das responsáveis pelo entendimento de que os Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão seriam declarações de boas intenções destituídas de exigibilidade.

Concluído os esclarecimentos de cunho conceitual e terminológico, passa-se agora a analisar a evolução Histórica desses Direitos Humanos Fundamentais.

---

<sup>18</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Palestra proferida no Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional, evento integrante da V Conferência Nacional de Direitos Humanos, realizada em Brasília, em 25 de maio de 2000. Disponível em [http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/Cancado\\_Bob.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/Cancado_Bob.htm). Acesso em 02 jul. 2004.

<sup>19</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Direitos Humanos : Novas Dimensões e Novas Fundamentações. **Direito em Debate**. Ijuí, n.16/17, p 9-32, janeiro-junho de 2002, p. 13.

<sup>20</sup> A teoria de Jellinek, resumidamente, propõe uma distinção entre o “status” negativo ou “status libertatis”, referente basicamente aos direitos individuais, o “status” ativo ou “status activae civitatis”, atinentes fundamentalmente aos direitos políticos, e o “status” positivo ou “status civitatis”, concernentes a prestações a serem conferidas principalmente pelo Estado, cf. CARRION, Eduardo. **Efetividade dos direitos na Constituição**. Revista Travelnet Jurídica. Disponível em <[www.juridica.com.br](http://www.juridica.com.br)>. Acesso em 15 jul. 2003.

### 1.3 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DE 2ª DIMENSÃO

Os Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar.<sup>21</sup>

Carlos Weis<sup>22</sup> traça uma distinção entre os direitos abarcados na 2ª dimensão:

Os econômicos têm uma dimensão institucional, baseada no poder estatal de regular o mercado, em vista do interesse público. Os direitos sociais, como forma de tutela pessoal, “são prestações positivas<sup>23</sup> proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tende a realizar a igualização de situações desiguais”. Do outro lado, os direitos culturais são os que se relacionam aos elementos portadores de referências à identidade, à ação e à memória da sociedade brasileira, em suas várias expressões, compostos por bens físicos e espirituais.

Muito apropriada é a afirmação de Sarlet, sobre os Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão<sup>24</sup>:

Os direitos de 2ª dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem às reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregada, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.

Os Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão surgiram em função da desumana situação em que vivia a população pobre das cidades industrializadas da Europa Ocidental, em resposta ao tratamento oferecido pelo capitalismo industrial e diante da inércia própria do Estado Liberal, em meados do século XIX<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 564.

<sup>22</sup> WEIS, Carlos. **Os Direitos Humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 45.

<sup>23</sup> Cabe aqui, apenas uma crítica a visão de que os direitos sociais são apenas prestações positivas do Estado, porque o Direito à greve, por exemplo, pode ser um considerado como direito social, e gera uma prestação negativa do Estado, denominada também de “liberdades sociais”.

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**.4.ed.Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 56.

<sup>25</sup> WEIS, Carlos. **Os Direitos Humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999, p.39

A afirmação dos “direitos sociais” derivou da constatação da fragilidade dos “direitos liberais”, quando o homem, a favor do qual se proclamam liberdades, não satisfaz ainda necessidades primárias : alimentar-se, vestir-se, morar, ter condições de saúde, ter segurança diante da doença, da velhice, do desemprego e dos outros percalços da vida.<sup>26</sup>

É necessário ainda frisar que o mundo encontrava-se dividido em dois blocos político - econômicos:

Fazia com que se ouvisse, no campo dos movimentos liberais-capitalistas, afirmações de que os direitos humanos econômicos, sociais e culturais eram direitos “comunistas”, enquanto no campo dos movimentos de esquerda se ouviam afirmações de que os direitos humanos civis e políticos eram direitos de “burgueses”<sup>27</sup>.

Estes Direitos Humanos Fundamentais, embora, já contemplados, embrionariamente, nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), foram consagrados em um número significativo de constituições durante o Segundo Pós-Guerra <sup>28</sup>.

Outros fatores importantes para a evolução dos Direitos Humanos Fundamentais de 2ª dimensão foram: a posição da Igreja Católica com sua doutrina social (a Encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XII, 1891); os efeitos políticos das Revoluções Mexicanas (1911) e Russa (1917); os impactos econômicos do keynesianismo e o intervencionismo estatal do New Deal; a criação da Organização Internacional do Trabalho (1919); o fortalecimento do movimento sindical; a socialização da política e do Direito,<sup>29</sup>

As principais fontes legais institucionalizadas foram positivadas na Constituição Mexicana de 1917, na Constituição Alemã de Weimar de 1919, na Constituição Espanhola de 1931 e no texto constitucional de 1934 do Brasil.

<sup>26</sup> HERKENHOFF, João Baptista. **Gênese dos Direitos Humanos**. 2.ed. Aparecida: Santuário, 2002, p.51-52.

<sup>27</sup> LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. O caráter expansivo dos Direitos Humanos na Afirmação de sua indivisibilidade e exigibilidade. In : PIOVESAN, Flávia (Org.). **Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 658.

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**.4.ed.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 55-56.

<sup>29</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Direitos Humanos : Novas Dimensões e Novas Fundamentações. **Direito em Debate**. Ijuí, n.16/17, p 9-32, janeiro-junho de 2002, p.15.

Sua consagração, segundo Barroso “marca a superação de uma perspectiva estritamente liberal, em que se passa a considerar o homem para além de sua condição individual”<sup>30</sup> e Mirkine-Guetzévitch, um dos maiores divulgadores desses direitos afirmava que :

O Estado moderno não pode contentar-se com o reconhecimento da independência jurídica do indivíduo; ele deve ao mesmo tempo criar um mínimo de condições jurídicas que permitam assegurar a independência social do indivíduo.<sup>31</sup>

Atualmente os Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão, no Brasil, estão consubstanciados principalmente nos seguintes instrumentos jurídicos:

- a) Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado pela XXI Assembléia Geral da ONU, em 16 de dezembro de 1966 e em vigor internacional a partir de 3 de janeiro de 1976, o qual o Brasil é signatário;
- b) Pacto de San José da Costa Rica, assinado em 22 de novembro de 1969, com entrada em vigor em 18 de julho de 1978, ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, sendo reconhecida a competência da Corte em 10 de dezembro de 1998;
- c) O “Protocolo de San Salvador”, assinado em 17 de novembro de 1988, com entrada em vigor em 16 de novembro de 1999, o qual o Brasil ratificou em 21 de agosto de 1996;
- d) Na própria Constituição Federal de 1988.

## 1.4 INDIVISIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Trazer à baila a concepção de indivisibilidade dos Direitos Humanos Fundamentais pode, à primeira vista, parecer uma contradição ao que foi exposto acima sobre a

<sup>30</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.p.101.

<sup>31</sup> MIRKINE-GUÉTZÉVITCH, Boris apud FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.49.

corrente a qual nos filiamos, da concepção dimensional dos Direitos Humanos Fundamentais.

Ao classificar os Direitos Humanos Fundamentais em Dimensões não se está violando a sua característica de indivisibilidade, mas tão somente salientando que existem diferenças de cunho prático e conceitual entre os Direitos Humanos Fundamentais, que são inegáveis, e que uma dosagem adequada de distinção não caracteriza a sua divisibilidade.

Jayme Benvenuto Lima Junior<sup>32</sup>, assim afirma:

Não negando a existência de diferenças entre os direitos humanos, inclusive em relação às especificidades dos instrumentos de exigibilidade, o que a indivisibilidade destaca é a impossibilidade prática de compartimentar direitos tidos como civis e políticos se houver direitos tidos como econômicos, sociais e culturais minimamente respeitados, e vice-versa.

O surgimento da Organização das Nações Unidas e dos sistemas internacionais de direitos humanos, no Pós 2ª Guerra, marca a afirmação da indivisibilidade dos direitos humanos fundamentais.

Alguns documentos internacionais que consubstanciam a imperatividade da indivisibilidade dos Direitos Humanos, serão adiante relacionados.

Em 1968, na Conferência Internacional de Teerã, é proclamado que <sup>33</sup>:

13.Como os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta impossível. A realização de um progresso duradouro na aplicação dos direitos humanos depende de boas e eficientes políticas internacionais de desenvolvimento econômico e social.

Na Assembléia Geral da ONU em 1977, a resolução nº 32/130 dispõe :

Profundamente convencida de que todos os direitos humanos e liberdades fundamentais estão interrelacionadas e são indivisíveis<sup>34</sup> .(tradução livre)

A resolução nº39/145 de 1984, da ONU, reitera:

---

<sup>32</sup> LIMA JUNIOR. Jayme Benvenuto. O caráter expansivo dos Direitos Humanos na Afirmação de sua indivisibilidade e exigibilidade. In : PIOVESAN, Flávia (Org.). **Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 658.

<sup>33</sup> Conferência Internacional de Direitos Humanos. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/teera.htm>>. Acesso em 12 dez. 2004.

<sup>34</sup> Organizações das Nações Unidas. Disponível em < [www.un.org/spanish/documents/resga.htm](http://www.un.org/spanish/documents/resga.htm)> . Acesso em 12 dez. 2004.

Reiterando também sua profunda convicção de que todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes e que deve prestar-se igual atenção e urgente consideração à aplicação, a promoção e proteção tanto dos direitos civis e políticos como os direitos econômicos, sociais e culturais. (tradução livre)<sup>35</sup>

Tais entendimentos são reafirmados pela Resolução nº 41/117 de 1986 da Assembléia Geral da ONU:

Reafirmando as disposições da Resolução 32/130 de 16 de dezembro de 1977, no sentido de que todos os direitos e liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes e que a promoção de uma categoria de direitos jamais pode eximir nem escusar os Estados à promoção e proteção aos demais direitos. (tradução livre)<sup>36</sup>

Na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em Viena (1993), em seu plano de ação ficou estabelecido que :

6. Os esforços do sistema das Nações Unidas, para garantir o respeito universal e a observância de todos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas, contribuem para a estabilidade e bem-estar necessários à existência de relações pacíficas e amistosas entre as nações e para melhorar as condições de paz e segurança e o desenvolvimento social e econômico, em conformidade com a Carta das Nações Unidas.<sup>37</sup>

Observa-se, portanto, que já existem no âmbito internacional instrumentos que respaldam a indivisibilidade dos direitos humanos, e que a existência do Pacto de Direitos Civis e Políticos separadamente do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, foi resultado mais de influência de cunho político e ideológico do que jurídico.

Carlos Henrique Bezerra Leite<sup>38</sup>, cita como exemplo típico da negativa de implementação da indivisibilidade da dignidade da pessoa humana o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH I, editado em 1996, no governo de Fernando Henrique Cardoso), por partir de uma premissa equivocada sobre a indivisibilidade dos Direitos Humanos, para eximir-se da efetiva proteção dos direitos sociais:

<sup>35</sup> Organizações das Nações Unidas . Disponível em < [www.un.org/spanish/documents/resga.htm](http://www.un.org/spanish/documents/resga.htm)> . Acesso em 12 dez. 2004.

<sup>36</sup> Organizações das Nações Unidas Disponível em < [www.un.org/spanish/documents/resga.htm](http://www.un.org/spanish/documents/resga.htm)> . Acesso em 12 dez. 2004.

<sup>37</sup> Declaração de Viena. Disponível em <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/viena/declaracao\\_e\\_programa\\_de\\_acao\\_de\\_viena.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/viena/declaracao_e_programa_de_acao_de_viena.htm)>. Acesso em 12 dez. 2004.



O fato de os direitos humanos em todas as suas três gerações - a dos direitos civis e políticos, a dos direitos sociais, econômicos e culturais, e a dos direitos coletivos - serem indivisíveis não implica que, na definição de políticas específicas - dos direitos civis - o Governo deixe de contemplar de forma específica cada uma dessas outras dimensões.<sup>39</sup>

Cabe trazer aqui a apropriada advertência de Celso Antônio de Mello<sup>40</sup>

É interessante observar que nenhum Estado ratificou apenas o Pacto de Direitos Civis e Políticos, mas alguns ratificaram apenas o Pacto de Direitos Econômicos, sociais e Culturais.

A indivisibilidade está vinculada ao princípio da Dignidade Humana. E é defendida por Carlos Weis:<sup>41</sup>

Ao se afirmar que os direitos humanos são indivisíveis se está a dizer que não existe meio-termo: só há vida verdadeiramente digna se todos os direitos previstos no Direito Internacional dos Direitos Humanos estiverem sendo respeitados, seja civis e políticos, sejam econômicos, sociais e culturais. Trata-se de uma característica de um conjunto de normas, e não de cada direito individualmente.

A própria Corte Interamericana em resposta a solicitação de parecer na ocasião da elaboração do Protocolo de San Salvador declarou que<sup>42</sup> :

Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais são autênticos direitos fundamentais. (...) Como os direitos humanos e liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais tornam-se impossíveis.(tradução livre).<sup>43</sup>

Portanto, o que se pretende com essa característica é afastar qualquer tipo de visão de que determinado Direito Humano, como o direito civil, é realmente dotado de juridicidade enquanto o direito social, por exemplo, é meramente ideológico, e ainda está enraizado apenas no Direito Natural.

<sup>38</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação Civil Pública** : Nova jurisdição trabalhista metaindividual. São Paulo: LTR, 2001, p.31.

<sup>39</sup> BRASIL. Programa Nacional de Direitos Humanos. Disponível em : <[http://www.presidencia.gov.br/publi\\_04/COLECAO/PRODHI.HTM](http://www.presidencia.gov.br/publi_04/COLECAO/PRODHI.HTM)> Acesso em : 20 jun. 2006.

<sup>40</sup> MELLO, Celso Antonio. A proteção dos direitos humanos sociais nas nações unidas. **Interesse público**, Porto Alegre, Ano 4, n. 14, abr-jun. 2002, p.59.

<sup>41</sup> WEIS, Carlos. **Os Direitos Humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 118.

<sup>42</sup> CAVALLARO, James Louis; POGREBISNSCHI, Thamy. Rumo à exigibilidade internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais na Américas: O desenvolvimento da jurisprudência do sistema interamericano. In : PIOVESAN, Flávia (Org.). **Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional**. São Paulo: Max Limonad, 2002 p.675.

<sup>43</sup> Los derechos humanos económicos, sociales y culturales son auténticos derechos fundamentales (...) Como los derechos humanos y liberdades fundamentales son indivisibles, la realizacion de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible.

## 1.5 OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DE 2ª DIMENSÃO E O SEU DESAFIO EMANCIPATÓRIO

Em uma tentativa de racionalizar a evolução dos Direitos Humanos Fundamentais, foi proposta a teoria das três fases do processo evolutivo desses Direitos.

Rafael de Asís Roig, em sua obra “Los Pardojas de los Derechos Fundamentales como limites al Poder”<sup>44</sup>, bem como Gregório Peces Barba, em “Derecho positivo de los derechos humanos”<sup>45</sup> propõem as seguintes fases:

1ª Fase – Positivização: Sem a positivização os direitos não se complementam, só são idéias morais, valores que não o são plenamente até que enraízem na realidade;

2ª Fase – Generalização: é a ampliação da titularidade dos Direitos e outros setores da população, é a expansão dos Direitos Humanos, com o aparecimento de novas exigências éticas, como os direitos econômicos, sociais e culturais.

3ª Fase – Internacionalização: Nessa fase se toma consciência da insuficiência de uma proteção a nível estatal, que sempre pode encontrar seus limites na razão do Estado;

Seguindo esta teoria, será proposta neste trabalho uma extensão evolutiva, até os dias atuais, no que tange aos Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão, ou seja, que tais Direitos Humanos estão vivendo uma 4ª Fase, a da “emancipação”.

Como já foi demonstrado anteriormente, os Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão, já estão positivados, nacionalmente e internacionalmente, e já se firmaram historicamente, e que está vivendo atualmente, o seu momento de emancipação, ou seja, de efetivação, de ser encarado realmente como Direitos Humanos Fundamentais, e de alcançar o grau de efetividade que os de 1ª Dimensão já lograram.

---

<sup>44</sup> ASIS ROIG, Rafael de apud ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 46-47

<sup>45</sup> PECES BARBA, Gregorio apud BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 50

Muitos, quanto à sua aplicabilidade, os consideram como “direitos impossíveis”<sup>46</sup>, tendo em vista as condições do regime político que bloqueiam ou dificultam o acesso ao gozo desses Direitos.

Um fator limitador para a emancipação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, é o que no Direito Internacional ficou denominado de “progressividade”, em razão do que dispõe tanto o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no seu art. 2º, como o art. 1º do Protocolo de San Salvador, assim como no art. 26 do Pacto do José da Costa Rica.

Estes tratados trazem expressamente que os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, são de “desenvolvimento progressivo”, que os Estados Partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, a fim de conseguir “progressivamente” a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais, sobre educação, cultura, etc.

Esta idéia de progressividade, aliada ao caráter programático atribuído aos Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão, torna-se uma fórmula cruel para deixar esses Direitos em um patamar estático.

Parece conduzir a uma confusão entre a característica da implantação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, com o que se convencionou chamar de “normas programáticas”, eis que o fato de tais direitos possuírem forma própria de revelar a sua eficácia não significa que sejam meros sinalizadores da ação estatal.<sup>47</sup>

O termo “emancipação” também diz respeito à necessidade de muitas vezes para questionar violações aos Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão existir ainda a quase indispensável, vinculação aos Direitos Humanos Fundamentais de 1ª Dimensão, para conseguir êxito em pleitos dessa ordem, seja em Tribunais Nacionais, como na Corte Interamericana.

---

<sup>46</sup> CAMPOS, Bidart apud WEIS, Carlos. **Os Direitos Humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 47.

<sup>47</sup> WEIS, Carlos. **Os Direitos Humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 47.

Exemplo clássico é o direito à saúde, que tem alcançado maior grau de efetividade em razão do seu atrelamento direto ao Direito à vida, mas esta dependência entre Direitos Humanos Fundamentais tem que sucumbir, para que os Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão possam seguir historicamente de forma autônoma e independente.

Alguns Tribunais têm se pronunciado expressamente quanto a “um direito social que se transmuda em direito fundamental de 1ª Geração”.<sup>48</sup>

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL - SAÚDE - DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO - DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTO A PESSOA CARENTE E PORTADOR DE ENFERMIDADE - DIREITO SOCIAL QUE SE TRANSMUDA EM DIREITO FUNDAMENTAL DE PRIMEIRA GERAÇÃO - CONDIÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL - SEGURANÇA CONCEDIDA - À UNANIMIDADE.

A saúde é um direito social previsto na Constituição Federal, cabendo ao Estado zelar por ela em toda a sua amplitude, resguardando o acesso universal a todos os que dela necessitam, para que os direitos postos à disposição dos economicamente superiores, sejam os mesmos colocados à disposição dos economicamente necessitados, inclusive no fornecimento de remédios às pessoas carentes, o que é o preciso caso dos autos.

Assim, sendo a saúde um direito social assegurado através de uma contraprestação estatal, tem o Impetrante amparo jurídico ao medicamento especificado na inicial, como parcela mínima para a sua condição existencial digna.

O outro grande desafio para essa emancipação é o equilíbrio desses Direitos Humanos Fundamentais com a falta de recursos alegada pelo Estado, através do argumento da “reserva do possível” que será adiante tratada.

Neste ponto, especificamente, é que deve ser considerado o papel do judiciário e do Ministério Público, como de suma importância, para tentar suprir com eficiência o que a administração pública não consegue, ou às vezes, infelizmente não tem vontade política para realizar.

Ponto que merece atenção para que ocorra essa emancipação é a implementação de políticas públicas e a participação da Sociedade Civil no seu controle e fiscalização.

Assim sendo, quando surge essa teoria de fases do progresso dos Direitos Humanos, não se deseja defender novamente uma visão fragmentada dos Direitos Humanos, mas visualizar o seu desenvolvimento ao longo dos anos.

A fase emancipatória aqui proposta, encontra-se embasada na idéia de autonomia dos Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão em relação aos demais direitos, mas uma autonomia solidária, tendo em vista a característica da indivisibilidade dos Direitos Humanos Fundamentais.

Boaventura apresenta uma nova teoria da emancipação que “revaloriza-se o princípio da comunidade e, com ele, a idéia de igualdade, sem mesmidade, a idéia de autonomia e a idéia de solidariedade”<sup>49</sup>

Ou seja, os Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão, merecem ser tratados no momento de sua efetivação de forma igualitária e com autonomia na sua aplicação, mas sem perder-se o sentido da solidariedade e invisibilidade com os demais Direitos Humanos Fundamentais.

Mas, antes de ser travada essa discussão é imprescindível que seja esboçada uma classificação desses Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão.

## 1.6 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DE 2ª DIMENSÃO : DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DE PROVIMENTO E DE PROTEÇÃO.

Com intuito de ser delimitado um recorte temático neste estudo, seja por questões didáticas, seja por questões de cunho pragmático, serão apresentadas algumas das diferentes classificações dos Direitos Sociais e ao final propor uma classificação que

---

<sup>48</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Deferimento mandado de segurança. Mandado de Segurança. Processo nº 100040009746. Relator: Sergio Luiz Teixeira Gama. 11 mar. 2005. Disponível em: < <http://www.tj.es.gov.br> > . Acesso em 12 dez. 2005.

<sup>49</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice** : O social e o político na pós- modernidade. 9 ed. São Paulo : Cortez, 2003, p. 278.

abarque o contorno que deseja-se enfatizar no que tange a efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão.

Classificar direitos e conceituá-los, na maioria das vezes, não se apresenta como uma tarefa fácil para os teóricos, e um consenso doutrinário torna-se distante e muitas vezes inatingível.

Conforme já foi descrito anteriormente, os Direitos Humanos Fundamentais, apresentam classificações diversas (gerações, dimensões, gestações, Direitos Individuais, entre outras) , e dissecando mais profundamente os Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão, também chamados de Direitos Humanos econômicos, sociais e culturais, encontra-se na literatura algumas classificações.

Jose Afonso da Silva classifica os direitos sociais como: Direitos Sociais do Homem Produtor e Direitos Sociais do Homem Consumidor<sup>50</sup>.

Entende, o referido autor, que os Direitos Sociais do Homem Produtor abarcam a liberdade de instituição sindical, o direito à greve, o direito de o trabalhador determinar as suas condições de trabalho, o direito de cooperar na gestão da empresa e o direito de obter um emprego, ou seja, são aqueles direitos previstos nos arts. 7º a 11 da Constituição Federal.

Já os Direitos Sociais do Homem Consumidor, seriam os elencados no art. 6º da Constituição Federal, e ainda, o direito ambiental, o direito da criança e do idoso.

Canotilho, por sua vez, já vislumbrando de forma mais aprofundada a questão da justiciabilidade apresenta preliminarmente quatro possibilidades de conformação jurídica dos direitos sociais<sup>51</sup>

- a) “normas sociais” como normas programáticas – são as normas que trazem os princípios definidores dos fins do Estado, de conteúdo eminentemente social, com relevância mais política do que jurídica.

---

<sup>50</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 287.

<sup>51</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 444-449.

- b) “normas sociais” como normas de organização – Impõem constitucionalmente ao legislador a realização de certos direitos sociais, abrindo caminho para as regulamentações legais dos direitos sociais.
- c) “normas sociais” como “garantias institucionais” - obrigam ao legislador a respeitar a essência da instituição, e por outro lado, os obrigam a proteger a Instituição, tendo em atenção os dados sociais, econômicos e políticos.
- d) “normas sociais” como direitos subjetivos públicos – compreendendo os direitos sociais como inerentes ao espaço existencial do cidadão, independente da sua justiciabilidade e exeqüibilidade imediatas. Colocando assim os direito a saúde, habitação, educação, etc no mesmo patamar de dignidade subjetiva dos direitos, liberdades e garantias.

Ao final, estendendo para o campo da efetividade, Canotilho classifica os direitos sociais subjetivos em:

- a) Direitos originários a prestações - a partir da garantia constitucional de certos direitos, se reconhece tanto o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais para efetividade desses direitos, como a faculdade do cidadão exigir de forma imediata as prestações constitutivas desses direitos.
- b) Direitos derivados a prestações – esses direitos surgem após a concretização dos direitos originários, pois são os direitos de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas e o direito de igual quota-parte nas prestações fornecidas por esses serviços.

Robert Alexy<sup>52</sup>, por sua vez, apresenta não apenas uma divisão dos direitos sociais, mas também apresenta critérios de gradação entre esses direitos.

Divide assim em: Direitos a prestações explicitamente estatuídos (que considera como sendo os Direitos Sociais Fundamentais) e Direitos a prestações adscritos interpretativamente (que considera como sendo os direitos fundamentais a prestações).

---

<sup>52</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, 2002, p.482-501.

Do ponto de vista teórico estrutural, afirma que os Direitos Sociais Fundamentais podem ser divididos de acordo com três critérios:

- a) Do Direito como sendo subjetivo ou objetivo.
- b) Das normas como sendo vinculantes ou não vinculantes.
- c) Das normas podendo fundamentar direitos e deveres definitivos ou *prima facie*.

Realizando um cruzamento de dados destes critérios estabelecidos por Alexy, surgem oito diferentes estruturas normativas dos Direitos, que se apresentam de forma gradual em termos de proteção, sendo a mais “forte” a de nível “01” e a mais “fraca” a de nível “08”, conforme podemos observar pelo quadro abaixo<sup>53</sup>:

Vinculante				Não Vinculante			
Subjetivo		Objetivo		Subjetivo		Objetivo	
Definitivos	Prima facie	Definitivos	Prima facie	Definitivos	Prima facie	Definitivos	Prima facie
1	2	3	4	5	6	7	8

Sendo assim, dentro dessa graduação, a proteção mais “forte”, seria a das normas vinculantes que garantem direitos subjetivos definitivos a prestações, e a proteção mais “fraca” as das normas não vinculantes que fundamentam um mero dever objetivo *prima facie* do Estado para outorgar prestações.

Ingo Sarlet<sup>54</sup>, busca sua classificação a partir de uma perspectiva multifuncional dos Direitos Fundamentais Sociais, na esteira de Alexy e de Canotilho, partindo da distinção primeira entre os direitos fundamentais de defesa e direitos fundamentais a prestação.

Esclarece que os direitos fundamentais de defesa são de defesa contra as ingerências do Estado na liberdade pessoal e propriedade dos indivíduos, sendo assim caracterizam-se pelo caráter de abstenção, ou seja, são direitos “negativos”.

<sup>53</sup> Ibid, p. 484.

<sup>54</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. **Revista direito do Consumidor**. n. 30 , p.99-124.



Os direitos fundamentais a prestação, são os que exigem uma postura positiva por parte do Estado “no sentido de que este se encontra obrigado colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática)”<sup>55</sup>.

Propõe para esses direitos prestacionais uma subclassificação<sup>56</sup>:

- a) Direito à prestação em sentido amplo – direitos à proteção e participação na organização e procedimento, colocando o Estado como garante da liberdade e igualdade do *status negativus*;
- b) Direito à prestação em sentido estrito – direitos a prestações sociais materiais, vinculados prioritariamente às funções do Estado Social.

Ao final, Sarlet defende que os direitos sociais estariam assim, contemplados apenas nos “direitos fundamentais a prestação em sentido estrito”, também chamado de *status positivus socialis*.

Os direitos sociais encontram-se, neste contexto, intimamente atrelados às tarefas do Estado como Estado Social, o qual justamente deve zelar por uma adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens existentes. É por esta razão que se justifica a opção por excluir do âmbito dos direitos sociais a prestação, os direitos a prestação em sentido amplo.<sup>57</sup>

Diante das relevantes classificações dos direitos sociais, suso expostas, não existe a pretensão de alijar tais classificações da teoria dos direitos fundamentais, ou mesmo apresentar críticas ferrenhas sobre as mesmas, mas tão somente propor uma classificação que atenda melhor ao escopo da presente pesquisa, que quer versar sobre algumas variáveis como: efetividade, políticas públicas e ativismo judicial.

Cabe ainda lembrar que o recorte conceitual se dará dentro de uma visão dos direitos sociais não apenas com base na Constituição Federal, mas também nos pactos internacionais.

---

<sup>55</sup> Ibid, p.102.

<sup>56</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 200-222.

<sup>57</sup> Ibid.

Ou seja, a presente classificação versará tanto sobre os direitos fundamentais como os direitos humanos.

Sendo assim, os Direitos Humanos Fundamentais Sociais podem ser classificados da seguinte forma:

- a) Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento
- b) Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Proteção

Os Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento contemplados na Constituição Federal são:

- Direito à educação
- Direito à saúde
- Direito à moradia
- Direito ao lazer
- Direito à segurança<sup>58</sup>

Tendo em vista, o protocolo adicional à Convenção Interamericana sobre os Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denominado “Protocolo de San Salvador”, assinado pelo Brasil em 17 de novembro de 1998, com entrada em vigor em 1999, podem também ser considerados como Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento:

- Direito à alimentação
- Direito aos benefícios da cultura<sup>59</sup>

Tais direitos sociais de provimento são aqueles que dependem de um “provedor”, alguma instituição que consiga provê-los de forma positiva e não mera abstenção, para que o cidadão usufrua, caracterizando o Estado, da passagem do Liberal para o Social.

---

<sup>58</sup> O direito à segurança encontra-se positivado na Constituição Federal tanto no art. 5º, no sentido de direito individual, como no art. 6º, no sentido de um direito social difuso, e é neste segundo sentido que defendemos a sua inclusão como Direitos Humanos Sociais de Provimento.

O sentido semântico, portanto, que se deseja atribuir a palavra “Provimento”, não é a conotação jurídica de provimento de cargos públicos, ou alguma decisão administrativa ou judicial de Tribunais ou Corregedores, mas sim, baseado na raiz etimológica da palavra, do latim “*provideo*”, que nos remete a um significado amplo, do verbo “prover”, de abastecer, de providenciar a cerca de, atender, suprir, remediar.<sup>60</sup>

Esse “provimento” por parte do Estado não diz respeito apenas a questões de ordem jurídica, mas também a questões de ordem fática, orçamentária e financeira, está vinculado ao surgimento dos novos direitos econômicos, sociais e culturais e a expansão do Estado-Providencia<sup>61</sup>.

Ou seja, a característica primordial (e não excludente) do referido Direito Humano Fundamental Social de Provimento é de *status* positivo por parte do Estado.

Em termos de conteúdo dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento, podemos vislumbrar uma similitude ao conteúdo do mínimo existencial, representado por um conjunto de condições iniciais para o exercício da liberdade, defendido por Ricardo Lobos Torres<sup>62</sup>: “Os direitos à alimentação, saúde e educação, embora não sejam originariamente fundamentais, adquirem status daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive”.

Quanto ao conteúdo do mínimo existencial, o próprio Ricardo Lobo Torres, defende que deve ser despido de um conteúdo específico:<sup>63</sup>

O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa e da dignidade do homem, na

<sup>59</sup> Cabe aqui lembrar da EC nº 48/2005, que inseriu no art. 215 da Constituição Federal, o § 3º sobre o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público.

<sup>60</sup> HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss de língua portuguesa**. Disponível em <http://houaiss.uol.com.br> > Acesso em 01 mai 2006.

<sup>61</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade**. 9.ed.São Paulo: Cortez, 2003, p. 167.

<sup>62</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos Humanos e a tributação: Imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 133.

<sup>63</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania Multidimensional na Era dos Direitos In: \_\_\_\_\_(Org): **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001,p. 243-342.

Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios dos cidadãos. (...) O Problema do mínimo existencial confunde-se com a própria questão da pobreza.

Já Ana Paula Barcellos<sup>64</sup>, apresenta quatro elementos desse conteúdo do mínimo existencial: Educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e o acesso a Justiça.

Ocorre que como a própria autora justifica, esse conteúdo foi apresentado, após exame sistemático da Constituição Federal de 1988, e como já foi frisado anteriormente, o arcabouço jurídico que está sendo analisado nesse estudo, transcende a Constituição Federal e abarca os Pactos Internacionais. Assim sendo, defendemos que o conteúdo do mínimo existencial integra os Direitos Humanos Fundamentais Sociais, aqui denominados de Provimento.

Em uma tentativa de ilustrar o que foi descrito por Juan Carlos Gavara de Cara<sup>65</sup> sobre o mínimo existencial, e para melhor ser compreendido o sentido que se quer dar aos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento recorreremos aos dois círculos concêntricos, abaixo:

---

<sup>64</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, p. 258.

<sup>65</sup> GAVARA DE CARA. Juan Carlos apud BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, p. 253.

## DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL SOCIAL DE PROVIMENTO



Portanto, este Direito Humano Fundamental Social de Provimento contempla tanto o dito “mínimo existencial” como as deliberações políticas que orbitam em volta desse conteúdo mínimo.

É dizer que, essa espécie de Direito Humano Fundamental Social deve ser encarada dentro da complexidade inerente às questões da implementação de políticas sociais, que exigem do Poder Público uma ampla concepção de dignidade humana e de atos políticos que exigem uma prestação positiva por parte do Estado.

Observa-se assim, que tais direitos guardam semelhança com os direitos à prestação, que foram acima mencionados, defendidos tanto por Canotilho como por Ingo Sarlet.

O que os difere é quanto à proposta de uma visão aberta e holística da complexidade que caracteriza tais direitos, que envolvem as deliberações políticas e o mínimo existencial, mas ao mesmo tempo delimitando o seu conteúdo dentro de parâmetros positivados, seja pela Constituição Federal, seja pelo Pacto de San José da Costa Rica.

Ao delimitar o seu conteúdo ao direito positivado, espera-se dessa forma, contribuir para uma melhor efetividade desses direitos, bem como, dar condições para um ativismo judicial dotado de segurança jurídica.

De outro giro, os Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Proteção contemplados na Constituição Federal são:

- Direito ao Trabalho
- Previdência Social
- Proteção à Maternidade
- Proteção à Infância
- Assistência aos desamparados

De forma extensiva, com base no Protocolo de San Salvador, podem também ser considerados como Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Proteção:

- Direito a condições justas, equitativas e satisfatórias ao trabalho
- Direitos sindicais
- Direito a um meio ambiente sadio
- Direito à constituição e proteção à família
- Direito da criança
- Proteção de pessoas idosas
- Proteção de deficientes

Tais direitos sociais de proteção, como o próprio nome assevera, tem um cunho de proteção ( e não de protecionismo) a determinados direitos, e sua raiz etimológica

vem do latim “*protectio*”<sup>66</sup>, que se origina nas abas que se construíaam nos telhados para aumentar sua área de cobertura.

Os Direitos Sociais de Proteção exigem por parte do Estado não apenas atos positivos para sua efetividade, mas também negativos, para que esses direitos protegidos não sejam violados. Por exemplo, não poluição dos rios, não discriminação social das pessoas portadoras de necessidades especiais, etc.

A característica primordial (e não excludente) é a de *status* negativo por parte do Estado.

Frisa-se, aqui como característica primordial, de uma e de outra categoria de direitos humanos fundamentais sociais, pois tais direitos não se apresentam de forma homogênea, o que dificulta uma forma de classificação excludente e estaque.

Apresentada esta classificação, necessário se faz esclarecer que o presente estudo deter-se-á ao aprofundamento das questões relativas aos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento.

Percebe-se, claramente, que as modalidades de políticas públicas que devem ser implementadas para dar efetividade a esses Direitos Humanos Fundamentais, adquirem contornos diversos, por conta das características primordiais de cada categoria de Direitos Humanos Fundamentais Sociais.

No campo da efetivação destes direitos observam-se também suas distinções, principalmente no que tange aos direitos sociais de proteção, que possuem instrumentos jurídicos próprios como a CLT, ECA, Estatuto do Idoso, etc.

Eis outro motivo para a propositura desta classificação, pois o presente trabalho, principalmente na esfera processual poderia tomar caminhos longínquos e talvez até

---

<sup>66</sup> HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss de língua portuguesa**. Disponível em <http://houaiss.uol.com.br> > Acesso em 01 mai 2006.

mesmo pantanosos, se a tentativa fosse que este estudo contemplasse de forma ampla todos os Direitos Humanos Fundamentais Sociais.

Após este recorte do objeto de estudo, cumpre analisar se a efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento seria mera quimera constitucional, ou seja, cumpre analisar a base utópica dessa efetividade.



## 2 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DE PROVIMENTO SERIA UMA UTOPIA DO PODER CONSTITUINTE?

Ao debruçar sobre um tema que envolve a concretização dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento, ou seja a sua efetividade, o primeiro questionamento a ser levantado é: Será que conseguir concretizar os Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento, da forma como foi positivada nos Pactos Internacionais, bem como pelo Poder Constituinte, não seria um utopia?

Seria mais um daqueles estudos teóricos, completamente fora da realidade jurídica e social, ou seja, utópico?

Diante destes questionamentos, o primeiro passo seria compreender filosoficamente e sociologicamente o conceito de utopia e contextualizá-lo nos dias atuais, relacionando-o ao próprio conceito de efetividade, utilizando como base teórica o pensamento do sociólogo contemporâneo “Boaventura de Souza Santos”.

### 2.1 CONCEITO DE UTOPIA

Se consultarmos o conceito de utopia nos dicionários populares, iremos encontrá-la definida como:

**Utopia.1** O que está fora da realidade, que nunca foi realizado no passado nem poderá vir a sê-lo no futuro. **2** Plano ou sonho irrealizável ou de realização num futuro imprevisível; Ideal. **3** Fantasia, quimera.<sup>67</sup>

Mas ao foliarmos um dicionário de filosofia<sup>68</sup>, nos depararemos com duas vertentes de conceito, uma de cunho mais condizente com o dicionário popular:

<sup>67</sup> MICHAELIS: moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1998, p. 2169.

<sup>68</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.987.

Utopia representa a correção ou a integração ideal de uma situação política, social ou religiosa existente. Como muitas vezes aconteceu, essa correção pode ficar no estágio de simples aspiração ou sonho genérico, resolvendo-se numa espécie de evasão da realidade vivida.

E outra vertente, mas condizente com o conceito que se quer buscar nesse estudo: “Mas também pode torna-se força de transformação da realidade, assumindo corpo e consistência suficientes para transformar-se em autentica vontade inovadora e encontrar os meios de inovação.”<sup>69</sup>

A palavra utopia, vem da raiz grega, que denota um “lugar”, mas o prefixo quer dizer tanto: “inexistente”, como “possivelmente”, e cinicamente, ambos<sup>70</sup>.

O conceito de utopia é distinto do mito, da imaginação ou da fantasia. A utopia é a representação daquilo que não existe ainda, mas que poderá existir se o homem lutar para a sua concretização. A utopia fundamenta-se na imaginação orientada e organizada. É a consciência antecipadora do amanhã, alimentando o projeto de luta e fazendo História.<sup>71</sup>

No Direito, assume papel fundamental, pois é a utopia que dá luzes para ver e julgar o Direito vigente na sociedade. É a utopia que dá instrumentos para ver e construir pela luta o Direito do amanhã.

Deve se analisar o conceito de utopia de forma distinta do conceito de Ideologia, conforme defende Mannheim<sup>72</sup>, que a utopia é algo destinado a realizar-se, ao contrario da ideologia:

As ideologias são as idéias situacionalmente transcendententes que jamais conseguem *de facto* a realização de seus conteúdos pretendidos.  
(...) As utopias também transcendem a situação social, pois também orientam a conduta para elementos que a situação, tanto quanto se apresente em dada época, não contém. Mas não são ideologias na medida e até o ponto em que conseguem, através da contra-atividade, transformar a realidade histórica existente em outra realidade, mas de acordo com suas próprias concepções.

---

<sup>69</sup> Ibid

<sup>70</sup> SKINNER, Burrhus Frederic. **Os pensadores** : Contingências do reforço – uma análise teórica. São Paulo : Abril Cultural, 1980, p. 199.

<sup>71</sup> HERKENHOFF, João Baptista. **Direito e Utopia**. São Paulo : Acadêmica, 1993, p.7.

<sup>72</sup> MANNHEIM, Karl. **Ideologia e Utopia**. 3.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976, p.222-223.

Por isso, manter aceso o espírito utópico é fundamental para o processo histórico da humanidade: “Toda vez que a utopia desaparece, a história deixa de ser um processo que conduz a um fim último”<sup>73</sup>.

Sendo o homem, o “Senhor da sua própria história”, detentor do livre-arbítrio e responsável por suas escolhas, Mannheim, defende que a inércia perante a sua capacidade de transformação faz com que o próprio homem se transforme em coisa, gerando um verdadeiro paradoxo:

O do homem, que, tendo alcançado o mais alto grau de domínio racional da existência, se vê deixado sem nenhum ideal, tornando-se um mero produto de impulsos. (...) O homem perderia, com o abandono das utopias, a vontade de plasmar a histórica e, com ela, a capacidade de compreendê-la.<sup>74</sup>

Para Pierre Furter<sup>75</sup>, a função do pensamento utópico é o de favorecer a crítica da realidade, e tem ainda a função de ser uma forma de ação.

Boaventura Santos<sup>76</sup>, esclarece que a teoria crítica moderna esteve sempre ligada a idéia da espera, uma espera com esperança, sendo a teoria crítica uma secularização fiel da esperança bíblica. Se analisarmos a teoria crítica, sem a característica da esperança, nos deparamos apenas como uma alternativa de lutar contra a inevitabilidade dos riscos. Portanto, é necessário assumir uma posição explicitamente utópica.

A utopia, é assim, o realismo desesperado de uma espera que se permite lutar pelo conteúdo da espera, não em geral, mas no exacto lugar e tempo em que se encontra. A esperança não reside, pois, num princípio geral que providencia para um futuro geral. Reside antes na possibilidade de criar campos de experimentação social onde seja possível resistir localmente às evidências da inevitabilidade, promovendo com êxito alternativas que parecem utópicas em todos os tempos e lugares excepto naqueles em que ocorreram efectivamente.

O autor lusitano, continua a desenhar o seu conceito de utopia :

<sup>73</sup> Ibid, p.276.

<sup>74</sup> Ibid, p.285.

<sup>75</sup> FURTER, Pierre apud HERKENHOFF, João Baptista. **Direito e Utopia**. São Paulo : Acadêmica, 1993, p. 9.

<sup>76</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: Contra o desperdício da experiência**. 3.ed. São Paulo : Cortez, 2001, p.36.

A utopia é a exploração de novas possibilidades e vontades humanas, por via da oposição da imaginação à necessidade do que existe, só porque existe, em nome de algo radicalmente melhor que a humanidade tem direito de desejar e por que merece a pena lutar.<sup>77</sup>

Considera a utopia duplamente relativa, porque por um lado, é a chamada de atenção para o que não existe como parte integrante do que existe, e por outro lado, é a imaginação do novo que é composta em parte por novas combinações e novas escalas do que já existe.

Portanto, para o exercício da utopia, é essencial uma profunda compreensão da realidade, para que a radicalidade da imaginação não colida com o seu realismo.

## 2.2 O PENSAMENTO UTÓPICO AO LONGO DA HISTÓRIA

O pensamento utópico está presente, ao longo da história, em:

Moisés, no seu caminho de busca da Terra Prometida; está presente em Amenófis IV, o faraó do Egito que sonhou com um mundo de iguais e foi assassinado pelos que detinham os privilégios; ele está presente na República, de Platão; na Utopia de Tomás Morus; na Cidade Sol, de Campanella; na Nova Atlântica de Bacon; no Contrato Social de Rousseau; na Cidade Eterna Paz, de Kant; na Evolução Dialética, de Hegel; no Paraíso do Proletariado, de Marx; na visão do Alfa e Ômega, de Teilhard de Chardin; no Instante Eterno, de Kierkegaard; na Esperança e no Mistério, de Gabriel Marcel; no Princípio da Esperança, de Ernst Bloch; no Projeto Esperança, de Roger Garaudy; no Movimento Pró-Direitos Cívicos, de Luther King, nas lutas de Libertação, de Che Guevara; no Mundo sem Prisões, de Michel Foucault; no projeto de um Terceiro Mundo emergindo de suas próprias raízes, de Frantz Fanon, na Minorias Abraâmicas, de Helder Câmara.<sup>78</sup>

Skinner<sup>79</sup> apresenta algumas técnicas utópicas, que serão a seguir descritas para uma melhor contextualização histórica da utopia.

Na “República”, Platão, retratou uma sociedade bem administrada, segundo um modelo da Cidade-Estado Grega, colocava o seu êxito em um governante que fosse

<sup>77</sup> Idem. **Pela mão de Alice** : O social e o político na pós- modernidade. 9 ed. São Paulo : Cortez, 2003, p.323.

<sup>78</sup> HERKENHOFF, João Baptista. **Direito e Utopia**. São Paulo : Acadêmica, 1993, p. 8.

sábio, ou seja, usava a cômoda estratégia, de quando você não sabe o que fazer, existia o Rei- Filósofo, que saberia exatamente o que fazer, só que em sua obra não ficava claro, como o Rei deveria fazê-lo.<sup>80</sup>

Santo Agostinho desenvolveu a “Cidade de Deus”, onde a vida era baseada na autoridade suprema, e quem fosse para o céu seria feliz, mas não deixou claro o porquê dessa felicidade.<sup>81</sup>

Portanto, Platão esperava encontrar a boa vida *sub homine*, Santo Agostinho, *sub Deo*, restava a proposta apresentada por Tomas More, de que ela poderia ser encontrada *sub lege*.

Thomas More, em setembro de 1516, usou a palavra “Utopia”, para designar uma ilha cujos habitantes haviam instituído um sistema ideal de governo. More<sup>82</sup>, demonstra a importância das cartas magnas para que os homens estabelecessem acordos entre si a fim de viverem juntos pacificamente.

A Utopia, More, é uma ilha que tem 54 cidades, tendo como capital Amaurota, local onde todos os anos são nomeados 3 velhos experientes como deputados de cada. Os Magistrados são escolhidos por trinta famílias, que por sua vez escolhem através de voto secreto, entre quatro cidadãos indicados pelo povo, um Príncipe. O Principado é vitalício, exceto, se pesar a suspeita de tal príncipe aspirar à tirania. Diante de questões relevantes, a constituição prevê toda a ilha deve ser convocada para opinar sobre tal assunto.<sup>83</sup>

Ampliando o apelo de More à razão na utopia fragmentada, Francis Bacon, escreve “Nova Atlantis”, na qual esperava soluções do governo e da lei, na “Casa de Salomão”, para resolver os todos os problemas de seus súditos: “ Este rei tinha um

---

<sup>79</sup> SKINNER, Burrhus Frederic. **Contingências do reforço**: Uma análise teórica. São Paulo : Abril Cultural, 1980, p.198-201.

<sup>80</sup> PLATÃO. **A República**. 8.ed.Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p.163.

<sup>81</sup> SKINNER, Burrhus Frederic. **Contingências do reforço**: Uma análise teórica. São Paulo : Abril Cultural, 1980, p.199.

<sup>82</sup> MORE, Thomas. **Utopia**. São Paulo : Abril Cultural, 1979, p.165-314.

<sup>83</sup> Ibid.

“grande coração”, um inesgotável amor ao bem; e era totalmente dedicado a tornar seu reino e seu povo felizes”<sup>84</sup>

Como na lei e na ordem, não estavam ainda dispostas as respostas para a boa vida, Erasmo de Rotterdam, em “Elogio da Loucura”<sup>85</sup>, lança a idéia de que o governo não é o mais importante, pois se não fosse a loucura do sexo, ninguém teria nascido, e não fosse pela loucura do apetite, ninguém sobreviveria para ser governado.

Não demorou muito para que outras dúvidas fossem colocadas sobre a suficiência da lei e ordem, Rosseau, por exemplo, no “Contrato Social”<sup>86</sup>, defendia que o governo além de desnecessário era inimigo da boa vida, e que o homem selvagem era sábio e bom, mas o governo o havia corrompido.

Karl Marx defendida que a felicidade humana pudesse ser relacionada não tanto com a ausência do governo, mas com a abundância dos bens<sup>87</sup>, ou seja, uma utopia subordinada a princípios econômicos.

Surge então uma corrente, no Sec. XIX, exemplificada por “Novidades de Nenhures”, de William Morris e “Olhando para trás”, de Edward Bellamy, que defendia que a boa vida aconteceria quando os instrumentos necessários fossem postos à disposição de todo o mundo. No Sec. XX, insere-se a “utopia comportamental”, cujos expoentes são Freud e Pavlov.<sup>88</sup>

Não deve-se deixar também de ser mencionada, a moderna utopia de Hannah Arendt, que defende que os conceitos de Estado e Soberania necessitam mudar e propõe como modelo de governo, os Conselhos:

Esta nova forma de governo é o sistema de conselho, que, como sabemos, pereceu em todo lugar e em toda época, destruído diretamente pela burocracia dos Estados-nações ou pelas máquinas dos partidos. Se esse sistema é uma pura utopia – de qualquer modo seja uma utopia do povo, não a utopia de teóricos e ideólogos – eu não posso dizer. Parece-me, no entanto,

<sup>84</sup> BACON, Francis. **Nova Atlântica**. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 251.

<sup>85</sup> ROTTERDAM, Erasmo. **Elogio da Loucura**. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 3-151.

<sup>86</sup> ROSSEAU, Jean Jaques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 94-98.

<sup>87</sup> SKINNER, Burrhus Frederic. **Contingências do reforço**: Uma análise teórica. São Paulo : Abril Cultural, 1980, p.200.

<sup>88</sup> Ibid, p.200-201.

a única alternativa que já apareceu na história e que tem reaparecido repetidas vezes.<sup>89</sup>

A autoria menciona que a organização espontânea de sistemas de conselhos ocorreu em todas as revoluções: Revolução Francesa, Revolução Americana, na Comuna de Paris, na Revolução Russa, no despertar das revoluções na Alemanha e Áustria, no fim da Primeira Guerra Mundial e na Revolução Húngara.<sup>90</sup>

Este Estado-Conselho, seria dotado de diversos espaços-públicos dentro dele, ampliando assim o debate, e não seria necessário a existência de partidos, para que não houvesse a manipulação do eleitorado.<sup>91</sup>

Haveria um acesso auto-seletivo a esses Conselhos, pois nem todo residente de um país precisaria ser membro de tais Conselhos. Ou seja, esse processo seletivo, levaria a uma verdadeira elite política, composta de pessoas realmente interessadas em assuntos públicos.<sup>92</sup>

Um Estado- Conselho deste tipo, para qual o princípio de soberania fosse totalmente discrepante, seria admiravelmente ajustado às mais diversas espécies de federações, especialmente porque nele o poder seria constituído horizontalmente e não verticalmente.<sup>93</sup>

Percebe-se assim, que desde os primórdios da filosofia, até os dias de hoje, a preocupação com a Utopia, sob diferentes enfoques se fez presente.

Cabe agora, trazer o conceito da Utopia para o enfoque jurídico, e analisar os seus influxos para o Direito.

---

<sup>89</sup> ARENDT, Hannah. **Crises da República**. 2.ed. São Paulo: Perspectiva, 1999, p.198.

<sup>90</sup> Ibid, p.198.

<sup>91</sup> Ibid, p. 200.

<sup>92</sup> Ibid, p. 201.

<sup>93</sup> Ibid, p. 201.

## 2.3 ENTRE A UTOPIA JURÍDICA E O PRAGMATISMO UTÓPICO

Boaventura Santos, trata do dilema travado com o liberalismo: de que todos os futuros seriam possíveis, desde que contidos num mesmo futuro capitalista<sup>94</sup>.

Enquanto as Ciências Sociais deveriam descobrir as regularidades e as causas da mudança social, o Direito deveria transformar tais regularidades em regulações jurídicas eficazes<sup>95</sup>.

Para o autor, a origem da transformação do direito estatal em utopia, estava no fato de que como as ciências sociais ainda não estavam desenvolvidas, a sua prioridade lógica deu lugar a uma subordinação pragmática aos imperativos inadiáveis da regulação social, ou seja, o Direito estatal estava a meio caminho entre o saber regulatório (ordem) e a ignorância regulatório (caos)<sup>96</sup>.

Assim, o direito estatal, disponibilizou-se “para ser tanto o *ersatz* da ciência como a pré-compreensão do conhecimento científico ainda não desenvolvido”<sup>97</sup>, dando origem a uma utopia muito peculiar.

È traçado então um paralelo entre a mudança social normal e a utopia jurídica. A mudança social normal é a idéia de um processo contínuo de transformações fragmentárias e graduais, sancionadas pelo direito estatal. Tal direito também é entendido como sendo de evolução contínua, gradual e legal<sup>98</sup>.

Boaventura Santos, desenvolve, a teoria que este modelo de mudança social normal se baseia numa utopia jurídica gerida pelo Estado.

Neste modelo de mudança social normal, o Estado desenvolve três estratégias: acumulação, hegemonia e confiança, e cada estratégia deve contribuir para a

---

<sup>94</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: Contra o desperdício da experiência. 3.ed. São Paulo : Cortez, 2001, p.175

<sup>95</sup> Ibid, p.175.

<sup>96</sup> Ibid, p.175.

<sup>97</sup> Ibid, p.175.



mudança social normal, sendo esta concebida como um misto de repetição social e de melhoria social<sup>99</sup>.

Portanto, através do seu sistema jurídico, é que o Estado moderno tornou-se o principal garante da confiança em massa de que necessita a sociedade moderna<sup>100</sup>.

Ocorre que com o passar dos anos, o Estado se demonstrou incapaz de sustentar, à escala global, um bem-estar social mercadorizado, surgiu a necessidade das interações transnacionais, desgastando a credibilidade da confiança proporcionada pelo Estado, colocando assim, os pressupostos acima mencionados, “em xeque”, devido ao atual período de transação paradigmática, em que se está na busca de novos paradigmas de transformação social.

Passa-se então a tratar a relação do Direito com a Revolução, pois a mudança social normal assentou-se na rejeição da revolução como modelo aceito de transformação social. Se antes existia um apelo para a separação do Direito relativamente ao Estado, agora urge um apelo para uma rearticulação do direito com a revolução.

O meu argumento é que a revolução foi rejeitada não por se ter tornado desnecessária, mas porque as formas predominantes que assumiu desde o século XIX traíram, elas próprias, a necessidade de revolução. Basta passar os olhos pelas injustiças opressões do sistema mundial para concluir que o projecto emancipatório da revolução é hoje mais necessário do que nunca. A rearticulação do direito com a revolução que eu proponho tem a ver com esse projecto e não com as diferentes formas políticas dos movimentos revolucionários do nosso século.<sup>101</sup>

Defende-se a existência de uma tensão multi-secular entre regulação e emancipação que constitui a força impulsionadora do Direito Moderno, pois daqui para frente se viverá num período pós-revolucionário que, por declarar ser o último, se converte em contra-revolucionário, então será a revolução que ficará submetida ao direito, pois no momento em que o direito é convertido em direito estatal, a revolução fica sem direito.

---

<sup>98</sup> Ibid, p.176.

<sup>99</sup> Ibid, p. 177.

<sup>100</sup> Ibid, p. 178.

<sup>101</sup> Ibid, p.182.

## 2.4 A UTOPIA E OS CONFLITOS PARADIGMÁTICOS

Boaventura Santos, dedica-se à abordar a utopia e os conflitos paradigmáticos da Modernidade.

Constata que não é fácil hoje defender ou propor a utopia, por se estar vivendo em uma fase de crise paradigmática, de transação entre os paradigmas epistemológicos, sociais, políticos e culturais, não sendo o bastante criticar o paradigma ainda dominante, mas definir o paradigma emergente<sup>102</sup>.

Alia-se ainda, o fato de que, a expansão da racionalidade científica e da ideologia cientista criou um ambiente hostil ao pensamento utópico. A dimensão utópica da sociedade comunista foi suprimida por Marx, sob o determinismo científico, como se as leis da evolução da sociedade pudessem prever um futuro radicalmente diferente das leis. E ainda, o impacto do cientismo de Fourier tenta criar uma utopia científica, ao invés de negar a utopia, por via da ciência.<sup>103</sup>

Passa então, a se fazer os seguintes questionamentos:

Não será que a morte do futuro que hoje temos foi anunciada há muito pela morte da utopia? Não será que a perda da inquietação e busca de uma vida melhor contribuiu para a emergência da subjetividade conformista que considera melhor, ou pelo menos inevitável, tudo o que for ocorrendo só porque ocorre e por pior que seja? Diz Sartre que “uma idéia antes de ser realizada se parece estranhamente com a utopia”. Será que a recusa da utopia não acabou por redundar na recusa das idéias por realizar?<sup>104</sup>

Nem o próprio Boaventura Santos, arriscou responder aos seus questionamentos, mas esclarece que apesar de algumas utopias serem realizadas, não é da natureza da utopia a sua realização. O que importa realmente não é o que diz sobre o futuro, mas a arqueologia virtual do presente que a torna possível<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice** : O social e o político na pós- modernidade. 9 ed. São Paulo : Cortez, 2003, p. 322.

<sup>103</sup> Ibid, p. 323.

<sup>104</sup> Ibid, p. 324.

<sup>105</sup> Ibid, p. 324.

A conclusão paradoxal que chega é que o importante na utopia não é o que nela é utópico.

A utopia, segundo Boaventura Santos, deve subverter as combinações hegemônicas do que existe, destotalizar os sentidos, desuniversalizar os universos, desorientar os mapas, tendo como principal objetivo “descompor a cama onde as subjetividades dormem um sono injusto”.<sup>106</sup>

A utopia passar a ser a única saída para a emancipação social, consolidando, através dela, a sua trajetória epistemológica, do colonialismo para a solidariedade.

Percebe-se assim que a utopia torna-se o motor propulsor de mudanças, e que mesmo que essas mudanças na realidade não ocorram, o mais importante é o fato de que como protagonistas de uma história em andamento, os homens não se coloquem em uma posição de inércia.

Inércia essa inclusive, que foi brilhantemente imortalizada visualmente na obra do pintor espanhol Goya, intitulada: “O sono da razão produz monstros”.

Os operadores do direito devem, portanto, estar despertos para essa transição paradigmática, para que não se tornem assim a parte adormecida diante da produção dos monstros da desigualdade social, do apego ao formalismo exacerbado e de tantos outros monstros que circundam a dificuldade em se aplicar o Direito.

## 2.5 A EFETIVIDADE COMO HETEROTOPIA DO POSSÍVEL

Após as conclusões sobre a utopia, seus conceitos e conseqüências, Boaventura Santos, propõe não uma utopia, mas uma heterotopia, pois não pretende propor a invenção de um lugar, mas uma deslocação radical dentro de um mesmo lugar, que

---

<sup>106</sup> Ibid, p. 325.

é o nosso, considerando uma deslocação da ortotopia para a heterotopia, ou seja, do centro para a margem, com a finalidade de tornar possível uma visão telescópica do centro, ao mesmo tempo em que quer tornar possível uma visão microscópica do que ele exclui para ser centro<sup>107</sup>.

Denomina a sua heterotopia de “Pasárgada 2”, esclarecendo que não se trata de um lugar inventado, mas de um nome inventado de um lugar da nossa sociedade, a uma distância subjetivamente variável do lugar onde vivemos.

Em Pasárgada 2 vigora a idéia de que estamos efectivamente em um período de transição paradigmática e que é preciso tirar todas as conseqüências disso. Todas ou algumas, pois também se reconhece que este período de transição está ainda no começo e portanto não apresenta ainda todos os seus traços. Em Pasárgada 2 estuda-se com muita atenção o século XVII porque foi um século em que circularam vários paradigmas científicos.<sup>108</sup>

Trata-se de uma comunidade educacional:

Os estudantes são todos os cidadãos enquanto trabalham, descansam e estudam. É pautada por um duplo objectivo: ampliar o conhecimento dos paradigmas em presença e promover a competição entre eles de modo a expandir as alternativas de prática social e pessoal e as possibilidades de lutar por elas<sup>109</sup>.

A utopia proposta por Boaventura, é uma utopia do possível, e de um mundo real e palpável, não imaginário, que é tão pragmática quanto o próprio senso comum.

Os Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento, assim como os demais Direitos Humanos Fundamentais, não podem ser apresentados apenas como uma criação legislativa, mas como criação de toda a sociedade, no seu contexto histórico e cultural, o que vai ao encontro a dita, efetividade das normas.

O prisma desse estudo, como se verá no desenrolar desse trabalho, será voltado para a realidade social, para a real e concreta efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento.

---

<sup>107</sup> Ibid, p. 325.

<sup>108</sup> Ibid, p. 326.

Para tanto, necessário se faz apresentar uma distinção entre Efetividade ou Eficácia Social da Eficácia Jurídica.

A efetividade segundo Barroso<sup>110</sup> é:

a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

Já o conceito de eficácia jurídica, defendido por José Afonso da Silva :

Designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica, e não efetividade.<sup>111</sup>

A efetividade passa a ser assim constituída pelo alcance dos objetivos da norma, designando uma efetiva conduta que esteja acorde com a conduta prevista pela norma.

A eficácia jurídica também foi objeto de estudo de Ana Paula de Barcellos<sup>112</sup>. Ao tratar sobre os princípios constitucionais, esclarece que a eficácia jurídica é um atributo associado às normas e consiste naquilo que se pode exigir, judicialmente se necessário.

Em virtude dessa questão relativa à aplicabilidade, a autora, propõe modalidades diferentes de eficácia jurídica, exposta em um ordem hierarquia, em ordem decrescente de consistência : a) perfeitamente simétrica ou positiva; b) nulidade; c) ineficácia; d) anulabilidade; e) negativa; f) vedativa do retrocesso; g) penalidade; h) interpretativas; i) outras.

---

<sup>109</sup> Ibid, p. 326.

<sup>110</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**, 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 85.

<sup>111</sup> SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.66.

<sup>112</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 59-76.

Não seria pertinente, tratar aqui das modalidades propostas pela autora, mas apenas demonstrar que o enfoque dogmático que é dado à eficácia jurídica é diferenciado ao que é dado à efetividade, pois a eficácia diz respeito àquilo que, baseado em uma norma, pode-se exigir judicialmente, enquanto a efetividade diz respeito ao efeito dessa norma no mundo dos fatos para os destinatários das normas.

Ana Paula Barcellos elenca o conjunto de circunstâncias, de natureza variada, que podem interferir na efetividade das normas<sup>113</sup>:

(i)O comando da norma pode ter sido superado socialmente;(ii) As pessoas simplesmente desconhecer o comando;(iii) Não há na localidade, órgão judiciário e o acesso ao mais próximo é difícil e dispendioso;(iv) As pessoas podem não ter recursos para ir a Juízo;(v)O Judiciário interpreta a norma de modo a esvaziar esse comando; etc.

Além dessas circunstâncias, a modalidade de eficácia que venha a ser reconhecida às normas jurídicas em geral, e as constitucionais, em particular, poderá também ser um obstáculo à sua efetividade;

Fazendo uma análise sobre a interpretação do Judiciário que pode esvaziar determinado comando e a modalidade de eficácia que venha a ser reconhecida à norma, pode-se concluir que eficácia jurídica e efetividade estão embrionariamente ligadas, pois a norma para ter efetividade, muitas das vezes precisa ter também eficácia jurídica, ou como, bem ilustrou Sarlet “ao tratarmos de eficácia jurídica dos direitos fundamentais, nos situamos, em verdade, na ante-sala de sua efetivação”<sup>114</sup>.

É neste sentido, que a heterotopia de Boaventura se enlaça a efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento, ao passarmos do centro do “mundo jurídico” (Validade, vigência, eficácia da norma, questões processuais, etc.), para a sua margem (efetividade da norma), que nada mais é do que a realização da norma em prol da sociedade.

Pois, para Boaventura a finalidade da heterotopia é tornar possível uma visão telescópica do centro, ao mesmo tempo em que quer tornar possível uma visão microscopia do que ele exclui para ser centro.

<sup>113</sup> Ibid, p.76.

<sup>114</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.231.

Ou seja, ao termos uma visão microscopia da efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento, suas diversas variáveis se dilatam, como a questão das políticas públicas, do ativismo judicial e da participação da sociedade civil para essa efetividade, sem que se perca de vista (por conta da visão telescópica) a validade, vigência, eficácia da norma e demais institutos jurídicos que orbitem a volta da efetividade.

A efetividade, então, passa a ser a heterotopia do possível, mesmo que seja o possível que ainda não se realizou, ou está em vias de realização.

Cabe lembrar a frase de Herkenhoff, de que “O presente pertence aos pragmáticos. O futuro é dos utopistas”<sup>115</sup>.

Sendo assim, para corroborar, e assumir o caráter utópico do presente estudo, conforme a acepção semântica de utopia já exposta, serão apresentadas as veredas “do possível”, nos capítulos que seguem.

---

<sup>115</sup> HERKENHOFF, João Baptista. **Direito e Utopia**. São Paulo : Acadêmica, 1993, p.9.

### 3 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DE 2ª DIMENSÃO

As políticas públicas serão tratadas com um dos instrumentos para a efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão

#### 3.1 A ORIGEM DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Para se entender as chamadas políticas públicas é necessário buscar a sua Etiologia, ou seja, estudar as suas causas e sua origem<sup>116</sup>

O que ocorreu foi um desenvolvimento histórico em que a visão de Estado era um “Estado Nomocrático” (nomos+crático), em que a preponderância do Poder Legislativo, embasada principalmente no Pensamento de Locke, representava que a edição da norma seria o coroamento da atividade do Estado.<sup>117</sup>

A função legiferante parecia bastar à boa gestão da coisa pública, pois o Estado não designava um poder que age, mas uma autoridade que zela pela tranquilidade e segurança da sociedade, gerando aquilo que Rosseau chamava de “situação de inanição” ou como pode ser chamada também de uma Nomocracia Estática .<sup>118</sup>

Em contraposição a essa visão do Estado, vai despontando o Estado Social de Direito, propondo assim um “Estado Telocrático “ ( telos+crático), onde os poderes públicos não se contentam mais em produzir normas gerais, mas querem alcançar metas predeterminadas.<sup>119</sup>

---

<sup>116</sup> MILARÉ, Edis. **Ação Civil Pública**: 7.347/85 – 15 anos. 2 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002, p.777-782.

<sup>117</sup> Ibid.

<sup>118</sup> Ibid



Assim, a edição de uma lei vincula ao dever de realização eficiente do programa estabelecido na norma-objetivo, o Estado passar a ser a fonte provedora e mantenedora de políticas públicas estabelecidas em prol de finalidades específicas do bem comum.

### 3.2 CONCEITOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Conceituar políticas públicas não é tarefa fácil devido ao seu grau de subjetividade.

Dworkin conceitua a “política” (que para nós adquire o sentido que se quer dar as políticas públicas) como<sup>120</sup>:

Aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas).

O que deve ser observado é que as políticas públicas não se limitam apenas a uma norma, mas a um complexo de normas e decisões dos poderes públicos, se consubstanciando em uma natureza heterogenia do ponto de vista jurídico.

As políticas públicas devem ainda sofrer uma classificação, para que o gênero se subdivida em espécies, que poderão ter graus de efetividade e de justiciabilidade diferenciadas dentro do sistema jurídico brasileiro.

Existem aquelas políticas públicas que são políticas sociais de prestação de serviços (saúde, educação, etc) e políticas sociais compensatórias (previdência social, seguro desemprego, etc.), bem como aquelas políticas de reforma de base (agrária, urbana, etc) e de estabilização (monetárias, etc).

---

<sup>119</sup> Ibid

<sup>120</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.36.

Acabam as políticas públicas transmutando-se em representantes objetivas dos direitos humanos fundamentais sociais de Provimento, tendo em vista que, por meio delas que o Estado provê esses direitos à população.

Mas essas políticas devem ser “políticas públicas” e não “Políticas de Poder”, e dentro desse prisma, de ser para o povo, e não para estratégia de politicagem, é que a cidadania, a participação da sociedade civil e o espaço público tornam-se alavancas para o seu movimento e dinamismo, gerando a sua efetividade.

### 3.3 O ESPAÇO PÚBLICO COMO ARENA DE DEBATES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Tendo em vista que o estudo versa sobre políticas públicas e os Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento, optou-se por se focar a participação político-social na idealização e no monitoramento dessas políticas públicas.

Para tanto, o conceito de espaço público será analisado antes de se analisar o próprio conceito de Sociedade Civil.

#### 3.3.1 Os diferentes modelos de espaço público

Ao tratar do presente tema, pode à primeira vista, parecer que o tópico sobre Espaço Público destoaria de um conjunto sistemático de conceitos como Direitos Humanos e Políticas Públicas.

O que se pretende é romper com certas amarras ainda presentes na maioria das pesquisas jurídicas, e transcender a um universo filosófico e sociológico, em que as normas, subsunção e a pura e simples aplicação do Direito não respondem a questões que transitam fora de uma membrana delimitadora de um sistema jurídico. Será então através dessa “osmose” entre conceitos filosóficos e jurídicos que iremos buscar compreender o conceito de Espaço Público e suas conseqüências para a efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento.

Antonio Maia esclarece a importância do Espaço Público para a concretização dos Direitos Humanos fundamentais:

O maior ou menor respeito aos direitos humanos – tanto no âmbito nacional como na arena internacional – depende, em significativa medida, da capacidade de pressão e fiscalização exercida pela opinião pública nas diversas arenas constituidoras do espaço público.<sup>121</sup>

Mas o que seria o então chamado Espaço Público? Para responder a esta pergunta é necessário perpassar pelo pensamento de Hannah Arendt, Bruce Ackerman e de Jürgen Habermas.

Hannah Arendt representa o modelo Agonístico (em sua obra *Origens do Totalitarismo*), bem como o Associativo de espaço público (em sua obra *Condição Humana*).

O modelo agonístico é um espaço de competição por reconhecimento, de luta, onde o heroísmo é valorizado: “É um espaço onde se busca garantia contra a futilidade e fugacidade das coisas humanas, a relativa permanência, senão imortalidade, dos mortais.”<sup>122</sup>

---

<sup>121</sup> MAIA, Antonio C. Espaço Público e Direitos Humanos: Considerações acerca da perspectivas Habermasiana. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, PUC - Rio de Janeiro, n.11. Disponível em < [http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev11\\_antonio.html](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev11_antonio.html)>. Acesso em 01 abr. 2005.

<sup>122</sup> ARENDT, Hannah, apud VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania: A sociedade civil na globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2001.p. 54

Já o espaço público associativo , é o espaço da liberdade, não diz respeito a um espaço determinado fisicamente ou institucionalmente mas o espaço se torna público “quando se torna espaço de poder, de ação comum coordenada por meio do discurso e da persuasão”.<sup>123</sup>

Seus estudos sobre o modelo agonístico são alicerçados na civilização romana, que destaca como principais elementos : O caráter sagrado da fundação, a autoridade e a tradição<sup>124</sup>, sendo de profunda relevância o resgate do significado de Público através do entendimento greco-romano.

A importância do seu pensamento sobre o modelo associativo consiste em sua atribuição ao espaço público das qualidades do que é visível por todos, atrelando liberdade e condição humana da pluralidade, mas por sua vez, desatrelando liberdade de soberania:

... o seu erro básico parece residir na identificação da soberania com a liberdade, identificação esta que sempre foi aceita como natural, tanto para o pensamento político como pelo pensamento filosófico. Se a soberania e a liberdade fossem a mesma coisa, nenhum homem poderia ser livre; pois a soberania o ideal da inflexível auto-suficiência e auto-domínio, contradiz a própria condição humana da pluralidade.<sup>125</sup>

A dualidade desses modelos reside na concepção agonística como experiência grega de política e a concepção associativa como a concepção moderna de política.

Hannah Arendt, desenvolveu o conceito de ascensão social, como um processo histórico, em que a sociedade surge como elo de ligação entre o privado e o Estado, gerando uma oclusão do político pelo social, e que conseqüentemente transforma o Espaço Público. Os indivíduos não mais agem, apenas se comportam( como produtores, consumidores, etc).<sup>126</sup>

<sup>123</sup> VIEIRA, Liszt. . **Os argonautas da cidadania: A sociedade civil na globalização.** Rio de Janeiro: Record, 2001.p. 54.

<sup>124</sup> TAVARES, Ana Lucia de Lyra. Elementos Romanos na noção de espaço público em Hannah Arendt. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, PUC - Rio de Janeiro, n.11. Disponível em <[http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev11\\_analucia.html](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev11_analucia.html)> Acesso em 22 fev. 2005.

<sup>125</sup> ARENDT, Hannah. **Condição Humana.** 9.ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 199, p.246.

Diante do que foi suso descrito como idéias arendtianas podemos destacar brevemente alguns pontos geradores de críticas<sup>127</sup>:

- a) A sua visão crítica do que chamou de ascensão social, nos leva a crer que se posicionava contra o próprio universalismo político;
- b) A sua visão de espaço político idealizado na polis grega, não consegue subsistir na modernidade, pois o espaço público grego marginalizava diversos grupos sociais como a mulher, os escravos, os estrangeiros, etc;
- c) Enquanto na polis grega o espaço público era moralmente homogêneo e politicamente igualitário, seja pelo seu reduzido número de agentes como por sua divisão social, o que ocorre na modernidade é o inverso, uma diversidade de sentimentos morais e o anonimato dos seus agentes.
- d) As Revoluções iluministas provocam um rompimento com a concepção restritiva em relação aos grupos sociais da polis grega alicerçado por Arendt, pois o que antes era considerado privado como a instituição familiar passou a ser publicizado com a emancipação das mulheres, a mão-de-obra do trabalhador que antes era questão de privada de propriedade, passou a configurar ponto de ordem pública, etc.
- e) O essencialismo fenomenológico da definição do espaço público como um lugar onde ocorre apenas certo tipo de ação, oposta a trabalho ou um lugar diferente de outras esferas sociais, com base em conteúdos substantivos do diálogo público, pois muitas vezes discursos que a principio tem caráter privado podem alcançar a esfera pública por conta dos questionamentos levantados na discussão;
- f) Entende que o trabalho e o labor são de esfera privada, ignorando que por serem relações de poder podem também se tornar objeto de disputa política;

Portanto, não podemos nos fechar as contribuições trazidas por essa filósofa alemã, “esboçando um quadro normativo do espaço público democrático, destacando os

---

<sup>126</sup> VIEIRA, Liszt. . **Os argonautas da cidadania: A sociedade civil na globalização.** Rio de Janeiro: Record, 2001, p.52.

<sup>127</sup> VIEIRA, Liszt. . **Os argonautas da cidadania: A sociedade civil na globalização.** Rio de Janeiro: Record, 2001, p.52-56.

valores de liberdade e igualdade”<sup>128</sup>, mas expandir os seus conceitos dentro de uma arena compatível com a modernidade e seus questionamentos peculiares.

Modelo diverso surgido, foi o modelo liberal, que traremos representado por Bruce Ackerman.

Este modelo de espaço público pode ser o de mais fácil identificação com a pertinência do tema Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento, em relação aos reflexos do entendimento da idéia da “neutralidade dialógica”.

Alckerman defende que a neutralidade é uma das melhores maneiras de se discutir sobre poder em uma cultura de diálogo público, portanto o “justo deve ser neutro em relação a concepções de vida digna”.<sup>129</sup>

Sucintamente o que se revela negativamente desse modelo liberal:

- a) A neutralidade acaba por ser justificativa de uma separação entre público e privado, silenciando os grupos excluídos;
- b) As relações políticas são demasiadamente vinculadas às relações jurídicas;
- c) O afastamento da dimensão agonística da política, a redução da pauta do dialogo público, lesando os interesses dos grupos oprimidos, são outras das conseqüências da neutralidade dialógica.

Diante desse modelo podemos concluir que: “o modelo liberal transforma rapidamente o diálogo político sobre o poder num discurso jurídico sobre o direito”<sup>130</sup>.

Para buscar responder os influxos dos movimentos sociais e emancipatórios da modernidade, e uma ampliação no entendimento de Direitos Humanos e suas

<sup>128</sup> PAIVA, Maria Arair Pinto. Espaço público e representação política. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, PUC - Rio de Janeiro, n.07. Disponível em <[http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev07\\_arair.html](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev07_arair.html)>. Acesso em 22 fev. 2005.

<sup>129</sup> VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**: A sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001, p.57.

<sup>130</sup> VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**: A sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001, p.63.

conseqüências práticas, trazemos a baila o pensamento de Jürgen Habermas – o modelo discursivo de espaço público.

Para Habermas a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo<sup>131</sup>:

A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo.

O seu pensamento deve ser analisado dentro de um referencial histórico, onde o espaço público atravessava um momento de enfraquecimento.

Se durante a Revolução Francesa a opinião pública foi mobilizada, durante o século XIX o surgimento da sociedade de massas contribuiu para o desmantelamento da força da esfera pública, de modo especial com a ascensão do Estado de Bem Estar Social, onde o Estado surge como uma figura paterna, onde os cidadãos são mais clientes assistencialistas do que portadores da formação da vontade coletiva.

Habermas defende que o grande potencial do Espaço Público é a sua capacidade de Integração Social:

A importância do espaço público reside no seu potencial como um modo de integração social. O discurso público (que Habermas mais tarde e mais geralmente chama de ação comunicativa) é um modo possível de coordenação da vida humana, como são o Estado e a economia. Mas dinheiro e poder são modos não discursivos de coordenação.<sup>132</sup>

O espaço público passa a ser um palco de mediação entre o Estado e a Sociedade, onde a integração social se dá através da opinião pública, em que reside uma pluralidade de espaços públicos, desembocando em uma universalidade da esfera pública, fazendo de certa forma, com esse pensamento, que Habermas resgate a discussão de Kant sobre a idéia de uma paz perpétua.

<sup>131</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: Entre facticidade e validade. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.92.

<sup>132</sup> CALHOUN, Craig apud MAIA, Antonio C. Espaço Público e Direitos Humanos: Considerações acerca da perspectiva Habermasiana. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, PUC - Rio de Janeiro, n.11. Disponível em < [http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev11\\_antonio.html](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev11_antonio.html)>. Acesso em 01 abr. 2005.

Portanto, Habermas “tem se dedicado a investigar as mudanças e em descobrir, na tessitura das relações sociais, novos caminhos que conduzam a uma forma de convivência democrática, pela força do poder comunicativo”.<sup>133</sup>

O Espaço Público passa então a ser a arena de debates, dentro da Integração social, para que as políticas públicas sejam discutidas com os setores diversos da sociedade, gerando uma enorme mesa-redonda, formada pelo 1º Setor (Público) , 2º Setor (Privado) e o chamado 3º Setor.

### 3.3.2 O modelo normativo de democracia “deliberativo-procedimental” de Habermas

Dando continuidade ao modelo de espaço público discursivo defendido por Habermas, faz-se necessário se estender ao pensamento desse jusfilósofo, os modelos normativos de democracia por ele discutidos.

Habermas<sup>134</sup> apresenta a existência de dois modelos de democracia: o modelo republicano (que pode ser identificado como o modelo de Espaço Público apresentado no item anterior como sendo o defendido por Hannah Arendt) e o modelo liberal (identificado com o modelo de Espaço Público de Bruce Ackerman).

Em seu estudo ao final ele propõe um novo modelo normativo de democracia que seria o modelo “deliberativo-procedimental”<sup>135</sup>, que buscaria articular e dialetizar tanto o modelo republicano como o modelo liberal.

<sup>133</sup> PAIVA, Maria Arair Pinto. Espaço público e representação política. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, PUC - Rio de Janeiro, n.07. Disponível em < [http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev07\\_arair.html](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev07_arair.html)>. Acesso em 22 fev. 2005

<sup>134</sup> HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Revista Lua Nova**, CEDEC, São Paulo, n.36, 1995, p. 40-53.

<sup>135</sup> Será adota a nomenclatura “modelo deliberativo-procedimental” na esteira de ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: A virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional**. 2005. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 241-246. Este modelo também é



A importância dessa proposta inovadora de modelo normativo de democracia desenvolvida por Habermas, para o presente trabalho, especificamente no que tange as políticas públicas, é por que tal modelo busca estabelecer um procedimento democrático ideal de deliberação e de tomada de decisões, estabelecendo marcos de uma concepção normativa do Estado e da Sociedade.<sup>136</sup> Hermes Zaneti Junior<sup>137</sup>, já nos alerta sobre a relevância desse modelo habermasiano, principalmente no tocante a questão da “institucionalização dos procedimentos e pressupostos comunicativos”:

(...) se revela imprescindível a percepção de que a teoria do discurso procura trabalhar pela institucionalização dos correspondentes procedimentos e pressupostos comunicativos, afastada qualquer condição prévia e elitista para a prática democrática, ou seja, uma racionalidade prática procedimentalmente fundada.

Se não é falsa essa percepção, o debate revela-se o mais importante da contemporaneidade e suas implicações político-filosóficas e jurídicas estão apenas superficialmente marcadas, até o momento.

Este modelo normativo democrático pretende superar o conceito de um todo social centrado no Estado, dispensando as figuras de pensamento da filosofia da consciência, inclinadas a atribuir a prática da autoderminação dos cidadãos a um sujeito social global, bem como também não aceita o império impessoal das leis a sujeitos particulares competidores entre si<sup>138</sup>.

Assim sendo, a cidadania não é encarada nem como um ator coletivo, que reflete o todo e age por ele, nem como atores privados que agem como variáveis independentes, em processos de poder que são desenvolvidos de forma cega.<sup>139</sup>

Para superar essas visões isoladas e contraditórias de cidadania, é que Habermas conta com “a intersubjetividade de ordem superior de processos de entendimento na

---

conhecido como modelo discursivo ( nomenclatura adotada por Litz Vieira, Antonio C. Maia, entre outros).

<sup>136</sup> HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Revista Lua Nova**, CEDEC, São Paulo, n.36, 1995, p. 46.

<sup>137</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: A virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional**. 2005. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 242-243.

<sup>138</sup> HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Revista Lua Nova**, CEDEC, São Paulo, n.36, 1995, p. 47.

<sup>139</sup> *Ibid*, p.48.

forma institucionalizada das deliberações, nas instituições parlamentares ou na rede de comunicações dos espaços públicos políticos.”<sup>140</sup>

Essa institucionalidade das deliberações passa a ser fundamental para a compreensão que se quer alcançar nesse estudo, no que concerne às políticas públicas, pois dentro desse modelo deliberativo-procedimental, os limites entre o Estado e a sociedade civil são respeitados, mas a sociedade civil torna-se peça fundamental na deliberação por ter sua base social nos espaços públicos, distinguindo-se tanto do sistema de ação econômica como da própria administração pública.<sup>141</sup>

Os espaços públicos autônomos e a formação democrática da opinião e da vontade políticas serão assim institucionalizados, para que a chamada “integração social”, que tem a solidariedade social, possa ter o seu nicho de desenvolvimento, e conseqüentemente gere a “racionalização” defendida por Habermas<sup>142</sup>:

Os procedimentos e pressupostos comunicativos da formação democrática da opinião e da vontade política funcionam como reservatórios importantes para a racionalização discursiva de decisões de um governo e de uma administração vinculados ao direito e à lei.

Para Habermas racionalização “significa mais que mera legitimação, porém menos do que constituição do poder”<sup>143</sup>

A legitimação do direito se dá nesse modelo deliberativo-procedimental, através de um procedimento racional de formação de opinião e vontade, onde os próprios cidadãos testam quais direitos deveriam conceder-se mutuamente, assim o estabelecimento de um código legal além de ser amparado no direito universal de liberdades individuais iguais tem que ser completado mediante direitos comunicativos e participativos que garantam oportunidades iguais para o uso público de liberdades comunicativas, em outras palavras o “princípio do discurso” adquire a forma legal de um “princípio democrático”.<sup>144</sup>

---

<sup>140</sup> Ibid, p. 48.

<sup>141</sup> Ibid, p.48.

<sup>142</sup> Ibid, p. 50.

<sup>143</sup> Ibid, p. 50.

<sup>144</sup> Ibid, p. 52.

O Modelo deliberativo-procedimental passa a ser o modelo democrático ideal para a formação do direito como um todo, mas principalmente para a implementação e o monitoramento das políticas públicas.

É possível identificar que o modelo deliberativo-popular acaba por gerar indiretamente uma soberania popular, através da legitimidade da racionalização dos discursos nos espaços públicos autônomos.

Dentro deste paradigma da Soberania Popular é que se situa a importância dos Direitos Humanos fundamentais.<sup>145</sup>

“A partir da teoria do discurso do direito e da democracia, os direitos humanos desempenham um papel crucial, definindo os elementos básicos da agenda política na qual se abre o espaço em que se expressa a vontade coletiva.”

O que enlaça a discussão é a dicotomia: Soberania popular e Direitos Humanos Fundamentais.

Se de um lado existe o modelo liberal (valorização dos direitos humanos), em que os direitos individuais devem ser prioritários em relação ao autonomia coletiva, por outro lado existe um modelo republicano (valorização da soberania popular) em que o Estado deve respeitar os interesses gerais, através da vontade coletiva (inspirado em Rousseau) ocasionando a exclusão de determinados direitos individuais das minorias.

O modelo deliberativo-procedimental de Habermas critica <sup>146</sup>:

Os liberais pela sua negligencia a necessidade de solidariedade social, enquanto os comunitarianos são também criticados por se inspirarem em uma noção de comunidade limitada, excessivamente dependente dos laços de pertença étnicos e culturais.

<sup>145</sup> MAIA, Antonio C. Espaço Público e Direitos Humanos: Considerações acerca da perspectivas Habermasiana. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, PUC - Rio de Janeiro, n.11. Disponível em <[http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev11\\_antonio.html](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev11_antonio.html)>. Acesso em 01 abr. 2005.

<sup>146</sup> MAIA, Antonio C. Espaço Público e Direitos Humanos: Considerações acerca da perspectivas Habermasiana. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, PUC - Rio de Janeiro, n.11. Disponível em <[http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev11\\_antonio.html](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev11_antonio.html)>. Acesso em 01 abr. 2005.

Para tanto, entende esse filósofo que a soberania popular se expressa da formação da vontade coletiva dentro do espaço público político, retomando a relevância da Integração social.

Cumpre, ainda, salientar a diferença entre espaço público e espaço político<sup>147</sup>:

Vale distinguir, a noção de espaço público, seja como local, seja como processo de discussão e de propostas de interesse público, daquela de espaço político, em que os representantes do povo se reúnem para debate e deliberar.

A visão de Direitos Humanos apresentada por Habermas representa um inovador modo de relacionar direito, moral e política<sup>148</sup>:

Este projeto tem como um de seus objetivos centrais a garantia de uma fundamentação normativa da Teoria Crítica da Sociedade, articulando com o debate racional e aprofundado a respeito do problema da legitimação.

A outra novidade é o modo de compreensão do direito com a moralidade:<sup>149</sup>

A moralidade não permanece mais suspensa sobre o direito como um plano de normas suprapositivas – como é sugerido nas teorias dos direitos naturais. A argumentação moral penetra no centro do direito positivo, o que não significa que a moralidade se confunda com o direito. A moralidade que não é somente complementar mas, ao mesmo tempo, está entranhada no direito, é de natureza procedimental; ela se livra de qualquer conteúdo normativo específico e foi sublimada em um procedimento para a justificação de possíveis conteúdos normativos.

Com essa concepção o direito e moral deixam de ser analisados de forma estanque, mas complementarmente.

<sup>147</sup> TAVARES, Ana Lucia de Lyra". O espaço público e as relações entre os poderes instituídos e os da sociedade civil, PUC - Rio de Janeiro, n.07. Disponível em <[http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev07\\_spaceal.html](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev07_spaceal.html)> Acesso em 22 fev. 2005.

<sup>148</sup> MAIA, Antonio C. Espaço Público e Direitos Humanos: Considerações acerca da perspectivas Habermasiana. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, PUC - Rio de Janeiro, n.11. Disponível em <[http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev11\\_antonio.html](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev11_antonio.html)>. Acesso em 01 abr. 2005.

<sup>149</sup> HABERMAS, Jürgen apud MAIA, Antonio C. Espaço Público e Direitos Humanos: Considerações acerca da perspectivas Habermasiana. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, PUC - Rio de Janeiro, n.11. Disponível em <[http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev11\\_antonio.html](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev11_antonio.html)>. Acesso em 01 abr. 2005.

Sendo assim, a solução para amenizar a tensão entre soberania popular e direitos humanos deve ser equacionada não como se esses conceitos figurassem como pólos positivos e negativos, mas como condutores de energia que advêm do direito não apenas como garantidor de uma ordem pública, mas de um mecanismo fundamental de integração social.

O modelo habermasiano “amplia o âmbito da atividade política, fertilizando-a com os influxos comunicativos provenientes da sociedade civil”<sup>150</sup>, tornando-se um espaço público autônomo apresentando uma dupla dimensão<sup>151</sup>:

De um lado, desenvolve processos de formação democrática de opinião e da vontade política coletiva; de outro, vincula-se a um projeto de práxis democrática radical, em que a sociedade civil se torna uma instância deliberativa e legitimadora do poder político, em que os cidadãos são capazes de exercer seus direitos subjetivos públicos.

Esta concepção de modelo democrático será retomada, quando for tratado no presente trabalho sobre a “reserva de consistência”.

Para uma melhor compreensão da possibilidade de Integração Social se passará no próximo item a analisar, o papel da Sociedade Civil dentro desse processo de inter-relações.

### 3.4 A SOCIEDADE CIVIL COMO CO-RESPONSÁVEL PELO MONITORAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Pretende-se abordar a sociedade civil dentro da ótica “gramsciniana”, desenvolvida em seus escritos “Cadernos do Cárcere”.

---

<sup>150</sup> VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**: A sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 65.

<sup>151</sup> VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**: A sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 64.

A visão de Gramsci sobre a sociedade civil não se dá de forma linear em sua obra, mas sim pulverizada em diversos de seus cadernos, a tentativa será então de apresentar as idéias de Gramsci de forma sistematizada.

Gramsci defende a força do poder do “pensamento”, mas para que esse pensamento torne-se realmente uma “força” ele precisa ser organizado, e essa organização não deve advir do Estado, mas sim da Sociedade Civil.<sup>152</sup>

Para a composição dessa Sociedade Civil, estabeleceu-se uma dicotomia entre a liberdade e o “automatismo”, sendo este uma liberdade do grupo, em oposição ao arbítrio individualista. Não se quer dizer, dessa forma, que o grupo todo tem que pensar da mesma forma, mas sim de forma hegemônica, dada a atividade solidária e coordenada de determinado grupo social.<sup>153</sup>, e ao se dar “voz ativa” a esse grupo social acaba por se abalar a estrutura política da sociedade.<sup>154</sup>

Interessante é, que essa hegemonia deve ser encarada dentro de uma “multiplicidade de sociedades particulares”<sup>155</sup>:

Uma ou mais prevalecem relativamente ou absolutamente, constituindo o aparelho hegemônico de um grupo social sobre o resto da população (ou sociedade civil), base do Estado compreendido estritamente como aparelho governamental-coercitivo.

A formação política dessa sociedade deve ser construída ao longo de anos, a começar na educação infantil, introduzindo as crianças na *societas rerum*<sup>156</sup> e durante toda a formação do cidadão, para que seja evitado o “conformismo social”, sendo tarefa educativa e formativa do Estado, cujo fim é sempre de criar novos e mais elevados tipos de civilização.<sup>157</sup>

Conseqüentemente, estará contribuindo para que seja desenvolvida uma opinião pública, que para Gramsci “está estreitamente ligado à hegemonia política, ou seja,

<sup>152</sup> GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. Caderno 3. v.4, p.188.

<sup>153</sup> Ibid. Caderno 10. v.1, p.188.

<sup>154</sup> Ibid. Caderno 15. v.3, p.188.

<sup>155</sup> Ibid. Caderno 06. v.3, p.253.

<sup>156</sup> Ibid. Caderno 12. v.2, p.188.

<sup>157</sup> Ibid. Caderno 13. v.3, p.23.

é o ponto de contato entre a “sociedade Civil” e a “sociedade política”, entre o consenso e a força.”<sup>158</sup>

Percebe-se, portanto, que o autor defende um divisor entre a sociedade civil e a sociedade política (Estado)<sup>159</sup>, tal divisão gera um novo problema de hegemonia:

A base histórica do Estado se deslocou: Tem-se uma forma extrema de sociedade política: ou para lutar contra o novo e conservar o que oscila, fortalecendo-o coercitivamente, ou como expressão do novo para esmagar as resistência que encontra ao desenvolver-se ,etc.<sup>160</sup>

Diante disso, Gramsci passa a vislumbrar que “as superestruturas da sociedade civil são como o sistema das trincheiras na guerra moderna”<sup>161</sup>:

Ocorre na arte da política o que ocorre na arte militar: a guerra de movimento torna-se cada vez mais guerra de posição, e pode-se dizer que um Estado vence uma guerra quando a prepara de modo minucioso e técnico no tempo de paz. A estrutura maciça das democracias modernas, seja como organizações estatais, seja como conjunto de associações na vida civil, constitui para a arte política algo similar às “trincheiras” e às fortificações permanentes da frente de combate na guerra de oposição: faz com que seja apenas “parcial” o elemento do movimento que antes constituía “toda” a guerra, etc.<sup>162</sup>

O que Gramsci prega ao final é que Estado deve ser concebido para ser capaz de ser superado pela própria sociedade, caracterizando, assim, a passagem da sociedade civil-política para a “sociedade regulada”.<sup>163</sup>:

Não se pode criar um direito constitucional do tipo tradicional, mas apenas um sistema de princípios que afirmam como finalidade do Estado seu próprio fim, seu desaparecimento, isto é a reabsorção da sociedade política na sociedade civil.<sup>164</sup>

Diante do exposto, salienta-se que a importante contribuição de Gramsci foi a sublimação da sociedade civil, como protagonista da história em que vive, muito além de ideologias econômicas, mas simplesmente como cidadãos que através de articulações em prol da coletividade, e não de forma individualista, podem conduzir o

<sup>158</sup> Ibid. Caderno 07. v.3, p.265

<sup>159</sup> Ibid. Caderno 06. v.3, p.243.

<sup>160</sup> Ibid. Caderno 07. v.3, p.263.

<sup>161</sup> Ibid. Caderno 13. v.3, p.73.

<sup>162</sup> Ibid, p.24.

<sup>163</sup> Ibid. Caderno 06. v.2, p.188.

<sup>164</sup> Ibid. Caderno 05. v.3, p.222.

rumo das ações governamentais, a tal ponto que o próprio Estado não necessitará existir<sup>165</sup>, pois se estará vivendo em uma sociedade auto-regulada.

Se a possibilidade de extinção do Estado é ainda longínqua nos dias atuais, e não é a pretensão desse estudo defender radicalmente esse tipo de posição, a visão de Gramsci de uma sociedade civil, que abarca relações ideológico-culturais dentro de uma vida espiritual e intelectual, faz com que os partícipes dessa sociedade não sejam vislumbrados apenas dentro de uma esfera industrial de produção<sup>166</sup>, como defendia Marx, mas que as características inerentes ao ser humano como tal, sejam afloradas e analisadas, individualmente em prol de toda uma coletividade.

E, no que concerne à efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento e a implementação das políticas públicas, o papel da Sociedade Civil, historicamente tem se demonstrado não como de mero espectador, mas de protagonista.

...o aprofundamento do processo democrático faz com que a sociedade civil demande a participação, que inclui a fiscalização dos administradores, e também canais de comunicação com a própria administração, que ultrapassam o exercício do direito do voto e as campanhas eleitorais.<sup>167</sup>

A Sociedade Civil deve participar tanto da idealização das políticas pública como do seu monitoramento, principalmente através de:

- a) Conselhos Gestores de políticas públicas (Federais, Estaduais e Municipais);
- b) Organizações Não-Governamentais;
- c) Associações de Bairros;
- d) Através de pesquisas no meio acadêmico;
- e) Representações junto ao Ministério Público;
- f) Divulgação nos meios de Comunicações;
- g) Impetração de Ações Judiciais;

São muitos os exemplos da importância da participação popular para a efetividade das políticas públicas dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento.

<sup>165</sup> Ibid. Caderno 07. v.3, p.271.

<sup>166</sup> Ibid. Caderno 13. v.3, p.47.

<sup>167</sup> FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas: A responsabilidade do administrador e o ministério público.** São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 110.



A título de ilustração, fica o exemplo do projeto desenvolvido pela Social Watch, que foi criado em 1995 com o intuito de lembrar aos governos os compromissos assumidos de dar prioridade à erradicação da pobreza, desde então, a coalização de cidadãos de cerca de 50 países de todos os continentes informam todos os anos sobre suas conclusões.<sup>168</sup>

No Brasil, esse projeto é desenvolvido pelo IBASE (Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas), através do “Observatório da Cidadania”, onde são elaborados relatórios anuais sobre o monitoramento de determinadas políticas públicas brasileiras.

Portanto, diante das conquistas democráticas do Brasil, a participação da sociedade civil, acabou por ser um dos meios de assegurar a efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento, que no dizer de Barroso<sup>169</sup> é um “caminho participativo”:

O ocaso da fase mais radical do autoritarismo político no Brasil coincidiu com o surgimento de uma nova força política, difusa, atomizada, organizada celularmente, mas importantíssima: a sociedade civil.

A importância da Sociedade Civil será retomada, quando for abordada “a Reserva da consistência” e a participação da Sociedade Civil nos processos judiciais.

Mas a Sociedade Civil não é a única personagem com poder transformador, diante da violação ou da não efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais de Provimento por parte do Poder Público, surgem como personagens de destaque o Poder Judiciário e do Ministério Público, que serão a seguir analisados.

---

<sup>168</sup> IBASE (Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas). **Observatório da Cidadania: Relatório 2004**. Rio de Janeiro, 2004, p.11.

<sup>169</sup> BARROSO, Luis Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitadas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro. V. 197. p 46. jul-set.1994.

## 4 O PAPEL DO JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DE PROVIMENTO

Para a efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de provimento alcançarem sua concretização, necessário se faz analisarmos o papel de seus dois principais atores : O Poder Judiciário e o Ministério Público.

### 4.1 UMA NOVA VISÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos poderes foi um dos basilares do Liberalismo.

Muito embora a sua idealização seja atribuída a Montesquieu, já foi cogitado por Harry Janssen a atribuição da descoberta do segredo do constitucionalismo inglês ao *Discourse of the Contests and Dissensions between the Nobles and the Commons in Athens and Rome*, de Swift. Quanto a este fato, poucos aceitam seguir essa corrente, tendo em vista que Swift via como chave para a constituição na interação o equilíbrio de rei, lordes e comuns<sup>170</sup>.

Na realidade o princípio da separação de poderes encontra-se sugerido desde Aristóteles, John Locke e Rosseau.

A concepção do princípio de Separação de Poderes para Locke era distinta da de Montesquieu.

---

<sup>170</sup> GOUCH. J.W. Separação de poderes e soberania. In: QUIRINO, Célia Galvão. **O pensamento político clássico**. V. 1. São Paulo: T.A. Queiroz, 1992, p. 184.

Locke concebia os Poderes Legislativo, Poder Judiciário e o Poder Federativo, que era “o poder de guerra e de paz, de ligas e de alianças, e todas as transações com todas as pessoas estranhas à sociedade”<sup>171</sup> e ainda previa a Prerrogativa, que era “o poder de agir de acordo com a discricção a favor do bem público, se a prescrição da lei e muitas vezes mesmo contra a ela.”<sup>172</sup>, ou seja, “o poder de fazer o bem público sem se subordinar as regras”<sup>173</sup>

Montesquieu por sua vez, distingue : O poder legislativo, o Poder Executivo e o Poder de julgar<sup>174</sup>.

O que Montesquieu pretendia era garantir a liberdade política, evitando o despotismo, através da divisão e independência entre os poderes, já Locke não manteve os poderes rigidamente separados e enfatizou a supremacia da Legislatura.

Para uma análise comparativa com a separação de poderes atual, será utilizada a concepção de Montesquieu.

Cabe lembrar que Montesquieu também foi magistrado e que elaborou suas concepções com base na observação do constitucionalismo Inglês, em um momento histórico, em que fazia sentido certos objetivos.

Paulo Bonavides enumera, através do contexto histórico medieval, alguns objetivos para sustentação da teoria da separação do poderes:<sup>175</sup>

... tinha como objeto precípua servir de escudo aos direitos da liberdade sem embargo de sua compreensão rigorosamente doutrinária conduzir ao enfraquecimento do Estado.

Devemos entendê-la, pois, como arma de que se valeu a doutrina para combater sistemas tradicionais de opressão política.

... gerou na idéia peculiar ao liberalismo de limitação máxima dos fins do Estado

<sup>171</sup> LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Abril Cultura, 1978, p. 91.

<sup>172</sup> Ibid, p. 98.

<sup>173</sup> Ibid, 100.

<sup>174</sup> MONTESQUIEU. Charles Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. 2.ed São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 160-165.

<sup>175</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6.ed.São Paulo: Malheiros, 1996, p. 72.

Não se pode negar a importância histórica dessa conceituação de divisão entre poderes, pois era necessário naquele período da Idade Média diluir o ranço do corporativismo, do feudalismo e todos aqueles privilégios absolutistas dos reis.

Com o passar dos séculos essa doutrina foi se transformando em uma segunda fase, em que a separação dos poderes foi flexibilizada pela idéia dos freios e contrapesos.

Anna Cândia Ferraz define<sup>176</sup> :

O estabelecimento de freios e contrapesos tem caráter instrumental porquanto serve ao princípio inspirador – limitação do poder, para assegurar a liberdade.

Gramsci<sup>177</sup> afirma que toda a ideologia liberal pode ser resumida na divisão dos três poderes, e essa cristalização do pessoal dirigente, que exerce o poder coercitivo, em um determinado momento, transforma-se em uma “casta”.

Na Modernidade não é mais possível assimilarmos o entendimento do Princípio da Separação de Poderes como idealizou Montesquieu, principalmente no que tange aos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento.

Quando cuidamos de abandoná-lo no museu da Teoria do Estado, queremos, com isso, evitar apenas que seja ele, em nossos dias, a contradição dos direitos sociais, a cuja concretização se opõe, de certo modo, como técnica dificultosa e obstrucionista, autêntico tropeço, de que inteligentemente se poderiam socorrer os conservadores mais perspicazes e renitentes da burguesia, aqueles que ainda supõe possível tolher e retardar o processo das instituições no rumo da social-democracia.<sup>178</sup>

O que se busca cada vez mais, hoje, em relação aos direitos sociais é uma posição ampliadora dos Poderes Estatais, como garantidor da sua concretização, e neste sentido o Poder Judiciário tem função primordial.

<sup>176</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Conflito entre poderes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.18.

<sup>177</sup> GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. Caderno 06. v.3, p.235.

<sup>178</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6.ed.São Paulo: Malheiros, 1996, p.64.

Cabe ressaltar, que a própria Constituição Federal de 1988, dispositivamente amplia e inova em instrumentos e institutos que permitem um melhor controle de um poder sobre o outro, basta citar, a título de exemplo:

- a) O poder de nomeação pelo Legislativo de certos cargos do Executivo e vice-versa;
- b) As funções atribuídas ao Conselho da República e ao Conselho da Defesa Nacional;
- c) As competências executivas do Congresso Nacional;
- d) As atribuições do Ministério Público

José Afonso da Silva<sup>179</sup> traz uma nova concepção ampliativa para a Separação de Poderes, que passa a denominar na modernidade como “colaboração de poderes”.

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado Contemporâneo impôs nova visão da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas de independência orgânica e harmonia dos poderes.

Com a devida cautela defende-se que em sede processual, diante da violação de Direitos Humanos Fundamentais de Sociais de Provimento por parte do Poder Executivo ou por omissão do Poder Legislativo, em um caso concreto, o Judiciário pode, e deve, mediante critérios que serão expostos ao longo deste trabalho, interferir positivamente, sem que esteja afetando o Princípio da Separação dos Poderes.

O fundamento está na própria finalidade do Princípio da Separação dos Poderes que é o abuso arbitrário de poder impedindo a garantia das liberdades constitucionais, ou no entender de Kildare Gonçalves Carvalho “cumpre, no entanto, atualizá-lo de modo a compatibilizar a eficiência do Estado com a preservação das liberdades constitucionais”<sup>180</sup>

---

<sup>179</sup> SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.109.

<sup>180</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 185.

Muitos dos Tribunais Pátrios já tem se posicionado sobre o Princípio da Separação de Poderes em relação a efetividade de Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento, como é o caso do seguinte julgado:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPASSE DE VERBAS ESTADUAIS PARA SUBSIDIAR O TRANSPORTE ESCOLAR (RURAL). ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PRELIMINAR DE NULIDADE DE DECISÃO. Não há quebra do princípio da independência dos poderes a decisão jurisdicional que aprecia alegação de violação do direito social à educação (artigo 6º da Constituição Federal), que implica, inclusive, o fornecimento do transporte escolar aos alunos da rede pública, sendo perfeitamente possível a análise quanto à observância pelos Executivos Estadual e Municipal de seus deveres para assegurarem o exercício daquele direito, inclusive diante do que dispõe o inciso XXV do artigo 5º da Carta Política. Resta admitida a concessão de antecipação de tutela contra o Estado e demais entes públicos, e mesmo que se esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (§ 3º do artigo 1º da Lei 8.437/92, aplicada subsidiariamente à antecipação de tutela), desde que, por óbvio, estejam presentes os requisitos autorizadores da medida. Descabimento da alegação de ausência de fundamentação com relação à aplicação da multa-diária, o que ensejaria a invalidade da decisão judicial neste particular, na medida em que o Magistrado apresentou argumentação suficiente à concessão da medida, dada a urgência da situação, o que, de per si, demonstra as razões de seu convencimento. Preliminar rejeitada. MÉRITO. Evidenciado que a própria Constituição Federal, assim como a legislação infra-constitucional, impõe ao Estado o dever de garantia de verba pública para atendimento do direito social à educação da população, mostra-se correta a decisão singular que, em sede de antecipação de tutela, determinou ao Estado o repasse ao Município de valores estabelecidos em convênio firmado entre os entes públicos, demonstrada a obrigação em atender às necessidades para assegurar aquele direito. MULTA-DIÁRIA. O pedido de fixação de multa-diária em razão de eventual atraso na realização do exame resta admitido, primeiro porque visa a desestimular o descumprimento do comando judicial, e segundo porque o § 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil expressamente autoriza a medida para efetivação da medida antecipatória. Ademais, o valor fixado não se afigura inadequado, diante dos interesses em liça e o valor relativo às despesas com o fornecimento do serviço para efetivação do direito (à educação) constitucionalmente assegurado. Rejeitada a preliminar, agravo desprovido.<sup>181</sup>

O que deve ser observado quanto a essa aplicação ampliativa do Poder Judiciário é a vedação do sobrepujamento ao Legislativo ou Executivo, nesse sentido, os freios e contrapesos devem ser utilizados para colocar em equilíbrio o bem comum, seja em relação às necessidades básicas elencadas como direitos fundamentais na Constituição brasileira, ou seja, em relação a ineficiência e até mesmo abusos por parte da administração Pública.

<sup>181</sup> BRASIL. Tribunais de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento desprovido. Agravo de Instrumento Nº 70009795337. Relator: João Armando Bezerra Campos. 29 dez. 2004. Disponível em: < <http://www.tj.rs.gov.br> > . Acesso em 11 dez. 2005.

Inadmissível é que determinados desvios de finalidades sejam protegidos dentro de uma “redoma” de discricionariedade.

## 4.2 A DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Seria descabida a proposição de tratar sobre controle judicial de atos públicos, sem se abordar o conceito da discricionariedade e de seus reflexos para a efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento.

A discricionariedade é alegação constante, e, muitas vezes, dispõe-se atrelada ao Princípio da Separação de Poderes, para a não concretização de direitos fundamentais através do Poder Judiciário.

O entendimento de que os atos discricionários somente podem ser questionados judicialmente em relação à sua legalidade, estão sendo argüidos de forma genérica, mesmo em casos em que a sua apreciação depende de aprofundamento desses paradigmas.

Não se pode comungar com esse conceito doutrinário de discricionariedade, pois assim se estará permitindo que a administração pública não cumpra com suas obrigações junto aos administrados e até mesmo impeça o controle de seus atos arbitrários ou omissivos pelo Poder Judiciário.

Seria deturpar a finalidade da discricionariedade, que é a de escolher dentre as alternativas a que melhor atenda ao interesse público e o bem comum, sem subordinação a interesses escusos de outros poderes.

...a liberação de verbas orçamentárias, vinculadas às políticas públicas de realização de direitos fundamentais, não é matéria que entre na esfera da discricionariedade administrativa. Ela não se submete a nenhum juízo de

conveniência ou oportunidade. Trata-se, inquestionavelmente, de atos de administração vinculada.<sup>182</sup>

Deve-se frisar, portanto, que o fim almejado é sempre o interesse comum e não o alijamento dos poderes funcionais da administração pública.

Portanto, os juízes ao analisarem um ato administrativo devem também ter como ponto de partida o interesse público, e sob essa ótica não se estaria ferindo o Estado Democrático de Direito:<sup>183</sup>

O aperfeiçoamento do Estado Democrático de direito não se atinge com a defesa anacrônica de prerrogativas de poder que medram e homiziam em zonas de incerteza jurídica, mas com avanços nos espaços ensolarados da sindicabilidade e da responsabilidade, que haverão de nos proporcionar as teorias que evoluem, transitam e porfiam nos debates forenses e doutrinários.

Celso Antônio Bandeira de Mello, define a discricionariedade<sup>184</sup> :

É a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelos menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

O princípio da eficiência tem sido munição adequada ao controle judiciário da discricionariedade administrativa, seja através da implementação de instrumentos de otimização das atividades estatais<sup>185</sup> ou de uma nova visão da atuação administrativa com base na eficiência do administrador.

A atuação da administração pública possui facetas de cunho negativo, ou seja, se abster a praticar atos contrários as garantias fundamentais do cidadão; e de cunho positivo, isto é, diante de direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal oferecer prestações positivas aos administrados.

<sup>182</sup> COMPARATO, Fabio Konder. O ministério Público na defesa dos direitos Econômicos, sociais e Culturais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n.40, p.67-89, Jul-Dez. 2001.

<sup>183</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.86.

<sup>184</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.48.

<sup>185</sup> Com a edição das leis federais 8.987/95, 9.074/95, 9.491/97, 9.637/98, 9.649/98 e 9.790/00



Cabe ressaltar, que esse princípio está disposto no art. 37 da Constituição Federal de 1988, e também em outras constituições estrangeiras, apesar de apresentar outras denominações: Na Constituição portuguesa (art. 266, I - prossecução do interesse público), na Constituição italiana (art. 97, I - princípio do bom andamento) e na Constituição espanhola (art. 103, I - princípio da eficácia).

A aplicação do princípio da eficiência dos atos administrativos já encontra eco nos tribunais pátrios.

Wallace Paiva Martins Junior, ao tratar sobre o assunto elenca alguns exemplos<sup>186</sup>:

- a) Em Ribeirão Bonito, o município não atendeu ao que dispõe a Constituição Federal da aplicação de no mínimo 25% da receita dos impostos na educação, utilizando a verba para pavimentação de ruas. Ao ser submetida ao Controle Judicial, a alegação de infração à Separação de Poderes não logrou êxito.
- b) Casos relativos ao meio ambiente, onde a administração não providenciava o tratamento do esgoto, o judiciário assim o determinou, não aceitando o argumento de que se tratava de ato de discricionariedade da administração.
- c) Em matéria de direito urbanístico, em relação a não fiscalização do município sobre Loteamentos clandestinos.
- d) A determinação pelo Judiciário de políticas públicas não realizadas pelo poder Executivo.
- e) A determinação pelo Judiciário de providência em relação ao transporte público.

Segundo Maria Teresa de Melo Ribeiro, constitui a discricionariedade administrativa<sup>187</sup>:

A escolha da solução justa, igual, imparcial e proporcional, sendo uma apreciação objetiva controlável na via jurisdicional. Se há uma autonomia concedida pelo legislador ao administrador, seu exercício deve atender à juridicidade e aos demais princípios.

A jurista afasta, assim, solenemente as discussões sobre o não cabimento de controle judicial dos atos da administração pública.

---

<sup>186</sup> MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência. **Revista dos Tribunais**. Ano 90, v.789, jul. 2001, p.75-81.

O Ministro Luiz Fux, se posicionou tanto sobre a questão da interferência entre os poderes, quanto sobre a discricionariedade, ao relatar o seguinte julgado<sup>188</sup>:

DIREITO CONSTITUCIONAL À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NOS ARTS. 7º E 11 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICAS. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

(...)

6. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétreia.

(...)

10. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

11. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

No que tange aos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento, pode-se então fixar os seguintes critérios para que o ato discricionário possa e deva ser controlado pelo Judiciário:

- a) Quando tratar de direitos sociais positivados na Constituição ou em Pactos Internacionais, ratificados pelo Brasil;
- b) Necessidade de caso concreto a ser apreciado, para que permita a visualização da escolha do Poder Público, entre as alternativas apresentadas;
- c) A administração pública optar entre as alternativas apresentadas no caso concreto, pela a que não fosse a ideal ao interesse público, ou se omitir em efetivar os direitos sociais de Provimento, ou adotar medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucional adequada aos direitos sociais de Provimento sem que apresente justificativa razoável perante o princípio da eficiência.

<sup>187</sup> RIBEIRO, Maria Tereza de Melo apud MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência. **Revista dos Tribunais**. Ano 90, v.789, jul. 2001, p.84.

<sup>188</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Cabimento e procedência de Ação Civil Pública. RESP 577836/SC.Relator: Luiz Fux. 28 fev. 2005. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br> > . Acesso em 12 dez. 2005.

O que deverá ser alcançado através do Controle Judicial é uma adequação entre os meios e os fins do ato, dito, discricionário.

Por fim, e como “argumento de força”, tanto no que concerne à questão da separação de poderes quanto à discricionariedade do administrador, o que deve ser observado são os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados no art. 3º da Constituição Federal.

Ora, não há que se falar em alijamento do Judiciário para controlar políticas públicas, se determinada política pública estiver indo ao encontro do que dispõe a Constituição pátria ou a um Pacto Internacional ratificado pelo Brasil.

Muito menos razão ainda assiste aos que defendem a discricionariedade, pois, além do fato de se levar em conta a alternativa que melhor atingir ao interesse público, tal alternativa em hipótese alguma poderá ferir ao que dispõe nossos objetivos constitucionais.

Partindo dessa premissa constitucional, a sentença devidamente motivada em preceitos da Constituição gera a devida segurança jurídica, sendo desnecessárias ilações de cunho metafísicos ou subjetivos do julgador.

#### 4.3 O JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO

Um dos cenários em que se situa a limitação do Poder Judiciário para concretizar os Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento é diante da impossibilidade de atuar como legislador positivo, em razão de normas em sua maioria consideradas como programáticas.

A vedação da atuação do judiciário como legislador positivo ainda se funda no que já foi discutido em relação ao Princípio da Separação dos Poderes, em que se objetivava proteger o indivíduo contra intervenções arbitrárias do Estado, e que precisa de um alargamento na sua concepção nos dias atuais, especificamente aos direitos sociais.

Diante de casos concretos de violação pelo poder público aos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento, admitir que o Juiz atue como legislador positivo se estará exatamente cumprindo o que se desejava na Idade Média com o Princípio da Separação de Poderes, ou seja, proteger o cidadão contra o próprio Estado.

Algumas indagações sobre esta legitimidade já foram argüidas por Clèmerson Merlin Clève<sup>189</sup>:

No que concerne à atividade do Judiciário, é importante verificar os limites impostos, também, pelo princípio da separação dos poderes. É preciso, ademais, superar o problema da legitimidade democrática do Poder Judiciário, ou seja, num Estado Democrático de Direito, com poderes divididos, até onde pode ir o Poder Judiciário enquanto instância garantidora dos direitos fundamentais?

O citado jurista concebe o judiciário como um poder contra-majoritário em defesa dos direitos das minorias, e apresenta os argumentos e contra-argumentos para a atuação dos juízes como legislador positivo<sup>190</sup>:

Se é certo que há um consenso no que diz respeito à atuação dos juízes enquanto legislador negativo, o mesmo não ocorre quando se está a falar numa atuação análoga à do legislador positivo. Ou, eventualmente, do administrador. De outro viés, cumpre verificar se, do fato de o Judiciário não dispor de um meio de legitimação como os demais poderes (o mecanismo eleitoral para a investidura de seus membros), não se poderia deduzir que está impedido de atuar a partir de determinado limite. Poder-se-ia, eventualmente, afirmar, para afastar o argumento, que o Judiciário atua como uma espécie de delegado do Poder Constituinte para a defesa da Constituição e, especialmente, dos direitos fundamentais. O contra-argumento seria no sentido de que, no contexto do regime democrático, é a maioria (princípio majoritário) que governa.

Impõe-se frisar que defende-se a possibilidade dos juízes atuarem como legislador positivo para salvaguardar Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento

---

<sup>189</sup> **CLÈVE**, Clèmerson Mèrlin. **Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 12 dez. 2004.

<sup>190</sup> Ibid.

dos cidadãos, mas em momento algum se deseja subverter os basilares da Democracia.

A melhor posição a ser defendida é de que o Judiciário tem a função de garantidor da Supremacia da Constituição, em especial o Supremo Tribunal Federal (STF), e ademais, as instituições processuais da motivação e da recorribilidade das decisões, do devido processo legal e da publicidade, são base de sustentação para legitimar o Judiciário, em casos concretos, a agir como legislador positivo para efetivar os Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento em virtude da ineficiência ou omissão do Poder Legislativo.

Não se pode fechar os olhos para o papel desempenhado atualmente pelo STF em relação ao Controle de Constitucionalidade, e ao poder legiferante indireto do Judiciário, conforme demonstra Gilmar Ferreira Mendes<sup>191</sup>:

Um levantamento na jurisprudência do STF indica que, entre 5 de outubro de 1988 e 27 de maio de 1998, 99 disposições federais e 602 preceitos estaduais tiveram a sua eficácia suspensa, em sede de cautelar. No mesmo período, 174 disposições estaduais e 27 normas federais tiveram a sua inconstitucionalidade definitivamente declarada pelo Supremo Tribunal no âmbito do controle abstrato de normas

Esses números ressaltam a importância do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Eles demonstram também que, enquanto pretensão "legislador negativo", o Supremo Tribunal Federal – bem como qualquer outra Corte com funções constitucionais – acaba por exercer um papel de "legislador positivo". É que o poder de eliminar alternativas normativas contém, igualmente, a faculdade de, por via direta ou transversa, indicar as fórmulas admitidas ou toleradas.

Analisando o conteúdo legislativo da ação declaratória de constitucionalidade, Nagib Slaibi Filho conclui que<sup>192</sup>:

Evidente o conteúdo legislativo positivo da ação declaratória de constitucionalidade, pois através do provimento de procedência agrega-se ao ato normativo a qualidade ou eficácia de imunizá-lo ao controle incidental de constitucionalidade; isto é, a decisão da Suprema Corte na ação declaratória de constitucionalidade tem o impressionante efeito de impedir que juízes e administradores públicos nequiem aplicação à norma infraconstitucional sob o fundamento de ser a mesma incompatível com a Lei Maior.

---

<sup>191</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade: Algumas Notas. Revista Jurídica virtual. Ano 01. v.01, mai. 1999. Disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_01/teoria.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/teoria.htm)>. Acesso em 12 dez. 2004.

<sup>192</sup> SLAIBI FILHO, Nagim. **Breve história do Controle de Constitucionalidade**. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo34.htm>> Acesso em 12 dez. 2004.

O referido professor vai mais além, ao afirmar que o STF - pela ação declaratória de constitucionalidade - ganhou poderes mais extensos que o próprio Poder Legislativo, tendo em vista que o Poder Legislativo não consegue imunizar os seus próprios atos do Controle de Constitucionalidade incidental ou concentrado, mesmo as emendas constitucionais.

A decisão cautelar da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 4, cujo relator foi o Ministro Sidney Sanches, julgada em 11 de fevereiro de 1998, possuiu evidente caráter normativo, pois além de imunizar o art. 1º da Lei 9.494/97<sup>193</sup> do controle incidental de inconstitucionalidade, suspendeu os efeitos das decisões anteriores que tivessem por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do mesmo dispositivo legal.

Na redação do art. 557 do Código de Processo Civil, se vislumbra, claramente uma função normativa do Judiciário quando se determina que o relator negará seguimento a recurso manifestamente em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF, ou de outro tribunal superior.

Esse efeito *erga omnes*, indeterminado e abstrato, é denominado por Slaibi de “pan-processual”<sup>194</sup> :

... poderíamos denominar de *pan-processual* (porque alcança outros processos que não aquele em que foi proferido o precedente) ou até mesmo de *efeito normativo* ou *efeito legislativo* (posto que alcança sujeitos indeterminados prevendo condutas hipotéticas), as decisões do Supremo Tribunal Federal, proclamando a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual, distrital ou municipal, passaram a dispensar não só a comunicação ao Senado Federal, como exigido no art. 178 do seu Regimento Interno, como a própria resolução a que se refere o art. 52, X, da Constituição, dispositivo que, a partir daí, se tornou *letra morta*, como gostavam de dizer os antigos.

Não menos polêmica foi a discussão travada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, sobre a interrupção da gestação de fetos anencefálicos,

<sup>193</sup> Lei que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a fazenda pública.

<sup>194</sup> SLAIBI FILHO, Nagim. **Breve história do Controle de Constitucionalidade**. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo34.htm>> Acesso em 12 dez. 2004.

por entenderem que sendo permitido esse tipo de aborto, que não tem previsão legal no Código Penal, o STF estaria agindo como legislador positivo.

O STF estará agindo como guardião de princípios fundamentais, através da interpretação da própria constituição e de lei infra-constitucional ( o código Penal) , e para tanto, conseqüentemente estará autorizando um novo permissivo legal, e não criando norma.

Outro fator que deve ser apreciado quanto a essa “virtual” vedação à atuação dos juízes como legislador positivo é que a própria constituição não traz expressamente esse impedimento, bem verdade também, que não autoriza expressamente a suprir omissões legislativas, então, o que ocorre é que tais entendimentos vão sendo construídos através da jurisprudência.

Vale ressaltar aqui, que “o direito judicial de controle” se apresenta como uma forma de “republicanismo cívico”<sup>195</sup>, estabelecendo-se uma relação interativa de efeitos recíprocos entre a “comunidade política” e a “autonomia política dos cidadãos”.

Ao mergulhar mais profundamente no conceito de “autonomia política dos cidadãos”, a tal ponto de se enxergar que diante de um conflito dessa autonomia, que envolve questões de cidadania, a decisão fica a critério do Poder Judiciário, tem-se aí mais uma fonte de argumentação em prol da atuação dos juizes como legisladores positivos.

Traçando um paralelo entre o papel do juiz ao do legislador, pode-se verificar que<sup>196</sup>:

O juiz ao decidir o caso que tem perante si fá-lo utilizando os “materiais jurídicos relevantes para essa decisão (...) [o legislador] é livre de ignorar a solução a que conduzem esses mesmos materiais jurídicos, se julga que a sua opção é a melhor.

Um dos poucos defensores na doutrina pátria da atuação do juiz como legislador positivo é Sergio Fernando Moro, que entende que<sup>197</sup>:

<sup>195</sup> QUEIROZ, Cristina, M.M. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2002,p.291.

<sup>196</sup> Ibid.

<sup>197</sup> MORO, Sergio Fernando. Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, Ano 9, n.37,out-dez. 2001, p.104.

O dogma da vedação à atuação judicial como “legislador positivo” não tem, portanto, base racional, não sendo, outrossim, decorrente de comando constitucional expresso. Admiti-lo por construção jurisprudencial vai de encontro ao princípio da Supremacia da Constituição e ao princípio da efetividade deste decorrente, apenas representando abdicação indevida pelo Judiciário da função de controle atribuída pela Constituição.

Portanto, o Judiciário não deve temer a função de assegurar o cumprimento da Constituição, especialmente em sede de Direitos Humanos Fundamentais. O dogma da vedação da atuação do juiz como legislador positivo, representado pelo entendimento jurisprudencial tradicional, não pode ser considerado um óbice à força normativa da constituição e conseqüente efetividade de normas de eficácia limitada.

Já se reconhece a possibilidade de suprimento, pelo Poder Judiciário, da omissão inconstitucional, no controle incidental de constitucionalidade. Não é racional que se espere *ad eternum* que uma norma seja implementada pelo Poder Legislativo, se este recusa a fazê-lo.

Sergio Moro<sup>198</sup>, quando trata do direito a educação e a saúde adverte:

Como as constituições não mais apenas garantem direitos já assegurados, mas também realizam promessas constitucionais de direitos – como a universalização da saúde e da educação, cuja implementação demanda atuação do poder publico -, resta evidente que a eficácia da jurisdição constitucional será comprometida caso seja atribuído ao juiz função meramente negativa.

Novamente aqui, não se pode deixar de fazer menção à questão do implemento de políticas públicas pelo Judiciário, pois, se a Constituição apresentou a “promessa” de realização de direitos sociais, ou se tais direitos foram garantidos em Pactos Internacionais, maior razão terá o Judiciário de buscar meios para a efetividade desses direitos sociais através de políticas públicas.

Caso emblemático de uma Corte Constitucional agir numa função legiferante para implementação de políticas públicas, foi o Caso da Corte Warren - Brown v. Board of Education, em 1954<sup>199</sup>, ao invalidar as leis estaduais que

<sup>198</sup> MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004. p.238.

<sup>199</sup> Ibid, p. 245-246.



ordenavam a segregação escolar, obrigando aos poderes constituídos, a adotarem uma política pública de dessegregação.

Ou seja, tal decisão transformou a realidade da época para que Direitos Fundamentais fossem efetivados.

No Brasil, o Ministro do STF, Celso Mello também já se posicionou, ao decidir a ADF 45:

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado"<sup>200</sup>.

O julgamento desta ADPF de nº 45 nos trouxe relevante fundamento jurisprudencial ao tratar sobre a possibilidade de controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

---

<sup>200</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF nº45. Partido da Social Democracia Brasileira-PSDB e Presidente da República Federativa do Brasil.Relator: Ministro Celso de Melo. 29 abr. 2004. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br> >. Acesso em 08 jun 2006.

Torna-se inadmissível então, que o Poder Judiciário usando do “escudo” proporcionado por essa dita vedação, de atuar como legislador positivo, se exima de suas responsabilidades para dar efetividade aos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento, através da concretização desses direitos por via processual.

Os Juízes não são mais a boca da lei, como defendia Montesquieu, mas são os tradutores dos sentimentos que foram expressos tanto na Constituição como nos Pactos Internacionais.

“É nesse sentido que Rawls descreve o poder dos tribunais, e em particular dos tribunais de justiça constitucional, como um “fórum da razão pública”<sup>201</sup>

Mas então quais seriam os limites da atuação dos juizes como legisladores positivos?

Este limite encontra-se emoldurado dentro de determinadas reservas. Tais reservas são a “reserva da consistência” e a “reservada do possível”, que serão adiante explicitadas.

#### 4.4 RESERVA DE CONSISTÊNCIA

A expressão “reserva de consistência” foi utilizada por Habermas, em *Legitimationsproblema in Spätkapitalismus* conforme Häberle<sup>202</sup> que leciona:

Colocado no tempo, o processo de interpretação é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (*Zwischenträger*). O resultado de sua interpretação está submetido à reserva da consistência (*Vorbehalt der Bewährung*), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer

<sup>201</sup> RAWLS APUD QUEIROZ, Cristina, M.M. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2002, p.290.

<sup>202</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 42.

justificativas diversas e variadas, ou ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais.

Häberle defende, nesta sua obra, que a interpretação da constituição não pode ser mais atributo de uma sociedade fechada, restrita aos juristas, mas que a interpretação seja realizada pela sociedade aberta e pluralista, composta pelos seguimentos públicos, mas também particulares, cidadãos, etc.

No Brasil, o autor que resgata esse conceito germânico é Sergio Fernando Moro<sup>203</sup>, afirmando que a concretização judicial da Constituição está sujeito ao limite da “reserva de consistência”.

Em relação à interferência no Poder Legislativo salienta:

No controle judicial de ato legislativo, cumpre ao julgador demonstrar com argumentos convincentes o acerto de sua interpretação da Constituição e o desacerto daquela que levou à edição do ato legislativo.<sup>204</sup>

Já em relação ao Controle judicial dos atos do Executivo afirma que:

O limite da reserva de consistência impedirá, é certo, o Judiciário de concretizar normas fundamentais que demandam a adoção de políticas públicas de certa complexidade.<sup>205</sup>

Sendo assim, o limite da reserva da consistência serve a uma postura de “autocontenção” por parte do juiz. Autocontenção esta que tem por base certa desconfiança quanto à capacidade de o juiz resolver certas controvérsias constitucionais.<sup>206</sup>

A “reserva de consistência” tem sido, às vezes, defendida sob um o prisma reducionista, de que seja apenas um princípio da necessidade de fundamentação da decisão judicial:

---

<sup>203</sup>MORO, Sergio Fernando . Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, Ano 9, n.37,out-dez. 2001, p.105-106.

<sup>204</sup> Ibid

<sup>205</sup> Ibid

Ora, entendo que a denominada reserva de consistência nada mais é do que o princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, o qual obriga, inclusive como forma de legitimação, de que os juízes expliquem as razões de sua decisão, ou seja, o caminho lógico percorrido para a conclusão adotada naquele caso concreto.<sup>207</sup>

Sem dúvida alguma, a “reserva de consistência” tem papel importante na consistência da fundamentação das decisões do Poder Judiciário. Para tanto, o reflexo disso será o seguinte: para fundamentar a sua decisão, o juiz terá que, muitas das vezes, tratar de assuntos que fogem ao restrito campo da técnica jurídica para alçar vôos por outras técnicas, como gestão pública, medicina, pedagogia, engenharia, entre outras.

Mas a relevância da observância da “reserva de consistência” por parte do Judiciário vai muito mais além do que mero formalismo na fundamentação da decisão.

O caminho a ser aqui defendido será o já citado, proposto por Häberle: o caminho da contribuição da interpretação de uma sociedade aberta e plural.

Para tanto, deverá ser resgatada a figura do *amicus curiae*, para consubstanciar as decisões que exijam conhecimentos que fogem da esfera jurídica, mas que são imprescindíveis para a “consistência” da fundamentação da decisão dos juízes ao julgar de forma que interfira nas atribuições de outro Poder, além de expandir o caráter democrático de tal decisão.

O instituto jurídico denominado *amicus curiae* é adotado na Suprema Corte norte-americana, desde o início do século XX, visando a proteção de direitos coletivos e difusos, tendo a função de chamar a atenção dos julgadores para alguma matéria que poderia, de outra forma, escapar-lhe ao conhecimento. O *amicus curiae* produz um memorial que é anexado ao processo.<sup>208</sup>

---

<sup>206</sup> MORO, Sergio Fernando . **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004. p.226-227.

<sup>207</sup> FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.121.

<sup>208</sup> SILVA, Luis Fernando Martins da. **Amicus Curiae, direito, política e ação afirmativa**. Disponível em: < [http://www.achegas.net/numero/vinteequatro/l\\_fernando\\_24.htm#\\_edn4](http://www.achegas.net/numero/vinteequatro/l_fernando_24.htm#_edn4) > Acesso em: 14 mar. 2006.

Age assim, por quem não é parte no processo, mas sim é um auxiliar do julgador para que este possa proferir uma decisão consistente ou com vistas a sustentar determinada tese jurídica em defesa de interesses públicos e privados de terceiros, que serão indiretamente afetados pelo desfecho da questão<sup>209</sup>.

Em relação ao interesse do *amicus curiae* no processo a qual participará, melhor colocação é a de que o *amicus curiae* é age mais do que em função de um interesse público, mas de um “interesse institucional”, que justifica o seu ingresso no processo.<sup>210</sup>

No Brasil, a única legislação que faz menção expressa a figura do *amicus curiae* é a Resolução 390/2004 do Conselho da Justiça Federal, que dispõe sobre o Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais<sup>211</sup>:

Art. 23. As partes poderão apresentar memoriais e fazer sustentação oral por dez minutos, prorrogáveis por até mais dez, a critério do presidente.

§ 1º - O mesmo se permite a eventuais interessados, a entidades de classe, associações, organizações não-governamentais, etc., na função de “*amicus curiae*”, cabendo ao presidente decidir sobre o tempo de sustentação oral.

A legislação pátria relativamente recente que, não menciona expressamente, mas resgata a figura do *amicus curiae* na participação processual, é a Lei 9.868/99. Ao estabelecer o procedimento para a Ação Direta de Inconstitucionalidade, ela dispõe<sup>212</sup>:

Art. 7º - Não se admitirá intervenções de terceiro no processo de Ação direta de constitucionalidade.

§ 1º - (*vetado*)

§ 2º - O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outro órgãos ou entidades.

<sup>209</sup> Ibid.

<sup>210</sup> BUENO, Cássio Scarpinella Bueno. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: Um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.502.

<sup>211</sup> BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Resolução nº 390, de 17 de setembro de 2004. Disponível em : < <http://www.cjf.gov.br/Resolucoes>> . Acesso em: 08 jun. 2006.

<sup>212</sup> BRASIL. Lei nº 9.868 de 10 de maio de 1999. Disponível em : < <http://www.planalto.gov.br>> . Acesso em: 27 dez. 2005.

Interessante ainda frisar, outro instrumento de participação da sociedade, através do *amicus curiae*, permitido pela lei 9.868/99, que é a audiência pública, e que não tem sido muito utilizada pela Corte Constitucional brasileira:

[...]

Art. 9º - Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§1º - Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º - (...)

§3º - (...) <sup>213</sup>

[...]

Defende-se assim, que através de uma interpretação sistematizada dos procedimentos processuais existentes, é admissível a utilização do *amicus curiae*, não somente nos casos aqui expostos, de Juizados Especiais Federais e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, mas também em ações que versem sobre Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento, promovendo assim a dita “reserva de consistência”.

Ao expandir a admissão do *amicus curiae* a outros tipos de ações judiciais, e o de acolher a utilização de audiências públicas, se estará alcançando a proposta de Häberle, de uma interpretação pluralista da constituição <sup>214</sup>:

Os instrumentos de informação dos juízes constitucionais – não apesar, mas em razão da própria vinculação à lei – devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas “intervenções”).

É necessária certa dose de ousadia do Poder Judiciário principalmente em relação ao direito processual constitucional, para que este, torne-se, “parte do direito de participação democrática”. <sup>215</sup>

<sup>213</sup> Ibid.

<sup>214</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 447-48.

A respeito dessa visão “sistemática de processo civil”, muito acertado é o posicionamento de Cássio Scarpinella Bueno<sup>216</sup>:

Parece-nos essencial que todo o processo civil seja lido de forma sistematizada a partir de valores constitucionais (...) Já não há por que falar em Código de Processo Civil. Preferível, pelo menos em sede acadêmica, falar em “sistema de processo civil”, um “sistema” em que o todo tem coerência, tem sentido de ordem, por valores que conformam, que unificam, as partes isoladas.

Experiência exemplar da admissão de *amicus curiae* em julgados nacionais foi a do HC nº 82.424/RS<sup>217</sup>, no Supremo Tribunal Federal, envolvendo crime de racismo e anti-semitismo. Os professores Celso Lafer e Miguel Reale Junior, foram admitidos como *amici curiae*, elaborando memorial sobre diversos aspectos que envolviam o conceito de racismo. Os ministros então, com base nesses memoriais decidiram por maioria de sete votos a três, negar o remédio constitucional em favor do editor Siegfried Ellwanger.<sup>218</sup>

Cabe reiterar o que já foi argumentado, anteriormente, sobre a vedação do Poder Judiciário atuar como legislador positivo, mas, agora, trago também para o âmbito da interferência do Poder judiciário na atuação do Poder Executivo, que o sistema processual brasileiro possui instituições como: a da motivação e da recorribilidade das decisões, do devido processo legal e da publicidade que são sustentáculos para legitimar o Judiciário, em casos concretos, a concretizar os Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento em virtude da ineficiência ou omissão do Poder Legislativo e Executivo.

Passando assim, a contribuição processual de diversos segmentos da sociedade, através do *amicus curiae* a ter relevante papel na motivação das decisões e consequentemente na consistência dos julgados.

---

<sup>215</sup> Ibid, p. 48.

<sup>216</sup> BUENO, Cássio Scarpinella Bueno. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: Um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.634.

<sup>218</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento de Habeas Corpus. HC nº 82.424/RS. Siegfried Ellwanger e Superior Tribunal Federal. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 set. 2003. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br> > . Acesso em 12 dez. 2005.

Outro fator relevante, é que, diante de ações coletivas que versem sobre direitos metaindividuais, ou seja, que diante de certas ações que irão gerar um impacto em determinada comunidade, o juiz deve inteirar-se do contexto social e econômico daquela localidade, e qual a real necessidade daquele grupo requerente. Isto pode ser verificado pelo Magistrado, através da consulta a ONGs que atuem naquela região em relação ao direito que está sendo pleiteado.

Assim, a Sociedade Civil, estaria prestando a sua parcela de colaboração ao julgador, fornecendo dados empíricos, que o magistrado, compulsando os frios autos processuais, não consegue ter acesso.

O *amicus curiae* pode e deve ser entendido como alguém que tem condições de portar esses interesses para o Poder Judiciário. Ele é, inegavelmente, seu porta-voz.

O *amicus curiae*, por isso mesmo, representa as vozes, os anseios, os valores dispersos na sociedade e no próprio Estado que, devidamente ouvidos, considerados, só têm como contribuir para melhor pronunciamento judicial, legitimando-o.<sup>219</sup>

A importância deste conceito da “reserva de consistência” para os limites do Judiciário na efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento pode ser então resumida nos seguintes aspectos:

- a) Amplia os horizontes de conhecimento do julgador, para que no caso concreto, possa proceder a uma análise mais profunda e substancial da atuação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, em relação à opção escolhida, diante da sua dita discricionariedade;
- b) Estende o caráter democrático das decisões judiciais, ao permitir a participação de entidades públicas e privadas na concretização das normas constitucionais;
- c) Caso o julgador entenda que o ato ou omissão dos outros Poderes não foi o mais adequado, ou tenha o entendimento que o foi, a motivação da sentença terá maior grau de consistência, tendo em vista a contribuição do *amicus curiae* no embasamento técnico, afastando a possibilidade de se argüir que tal entendimento era de caráter subjetivo do magistrado.

---

<sup>219</sup> BUENO, Cássio Scarpinella Bueno. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: Um terceiro enigmático.** São Paulo: Saraiva, 2006, p.659.



- d) A interferência do Poder Judiciário em outros Poderes passa a ter critérios palpáveis e concretos expostos na sentença, afastando assim a argumentação da violação ao princípio da separação dos poderes. Pelo contrário, consubstancia a harmonia entre os mesmos.
- e) Paradoxalmente, limita a atuação do Judiciário, tendo em vista que o magistrado não poderá decidir de forma arbitrária ou subjetiva, diante de um caso concreto, em que não se demonstrar juridicamente e tecnicamente que o Poder Judiciário ou Executivo foi omissos ou ineficiente.
- f) Evitará que a decisão para efetivar determinado Direito Humano Fundamental Social de Provimento seja mais gravosa do que positiva para o Bem Comum.

Vale ressaltar, que tais critérios na prática terão um certo grau de dificuldade para serem utilizados, em virtude de um leque de fatores, mas que com a prática judicial tem-se a esperança de serem superados.

Observa-se, assim que, o modelo normativo de democracia defendido por Habermas, qual seja, o modelo deliberativo-procedimental, já exposto anteriormente neste trabalho, passa a ser pano de fundo para o debate político-jurídico da “reserva de consistência”.

Hermes Zaneti Junior, em estudo sobre a virada do paradigma racional e político do processo civil brasileiro chama a atenção sobre essa inteiração produtiva, entre as partes, na distribuição do poder no processo, que se encaixa apropriadamente com a inteiração que se pretende defender ao se utilizar a “reserva de consistência”.

A proposta que se entende deva prevalecer é a que reconhece a “máxima da cooperação” como observância da participação das partes e como alternativa aos discursos antagônicos, uma composição fundada na tentativa de harmonizar, pelo discurso e pela “pretensão de correção”, a contraposição entre os objetivos sociais e as liberdades individuais do processo.<sup>220</sup>

Um conceito complementador ao da “reserva de consistência” é o da “reserva do possível”, o que será aprofundado a seguir.

## 4.5 RESERVA DO POSSÍVEL

Tendo em vista que o tema está relacionado com a efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento, e, portanto, direitos que exigem prestação positiva por parte do Estado, será realizada uma análise do papel do judiciário frente à escassez de recursos e as limitações de ordem jurídico-orçamentárias.

O conceito da “reserva do possível” surgiu na Alemanha, no caso *numerus clausus*, em que foi pleiteada na Corte Constitucional Federal vaga no ensino superior público, em razão a insuficiência de vagas existentes, embasado na garantia da Lei Federal Alemã de escolha da profissão<sup>221</sup>.

A Corte Alemã recusou a tese de que o Estado teria a obrigatoriedade em oferecer vagas suficientes nas universidades públicas para atender todos os cidadãos candidatos.

Andreas Krell<sup>222</sup> entende que essa teoria:

Representa uma adaptação de um tópos da jurisprudência constitucional alemã que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos.

Partiu-se então a considerar que os direitos sociais só poderiam ser exigidos se houvesse recursos disponíveis, conforme assevera Canotilho<sup>223</sup>:

Rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos.

<sup>220</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: A virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional**. 2005. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 241.

<sup>221</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.282-283.

<sup>222</sup> KRELL, Andreas apud BIGOLIN, Giovani. **A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais**. Revista de doutrina da 4ª Região. Disponível em < [www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani\\_bigolin.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani_bigolin.htm) > . Acesso em 12 dez. 2004.

<sup>223</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6.ed.Coimbra: Almedina, 2002, p.479.

Ana Paula Barcellos<sup>224</sup> aduziu como conseqüências ao acolhimento desenfreado desse conceito:

Na ausência de um estudo mais aprofundado, a reserva do possível funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais. A iminência do terror econômico, anunciada tantas vezes pelo Executivo, cuidava de reservar ao Judiciário papel de vilão nacional, caso determinadas decisões fossem tomadas.

O autor lusitano, ironicamente, observa que “um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale na prática, a nenhuma vinculação jurídica”.<sup>225</sup>

É inadmissível a resignação de que os Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento tenham uma eficácia limitada comparado aos Direitos Humanos Fundamentais de 1ª Dimensão:

É preciso com urgência, corrigir esse desvio de perspectiva, pois ele equivale a esvaziar de toda força jurídica aquele conjunto de direitos fundamentais, da mais alta relevância em países subdesenvolvidos. Se o Estado não dispõe, como é obvio, de condições materiais para atender na totalidade das demandas individuais de bens indispensáveis a uma vida digna, ele tem não obstante, inquestionável, o dever constitucional de por em prática, com todos os meios ao seu alcance, as políticas públicas dirigidas à consecução desse objetivo. O desempenho dessa relevante função estatal não está, de modo algum, submetido a “reserva do possível”.<sup>226</sup>

O Magistrado, na prática, se depara constantemente com o dilema: Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão X “Reserva do possível”.

Cumpra antes de tentar equacionar tal dilema, distinguir a “reserva do possível” em duas categorias: “reserva do possível fática” e “reserva do possível jurídica”.

A doutrina denomina reserva do possível fática a este contingenciamento financeiro a que se encontram submetidos os direitos prestacionais. Muitas vezes, os recursos financeiros até existem, porém não há previsão

<sup>224</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos Princípios Constitucionais: O princípio da Dignidade da pessoa humana.** Rios de Janeiro: Renovar, 2003, p.237.

<sup>225</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 6.ed.Coimbra: Almedina, 2002, p. 149.

<sup>226</sup> COMPARATO, Fabio Konder. O ministério Público na defesa dos direitos Econômicos, sociais e Culturais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais,** Belo Horizonte, n.40, p.67-89, Jul-Dez 2001.

orçamentária que os destine à consecução daquele interesse, ou licitação que legitime a aquisição de determinado insumo: é o que se denomina reserva do possível jurídica<sup>227</sup>.

O primeiro obstáculo a ser enfrentado, é o da alegação da violação ao Princípio da Separação de Poderes, pois os Juízes estariam adentrando alçada Executiva e Legislativa.

Considerando que se cuida de recursos públicos, argumenta-se, ainda, que é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos, falando-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação de poderes.<sup>228</sup>

O Ministro Celso de Mello, na ADPF 45<sup>229</sup>, ao fundamentar a sua decisão assevera 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.

Este Ministro do STF sustenta então que a cláusula da "reserva do possível" está condicionada ao seguinte binômio:

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.<sup>230</sup>

<sup>227</sup> GOUVÊA, Marcos Masseli. **O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos**. Disponível em <[www.nagib.net/texto/varied\\_16.doc](http://www.nagib.net/texto/varied_16.doc)>. Acesso em 15 jul. 2003.

<sup>228</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ, n. 10, jan. 2002. Disponível em <[www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)> Acesso em 12 dez. 2002.

<sup>229</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF nº45. Partido da Social Democracia Brasileira-PSDB e Presidente da República Federativa do Brasil.Relator: Ministro Celso de Melo. 29 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 08 jun 2006.

<sup>230</sup> Ibid.

Não cabe aqui trazer novamente o que já foi discutido em capítulos anteriores, mas apenas reafirmar que não podemos fazer de prisioneiro da discricionariedade, o cidadão que necessita do mínimo essencial para a sua sobrevivência, em virtude da omissão ou incompetência das autoridades públicas.

E o que é pior, fazer também com que uma autoridade pública, que é o magistrado, seja o carcereiro desse cidadão, que tendo, muitas das vezes a chave do cárcere nas mãos não possa utilizá-la como entender apropriado dentro do sistema constitucional vigente.

Novamente se traz a ponderação que deseja propor aqui atitudes desmedidas ou abusivas por parte do Poder Judiciário, para concretizar os direitos econômicos, sociais e culturais.

De forma especial, observar-se que o conceito da “reserva de consistência” e o conceito da “reserva do possível” devem caminhar juntos para atingir uma solução que não fira os ideais democráticos da nossa Constituição.

#### 4.6 O MINISTÉRIO PÚBLICO DENTRO DE UMA NOVA VISÃO FUNCIONAL

A transformação funcional pela qual o Ministério Público vem passando, coincide com a transformação política vivenciada pelo Brasil.

Com a queda do regime militar e a reconstrução democrática do Brasil, o Ministério Público ganhou contornos funcionais que vieram ao encontro das expectativas de um povo e de um Poder Constituinte sedentos por uma libertação de um regime autoritário, e carente de uma Instituição que os protegessem de novas agressões e violações aos seus Direitos Humanos Fundamentais.

Essa nova visão funcional do Ministério Público foi então plasmada na Constituição Brasileira de 1988, em capítulo separado dos demais Poderes da República, no Capítulo “Das funções essenciais à Justiça”, nos art. 127 a 130.

Essa alteração sistêmica dentro da Constituição, por si só, já sinaliza que o Poder Constituinte quis resgatar a própria etimologia da palavra Ministério Público, ou seja, dar uma conotação de Ministério, que significa serviço, função.

Mas não uma conotação de Ministério do Governo, ou de um determinado Poder, mas Ministério Público, ou seja, um Ministro do Povo, aquele que está a serviço do interesse e do bem comum, em outras palavras, a serviço da República (*res publica*).

Portanto, ao se tratar sobre Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento, jamais poderia deixar de se esboçar algumas ponderações sobre a importância do Ministério Público para a sua efetivação.

A opção foi de demonstrar a amplitude das novas funções do Ministério Público diretamente ligadas aos direitos humanos fundamentais, dividindo-as em: a) Função Promocional; b) Função Pedagógica; c) Função demandista e resolutiva; d) Função fiscalizadora das políticas públicas.

#### **4.6.1 O Ministério Público e sua função promocional**

A função promocional do Ministério Público está relacionada com a “promoção dos valores e direitos situados no vértice do ordenamento jurídico”,<sup>231</sup> ou seja, diz respeito a atribuição que o Ministério Público assumiu constitucionalmente no art. 127 em defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

---

<sup>231</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação Civil Pública**. São Paulo: LTR, 2001, p.130.

Em outras palavras, o Ministério Público, passou a ter o dever de “promover” e zelar pelos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º da CF).

O Ministério Público, no Brasil, assume então uma função de amplo alcance, muitas vezes inimagináveis por outros Estados, inclusive por países desenvolvidos, principalmente no que tange a efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento.

Novamente aqui, é preciso compreender o momento histórico vivido pelo Brasil e pelas características de desenvolvimento social que ele se encontra na atualidade.

Ora, para um País desenvolvido, deve ser de difícil compreensão o porquê do Ministério Público ter a função de “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” (Art. 129, III da Constituição).

Em um País continental como o Brasil, com profundas desigualdades sociais, com cidadãos que estão em um momento de aprendizagem de cidadania, após longos períodos de censura e de falta de liberdade de expressão por conta de um regime autoritário, nada mais confortante do que ter uma Instituição que exerça essa função promocional, tutelando assim, os interesses de uma sociedade que, infelizmente, não tem condições financeiras e políticas para buscar a efetividade de seus direitos humanos fundamentais sociais.

Um dos incansáveis defensores da função promocional do Ministério Público, o Prof. Carlos Henrique Bezerra Leite, assevera que<sup>232</sup>:

É, pois, sob a perspectiva da função promocional que deflui o papel primordial do Ministério Público, que é o de ser verdadeira alavanca a propiciar o acesso da sociedade à Justiça e ao Poder Judiciário em defesa dos valores maiores desenhados em nosso ordenamento jurídico.

---

<sup>232</sup> Ibid, p. 131.

É de suma importância, portanto, que os próprios membros do Ministério Público, tenham consciência desta sua função, como atribuições obrigatórias, inerentes as suas responsabilidades funcionais na efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento.

Fábio Konder Comparato vai, mais além, e defende inclusive que a falta da atuação do Ministério Público no que concerne a sua função promocional, faz com que o representante do *parquet*, incorra em prevaricação:<sup>233</sup>

A conjugação de ambas as atribuições, a impediante e a promocional, faz do Ministério Público um órgão eminentemente ativo, que não pode nunca recolher-se a uma posição neutra ou indiferente, diante da violação dos direitos fundamentais, mormente quando esta é perpetrada pelos Poderes Públicos. Quando sobretudo, a inércia ou a deliberada omissão do Ministério Público se manifesta na Chefia do órgão e provém de sua submissão à chefia do Governo, escancarar-se a mais flagrante prevaricação.

Esta função promocional do Ministério Público, vem sendo sedimentada paulatinamente no ordenamento jurídico, com a primeira Lei orgânica do Ministério Público (Lei complementar 40/81), depois com a Lei da Ação Civil Pública ( Lei 7.347/85), finalmente, com a promulgação da Constituição de 1988, e por último com o Código do Consumidor (Lei 8.078/90) e a Lei de Improbidade Administrativa ( Lei 8.429/92).

Portanto, o que a sociedade espera do Ministério Público, é uma participação atuante e promocional, para a defesa dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais, dentro de uma missão inovadora dessa Instituição ao lutar pela Justiça Social.

---

<sup>233</sup> COMPARATO, Fabio Konder. O ministério Público na defesa dos direitos Econômicos, sociais e Culturais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n.40, p.67-89, Jul-Dez. 2001.



#### 4.6.2 O Ministério Público e sua função pedagógica

O Ministério Público alargou o seu espectro funcional, a ponto de assumir também uma função pedagógica na formação de uma sociedade civil cidadã e de poderes públicos cumpridores de suas funções visando o interesse e o bem comum da população.

Se uma das atribuições do Ministério Público é a de ser guardião do regime democrático, a defesa da ordem jurídica e ainda de direitos coletivos, conseqüentemente a Instituição também passou a ser co-responsável pela formação e conscientização do cidadão e dos poderes públicos.<sup>234</sup>

Pois, para o cidadão por si próprio defender os seus direitos, ele precisa primeiramente ter conhecimento de quais direitos ele realmente possui.

A função pedagógica do Ministério Público busca progressivamente, a emancipação do cidadão na defesa de seus interesses, a tal ponto, que com o desenvolvimento cultural e econômico do país, permita cada vez mais uma menor tutela “patriarcal” do Ministério Público, até chegar a ponto de não demandar da função promocional do Ministério Público, como já acontece em países desenvolvidos economicamente e educacionalmente.

Faz-se necessário, uma maior aproximação dos membros do *Parquet*, com as universidades, para que, se utilizando os acadêmicos, possam atingir um maior número de cidadãos.

Outra aproximação necessária é da participação do Ministério Público, junto ao dito Terceiro Setor, criando um elo com as Organizações não governamentais, Oscips, Organizações Sociais, Fundações, etc.

---

<sup>234</sup> GOES, Maria Amélia Sampato. O Direito à Educação de crianças e adolescentes, as políticas públicas e a dimensão pedagógica do Ministério Público. **Revista Jurídica**, Florianópolis, v.2, p. 81-85.

E como já foi antes exposto, esta função pedagógica, não se dá apenas na formação do cidadão, mas também, na formação dos próprios poderes públicos, que infelizmente, ainda estão enraizados em comportamentos omissos perante, principalmente, aos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento.

Pode-se citar como principais instrumentos para se realizar esta função pedagógica do Ministério Público, alguns procedimentos extra-judiciais, de cunho administrativo:

- a) O Inquérito Civil (Lei 7.347/85)
- b) O compromisso de ajustamento de conduta (Lei 7.347/85, art. 5º § 6º).
- c) A recomendação (lei complementar 75/93, art. 6º, inciso XX).

O Inquérito Civil possui relevante poder de investigação, tem natureza inquisitiva, e é instrumento exclusivo do Ministério Público, que atende exatamente a esta perspectiva pedagógica, por dar margem à determinadas negociações com os entes públicos e privados, colocando o Ministério Público como órgão mediador entre as partes, sem que isso subverta qualquer ordem jurídica, agilizando e facilitando a efetividade de direitos humanos fundamentais sociais de Provimento.

O Compromisso de Ajustamento de Conduta tem natureza de acordo extrajudicial, não sendo necessária a sua homologação judicial, o que por si só, já desafoga a sempre lotada máquina do Poder Judiciário, fazendo com que casos mais complexos sejam levados à apreciação do Judiciário, diminuindo o tempo de tramitação de alguns processos e facilitando o acesso à Justiça.

Tal Compromisso, também se refere à função pedagógica do Ministério Público, porque ao agir como este mediador de interesses, ajustando um acordo de condutas entre as partes, o membro do *Parquet*, deve aproveitar o momento para conscientizar as partes sobre as violações que estão sendo tratadas no caso, esclarecer as conseqüências para a sociedade, etc.

O outro instrumento utilizado nesta função pedagógica é a Recomendação, que foi inserida na Lei 75/93, pertinente ao Ministério Público da União, mas foi estendida ao Ministério Público Estadual com o advento da Lei 8.625/93.

A recomendação visa à melhoria dos serviços públicos, bem como ao respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.

Diante dos instrumentos acima expostos, fica clara a função pedagógica do *Parquet*, que vai muito mais além do que usar de suas atribuições com fins coercitivos e sancionatórios, mas de utilizar suas atribuições com a finalidade de imprimir um lastro de cidadania em suas atividades laborais.

#### **4.6.3 O Ministério Público e sua função demandista e resolutive**

Diante desta nova visão funcional do Ministério Público, defende-se<sup>235</sup> que atualmente no Brasil, o Ministério Público assume dois modelos: o modelo demandista e o modelo resolutive.

O modelo demandista é aquele que vincula as funções do Ministério dentro de um arcabouço processual, entrelaçando a sua atuação perante o Poder Judiciário, onde as soluções para os problemas vinculados aos Direitos Humanos Fundamentais Sociais, devem ser resolvidos dentro de um processo judicial, com todos os tramites legais e sob a tutela jurisdicional.

Em outras palavras, este é um modelo arcaico do Ministério Público, que não condiz com a nova roupagem da Instituição após a Constituição de 1988 e as alternativas legais vigentes no que diz respeito aos direitos coletivos e metaindividuais.

O modelo resolutive é o modelo que irá atender as funções promocionais e pedagógicas, anteriormente explicitadas, “que atua no plano extrajudicial, como grande intermediador e pacificador da conflituosidade social”.<sup>236</sup>

---

<sup>235</sup> GOULARD, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia**. Leme: Editora de Direito, 1998.

É, assim, o modelo que busca a solução para um conflito, de forma resolutiva, dentro da esfera funcional da própria Instituição, utilizando os instrumentos que lhe foram legalmente atribuídos, independente de uma demanda judicial, ou da interferência do Poder Judiciário.

Paccagnella<sup>237</sup>, em um estudo dedicado ao Controle da Administração pelo Ministério Público, defende a urgência da adoção do modelo resolutivo, argumentando que:

...o objetivo primordial do Ministério Público deve ser o aprofundamento da democracia. Logo, cabe à Instituição a busca de soluções para as demandas por progresso social.

Por outro lado, creio que o Poder Judiciário é a última solução para os conflitos sociais. Antes de se recorrer a ele, é de rigor que sejam esgotados todos os meios para a solução do problema.

Portanto, defender a função resolutiva do Ministério Público é defender a efetividade dos direitos humanos fundamentais sociais de Provimento, e conseqüentemente é defender a própria democracia brasileira.

#### **4.6.4 O Ministério Público e sua função fiscalizadora das políticas sociais**

Dentre as funções atribuídas ao Ministério Público, está a função fiscalizadora das políticas públicas, principalmente as inerentes às políticas sociais, que são aquelas que dizem respeito à concretização dos direitos humanos fundamentais sociais de Provimento.

---

<sup>236</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra ; PARISE, Elaine Martins. **Priorização da atuação preventiva pelo Ministério Público**. Disponível em: < [www.ammp.org.br/XVICongresso/teses/teses](http://www.ammp.org.br/XVICongresso/teses/teses)>. Acesso em: 31 mar. 2006.

<sup>237</sup> PACCAGNELLA, Luis Henrique. Controle da administração pelo Ministério Público: Meio de aprofundamento da Democracia. In: VIGLIAR, José Marcelo Mendes; MARCEDO JR, Ronaldo Porto. **Ministério Público II**, São Paulo: Atlas, 1999, p. 188.

Perante a sociedade, o membro do *Parquet*, passou a ser identificado como um concretizador das políticas sociais, através da sua atuação, promovendo Ações Civis Públicas, audiências públicas, etc.

A função do Ministério Público como fiscalizador das políticas sociais, é talvez uma das mais importantes tarefas, dentre tantas atribuídas, pois ao fiscalizar se os Poderes Públicos estão implementando políticas sociais, o Ministério Público está buscando o cumprimento dos objetivos constitucionais da República<sup>238</sup>:

[...]

Art. 3º Constituem 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;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[...]

Ao exercer esta função fiscalizadora das políticas públicas o Ministério Público está em outras palavras, buscando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, através de um desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza e reduzindo as desigualdades sociais, promovendo assim o bem de todos.

A importância do Ministério Público para o controle das políticas públicas foi salientada por Américo Bedê Freire Junior<sup>239</sup>:

A tutela coletiva tem condições de instrumentalizar o controle de políticas públicas de modo a fornecer à Constituição densidade suficiente para a tutela de direitos transindividuais. Nesse contexto é de ser repensada a atuação do *Parquet*, uma vez que a Constituição Federal de 1988 viabilizou um novo papel ao Ministério Público, colocando no fortalecimento dessa instituição a esperança de que existisse um órgão capaz de viabilizar, pelo direito de ação, a implementação dos nobres ditames do Estado Democrático de Direito.

<sup>238</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

<sup>239</sup> FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.97.

A Ação Civil Pública tem sido o instrumento recorrente para o controle das Políticas Públicas. E, quando se fala de Políticas Públicas, não se pode deixar de mencionar a questão das normas constitucionais orçamentárias que irão efetivar os Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento.

Fabio Konder Comparato ao tratar em seu artigo jurídico sobre a relação do Ministério Público com os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, defende também a utilização da Ação Civil Pública como remédio judicial adequado para sancionar a violação das normas orçamentárias:

A meu ver é sempre a ação civil pública, quer se trate de 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.<sup>240</sup>

O Ministério Público deve, portanto, intensificar a sua atividade fiscalizadora, no âmbito das questões orçamentárias, solicitando auditorias nos Tribunais de Contas, verificando se as metas dos orçamentos plurianuais estão sendo alcançadas, enfim, praticar todos os atos fiscalizatórios que possuía atribuição, e ao perceber irregularidades impetrar a Ação Civil Pública.

#### 4.7 O ATIVISMO JUDICIAL

A difícil tarefa de julgar toma contornos angustiantes para o magistrado nos casos em que envolvem a carência de recursos alegada pelos Poderes Estatais e as necessidades de sobrevivência do cidadão, impondo um desafio a mais para o poder Jurisdicional: buscar alternativas criativas para salvaguardar as normas constitucionais, em especial as que são relativas aos direitos humanos fundamentais sociais de Provimento.

---

<sup>240</sup> COMPARATO, Fabio Konder. O ministério Público na defesa dos direitos Econômicos, sociais e Culturais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n.40, p.67-89, Jul-Dez. 2001.

Miguel Reale<sup>241</sup> ressalta em relação a função do Magistrado que :

Tanto o próprio direito, o judiciário pode e deve ser concebido como *constants ac perpectua voluntas jus suum cuique tribuendi*, diretriz que adquire maior força e sentido novo em nossos dias, por se situar na visão axiológica unitária da sociedade civil e do Estado.

O que a sociedade espera do Poder Judiciário, para a efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento, é uma mudança de postura frente aos obstáculos jurídico-formais.

Aliás, é essa mesma sociedade que levanta o tema da “Crise do Judiciário”, desejando um maior protagonismo desse Poder para a solução de problemas muitas vezes de cunho político, mas que é na tutela jurisdicional, que se esperam respostas imediatas e eficazes.

Esta “Crise do Judiciário” passa, então, a estar ligada a uma nova fase histórica em que se vive, que envolve nitidamente uma reestruturação na relação da sociedade com o próprio Estado.

Novos direitos fundamentais surgiram, o conceito da separação de poderes está sendo reformulado, a sociedade civil participa diretamente das mudanças políticas do País, enfim, todas essas alterações estruturais acabam por gerar a dita “crise”.<sup>242</sup>

A chamada crise do Poder Judiciário coincide, portanto, com uma crise geral das relações entre o Estado e a Sociedade, em um contexto de democratização, de ruptura com os padrões tradicionais de subordinação, de interpelação dos valores de equidade e justiça desaguando essas demandas em um aparelho institucional inibido, ao longo de décadas, de qualquer outra função que viesse a transcender a arbitragem de conflitos entre direitos – inclusive em razão dos períodos de regime autoritário.

A sabedoria oriental oferece a concepção que a crise nada mais é do que, diante de uma situação perigosa e problemática, não devemos buscar o caminho da

---

<sup>241</sup> REALE, Miguel. O judiciário a serviço da sociedade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro v. 202, out-dez. 1995. p.68.

<sup>242</sup> VIANNA, Luiz Wernneck et al. **Corpo e Alma da Magistratura brasileira**. 3.ed. Rio de Janeiro : Revan, 1997, p. 13.

subjugação, mas sim, transformar esse obstáculo em uma oportunidade de mudança.

Contextualizando o ideograma da crise, ao tema do presente estudo, pode-se observar que se o Poder Judiciário está no turbilhão desta crise, paralelamente está no auge da sua capacidade de oportunizar uma nova postura diante desta relação Estado x Sociedade.

Deve-se identificar quais são os “perigos” diante desta crise, ou seja, quais os obstáculos que impendem uma maior atuação do Poder Judiciário para a efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento, para que assim, se permita oportunizar a viabilidade de um ativismo judicial que dê conta dos anseios da sociedade em relação ao papel do Poder Judiciário para concretização de seus Direitos Humanos Fundamentais.

É possível apontar como principais obstáculos para a atuação do Judiciário em prol dos Direitos humanos fundamentais Sociais de Provimento:

- a) A virtual independência do Poder Judiciário;
- b) A falta de conscientização do seu papel como agente histórico transformador da sociedade;
- c) A não aplicação dos Pactos Internacionais na fundamentação das sentenças judiciais;
- d) A carência de formação jurídica humanística nas universidades e nas Escolas da Magistratura e do Ministério Público;

#### **4.7.1 A virtual independência do Poder Judiciário**

A virtual independência do Poder Judiciário está consideravelmente ligada ao que já foi discutido anteriormente sobre a Separação de Poderes e a questão da discricionariedade do Poder Executivo, portanto, não se irá aqui repetir os



argumentos anteriores para demonstrar que se não houver uma redefinição desses conceitos, a dita independência do Poder Judiciário tornar-se-á precária.

Um outro fator, ligado ainda a independência do Judiciário, que normalmente não é levado em conta, em que pese o art.96 da CF (autonomia financeira e administrativo do Judiciário) é a questão orçamentária do Poder Judiciário, que depende de aprovação do Poder Legislativo, que conseqüentemente por razões políticas, também depende do Poder Executivo.

Tal situação acaba por permitir conjecturar-se que o Poder Judiciário, ao tomar uma posição firme de enfrentamento a certas omissões dos Poderes Legislativo e Executivo na concretização de políticas públicas sociais, pode sofrer represarias políticas para aprovação de aumento nos salários dos membros e demais verbas necessárias para o funcionamento da máquina judiciária.

Essa dependência acaba ocasionando apenas atitudes isoladas por parte de alguns “heróicos” magistrados, e não de uma sistematização do posicionamento de enfrentamento por parte de um todo, por exemplo, de um Poder Judiciário Estadual.

E o pior, esses magistrados, que assumem a postura de “oficial independência”, não conseguem ter o apoio institucional necessário junto aos seus pares, buscando o conforto apenas na sua consciência de “dever cumprido”.

Imagina-se, apenas a título de exemplificação, o seguinte caso fictício: Um Estado onde a corrupção tenha se enraizado dentro do Poder Legislativo a ponto de inviabilizar a criação de diversas políticas públicas sociais. O Judiciário, então, no desempenho de suas atividades, assume um papel importante, ao decidir sobre a implementação dessas políticas públicas, inclusive gerando ações de natureza penal contra esses legisladores corruptos.

Fica a indagação: Será que esses mesmos membros do legislativo, que estão sob o jugo do Poder Judiciário, na iminência de terem os seus mandatos cassados e de terem contra eles expedidos mandados de prisão iriam aprovar aumento nos salários

dos magistrados ou mesmo a aprovação de liberação de verba para esse Judiciário “perseguidor”?

#### **4.7.2 A falta de conscientização do Judiciário do seu papel como agente histórico transformador da sociedade**

Outro obstáculo que precisa ser abordado diz respeito à conscientização do Judiciário de seu papel como agente histórico transformador da sociedade.

A consciência e a conscientização foram exploradas por Marx: <sup>243</sup>

Lembramos, com Marx, que consciência é conscientização; e também que liberdade é libertação; isto é, consciência não é uma coisa que nós temos, porém que vamos construindo, vamos livrando do que os dominadores botam lá (ideologia); e liberdade também não é uma coisa que nós possuímos; pelo contrário: ela vive amarrada e nós temos de cortar os nós.

O que se deseja é que no Brasil os Magistrados não se identifiquem com o modelo proposto por Carlo Guarnieri <sup>244</sup> de “Juiz-executor”.

Guarnieri propõe quatro modelos de juízes<sup>245</sup> a partir de duas variáveis: criatividade jurisprudencial e autonomia política.

- a) Juiz-executor (baixa autonomia e baixa criatividade) –Identificado com a escola da “jurisprudência dos conceitos”
- b) Juiz-delegado (baixa autonomia e alta criatividade) - Identificado com a escola do direito livre
- c) Juiz-guardião (alta autonomia e baixa criatividade) - Identificado com a escola da jurisprudência sociológica

<sup>243</sup> ANDRADE, Lédio Rosa. **Juiz alternativo e o Poder Judiciário**. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 82.

<sup>244</sup> GUARNIERI, Carlo apud CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 46.

<sup>245</sup> Ibid, p.47-57.

d) Juiz-político (alta autonomia e alta criatividade)- aprofundamento nos postulados, que de modo difuso, o realismo jurídico americano havia esboçado.

Com a conscientização do Magistrado de suas atribuições como membro participante de um processo histórico transformador da sociedade, a figura do Juiz-político, torna-se o modelo almejado pela sociedade moderna.

Mas esse modelo de Juiz faz ascender dois fenômenos: O da politização do Judiciário e o da Judicialização da política.

A politização do Judiciário surge exatamente no momento da “tomada de consciência do Poder Judiciário” de sua função como agente transformador.

Dallari defende que: “O reconhecimento da politicidade do direito, nada tem a ver com opções partidárias nem tira, por si só, a autenticidade e a legitimidade das decisões judiciais”.<sup>246</sup>

Pelo contrário, a consciência desta politicidade leva o juiz a interpretar o direito de forma inserida no contexto social, e não de uma forma puramente abstrata e artificial, proporcionando assim, uma aplicação da lei voltada para a realidade social e política de um povo.

Por sua vez, como em uma via de mão dupla, se faz premente a “Judicialização da Política” que pode ser conceituado como:<sup>247</sup>

...processo por meio do qual se indica a capacidade do Poder Judiciário de garantir os direitos fundamentais, estaria sendo favorecida por um conjunto de variáveis contextuais, cuja presença variaria, em alcance e em intensidade, segundo as características histórico-sociais de cada país...

Não se trata de uma inversão de atribuições, mas sim de um Judiciário que assume um papel político em virtude de uma de suas atribuições precípua que é o cumprimento e a interpretação das normas constitucionais.

<sup>246</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos Juizes**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.96.

<sup>247</sup> VIANNA, Luiz Wernneck et al. **Corpo e Alma da Magistratura brasileira**. 3.ed. Rio de Janeiro : Revan, 1997, p. 31.

Afinal, basta analisar a nomenclatura utilizada para o Judiciário na 2ª Instância, como sendo um “Tribunal de Justiça” e não apenas um “Tribunal de Direito”.

Sendo assim, a Justiça perpassa por fronteiras além do sistema jurídico, indo ao encontro do sistema político, e com ele se imbricando para atingir a essência da sua finalidade, que é o bem-estar e a felicidade dos que estão sob a sua espada e sua balança.

Pois, “No empenho de assegurar conquistas menores, corre-se o risco de esquecer o fundamental: A Justiça Humana existe como serviço público e esta preordenada a servir o povo”<sup>248</sup>

#### **4.7.3 A não aplicação dos pactos internacionais na fundamentação das sentenças judiciais**

Existe ainda por parte do Poder Judiciário, uma resistência em utilizar os tratados internacionais na fundamentação de suas decisões.

Esta resistência acaba por interferir na efetividade dos direitos humanos fundamentais sociais, principalmente no caso daqueles direitos sociais que estão apenas positivados como tal em tratados internacionais e que não foram contemplados na Carta Magna.

No sistema jurídico, cita-se como exemplo o Direito a Alimentação, que não foi contemplado no rol dos direitos sociais do art. 6º da CF, mas o foi expressamente mencionado no Protocolo de San Salvador no art.12.

---

<sup>248</sup> NALINI, Jose Renato. A formação do Juiz brasileiro. In: \_\_\_\_\_: **Formação Jurídica**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 132-148.

Outro direito social que foi elevado à categoria de Direito Humano, pelo Protocolo de San Salvador, mas não é um direito fundamental constitucional, é o direito ao benefício da cultura.

Dallari já alertou sobre essa questão:<sup>249</sup>

O primeiro ponto a considerar, quando se quer trabalhar para que exista na prática a proteção judicial, é o desconhecimento, pelos juizes de modo geral, das normas internacionais de reconhecimento, posituação e proteção dos direitos humanos e das condições e dos efeitos de sua integração ao sistema jurídico nacional.

#### **4.7.4 A carência de formação jurídica humanística nas universidades e nas Escolas da Magistratura e do Ministério Público**

Outro ponto que merece atenção, quando se trata de ativismo judicial e efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento, diz respeito à formação jurídica dos magistrados e dos membros do Ministério Público.

Basta uma pesquisa superficial das grades curriculares dos cursos de direito, para perceber, antes de tudo, a ênfase atribuída às matérias de direito privado, o que por si só já denota, que a preocupação do operador do direito deve ser os elementos ligados à propriedade, bens e todos os demais valores impostos pelo pensamento capitalista.

Depois, observar-se os numerosos períodos semestrais dedicados às matérias processuais. E por fim, escassos períodos dedicados aos direitos humanos fundamentais.

---

<sup>249</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos Juizes**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.96

Iniciativa que merece destaque, foi a tomada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, ao incluir a matéria de Direitos Humanos, no elenco de matérias que integram o concurso público para juiz que será realizado no ano de 2006.<sup>250</sup>

Tal iniciativa coloca o Estado do Espírito Santo como um dos primeiros da Federação, ao lado do Estado de São Paulo, a exigirem do postulante à magistratura prévio conhecimento em Direitos Humanos, enriquecendo assim a formação jurídica dos futuros Magistrados, conforme já salientado por Herkenhoff<sup>251</sup>: “Pobre formação terá o jurista se conhecer todas as disciplinas particulares e desconhecer a disciplina geral que dá o sentido ético ao seu mister”.

#### 4.8 ALGUMAS PERCEPÇÕES

Após a análise do material teórico envolvido no presente estudo, e de algumas sistematizações e conclusões aventadas, entende-se que seria enriquecedor para o estudo trazer a baila alguns conteúdos vinculados à realidade prática da teoria aqui exposta.

Algumas percepções sobre o que foi tratado nesse estudo, fundamentar-se-ão em pesquisas que foram realizadas durante a década de 90, com Magistrados de todo país e publicada na obra: *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*<sup>252</sup>.

Para complementar e melhor contextualizar a realidade do Estado do Espírito Santo, foi realizado um levantamento de dados através de questionário com perguntas fechadas, junto à seguinte população:

---

<sup>250</sup> De acordo com edital 001/2006 publicado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo . Disponível em : < <http://ww2.tj.es.gov.br/Novo/PDF/concursojuiz.pdf> > Acesso em: 29 mar. 2006.

<sup>251</sup> HERKENHOFF, João Batista. **Juizes e Direitos Humanos**. **Jornal “ A Gazeta”**, Vitória, 15 mar. 2006, p. 03.

<sup>252</sup> VIANNA, Luiz Wernneck et al. **Corpo e Alma da Magistratura brasileira**. 3.ed. Rio de Janeiro : Revan, 1997.

- 24% dos Promotores de Justiça Estaduais das Comarcas de Entrância Especial do ES
- 69% dos Procuradores da República do ES
- 19% dos Juízes de Direito das Comarcas de Entrância Especial do ES
- 58% dos Juízes Federais da 2ª Região (Estado do Espírito Santo)

Percebe-se, que a pesquisa realizada por Luiz Wernneck Vianna, por ter sido realizada no final da década de 90, pode vir a ser enquadrada como “desatualizada” dentro de uma metodologia científica, bem como a amostragem realizada para a coleta dos questionários no Estado do Espírito Santo, pode vir a ser considerada metodologicamente como “insuficiente”.

Sendo assim, o que se pretende nesse capítulo não é se chegar a nenhuma conclusão veemente, mas apenas apontar algumas percepções encontradas sobre o assunto.

E mais, chamar a atenção da Academia sobre a necessidade de se buscar outras técnicas metodológicas nas pesquisas jurídicas, que não apenas as de documentação indireta, envolvendo a pesquisa documental e bibliográfica, mas expandir para as técnicas de documentação direta, comumente usada nas demais Ciências Sociais.

É importante apresentar essas ponderações, para que fique clara a cautela e o zelo com que se quer abordar o uso dessas pesquisas no presente estudo, de forma a não deturpar o caráter científico que se pretende alcançar.

#### **4.8.1 Percepções acerca do Poder Judiciário como Legislador Positivo**

Em que pese todos os argumentos favoráveis para que o Judiciário atue como legislador positivo, devidamente elencados no Capítulo 4, item 4.3, percebe-se, através do resultado da pesquisa abaixo, que os próprios membros do judiciário não demonstram ser favoráveis a essa maior intervenção do judiciário.

**TABELA 01 – Atitude em face do exercício inovador da Justiça por atitude em face do papel do Poder Judiciário<sup>253</sup>**

Prioridade	Exercício inovador da Justiça sobre questões emergentes e ainda não tratadas pela legislação			
	Neutralidade	Intervenção Baixa	Intervenção Alta	Total
<b>Alta</b>	166 18,1%	508 28,3%	458 42,4%	<b>1132</b> <b>29,9%</b>
<b>Alguma</b>	380 41,5%	871 48,6%	424 39,3%	<b>1675</b> <b>44,2%</b>
<b>Baixa</b>	227 24,8%	305 17,0%	156 14,5%	<b>688</b> <b>18,2%</b>
<b>Nenhuma</b>	143 15,6%	108 6,0%	41 3,8%	<b>292</b> <b>7,7%</b>
<b>Total</b>	<b>916</b> <b>24,2%</b>	<b>1792</b> <b>47,3%</b>	<b>1079</b> <b>28,5%</b>	<b>3787</b> <b>100%</b>

Porcentagem significativa do judiciário na década de 90 (24,2%) defendeu, a neutralidade do Judiciário diante de uma questão ainda não tratada pela legislação, e parcela ainda maior (47,3%), defende uma baixa intervenção do Judiciário nessas questões.

<sup>253</sup> VIANNA, Luiz Wernneck et al. **Corpo e Alma da Magistratura brasileira**. 3.ed. Rio de Janeiro : Revan, 1997, p. 275.



#### 4.8.2 Percepções acerca do Ativismo Judicial

No Capítulo 4, item 4.7.2, desse trabalho, foi colocado como obstáculo para efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento, a falta de conscientização do Judiciário como agente transformador da sociedade.

Pode-se observar, analisando as três tabelas abaixo, que na década de 90 os Magistrados não se apresentavam conscientes desse seu “papel transformador” :

**TABELA 02 - Atitude em Face do Papel do Poder Judiciário na Consolidação da Democratização no País<sup>254</sup>**

<b>Opções</b>	<b>N</b>	<b>%</b>
O Judiciário como elite que exerce ação pedagógica para a elevação da cidadania	124	4,1%
A Magistratura como guardiã das liberdades	233	7,7%
O Magistrado como um fiel interprete da lei	1872	61,7%
O Judiciário exercendo um papel ativo no sentido de reduzir as desigualdades sociais	807	26,6%
<b>TOTAL</b>	<b>3036</b>	<b>100%</b>

**TABELA 03 - Atitude em face de Políticas Sociais<sup>255</sup>**

<b>Políticas Sociais</b>	<b>Inviável e Indesejável</b>	<b>Viável, mas indesejável</b>	<b>Desejável, mas inviável</b>	<b>Viável e Desejável</b>
Acesso universal e gratuito aos serviços de saúde	88 2,9 %	32 1,1 %	1180 38,8%	1740 57,2%
Seguro-desemprego para todos os trabalhadores	263 8,7%	202 6,7%	1371 45,2%	1200 39,5%
Educação básica universal e gratuita	33 1,1%	30 1,0%	286 9,4%	2698 88,5%
Aposentadoria por tempo de serviço	183 6,0%	205 6,8%	495 16,3%	2151 70,9%
Garantia de renda mínima para todos acima de 25 anos	942 31,1%	121 4,0%	1574 51,9%	396 13,1%
Educação universitária gratuita	382 12,6%	289 9,5%	1276 41,9%	1096 36,0%
Programa de distribuição de alimentos aos pobres	420 13,9%	388 12,8%	1024 33,8%	1199 39,6%
Aposentadoria para todos independente de contribuição previdenciária	2082 68,4%	69 2,3%	788 25,9%	104 3,4%
Programa de construção de casas populares	58 1,9%	68 2,2%	354 11,6%	2562 84,2%

<sup>254</sup> VIANNA, Luiz Wernneck et al. **Corpo e Alma da Magistratura brasileira**. 3.ed. Rio de Janeiro : Revan, 1997, p. 260.

<sup>255</sup> VIANNA, Luiz Wernneck et al. **Corpo e Alma da Magistratura brasileira**. 3.ed. Rio de Janeiro : Revan, 1997, p. 247.

**Tabela 04 – Atitude em face da garantia da extensão dos direitos sociais por atitude em face do papel do Poder Judiciário<sup>256</sup>**

Prioridade	Garantia da Extensão dos Direitos Sociais			Total
	Neutralidade	Intervenção Baixa	Intervenção Alta	
<b>Alta</b>	283 31,0%	840 46,9%	629 58,2%	<b>1752</b> <b>46,3%</b>
<b>Alguma</b>	407 44,5%	717 40,0%	345 31,9%	<b>1469</b> <b>38,8%</b>
<b>Baixa</b>	145 15,9%	164 9,2%	92 8,5%	<b>401</b> <b>10,6%</b>
<b>Nenhuma</b>	79 8,6%	71 4,0%	15 1,4%	<b>165</b> <b>4,4%</b>
<b>Total</b>	<b>914</b> <b>24,1%</b>	<b>1792</b> <b>47,3%</b>	<b>1081</b> <b>28,5%</b>	<b>3787</b> <b>100%</b>

Examinando as tabelas acima, chega-se à conclusão que 61,7% dos Magistrados na ocasião em que foram questionados pela pesquisa, ainda se viam apenas como um intérprete da lei, sem ter a consciência da amplitude das suas funções no âmbito da cidadania (apenas 4,1%) e na redução das desigualdades sociais (26,6%).

Que os Magistrados, quando foram questionados sobre políticas públicas sociais de implementação aos Direitos Humanos Sociais de Provimento, as desejam e conseguem visualizar sua viabilidade, como no caso da saúde (57,2%), Educação básica (88,5%), Educação universitária (36,0%), distribuição de alimentos (39,0%), moradia (84,2%), mas paradoxalmente 47,3% defendem a baixa intervenção do judiciário na extensão desses mesmos direitos sociais.

Em outras palavras, enquanto cidadão comum, o Magistrado entrevistado, deseja diminuir as desigualdades sociais, através de políticas públicas, mas não se coloca

<sup>256</sup> VIANNA, Luiz Wernneck et al. **Corpo e Alma da Magistratura brasileira**. 3.ed. Rio de Janeiro : Revan, 1997, p. 274.

como um agente transformador dessa realidade social, ao pregar uma baixa intervenção do Judiciário.

Fazendo uma colocação mais irônica, a interpretação que se faz, sistematizando o resultado das pesquisas acima é que o magistrado pensa da seguinte forma: “a efetividade dos direitos humanos fundamentais sociais de Provimento é viável e desejável, mas isso não é papel do Judiciário”.

Trazendo para o contexto do Estado do Espírito Santo, foi colhida a seguinte resposta, no que concerne aos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento:

---

**TABELA 04 - Diante de uma ação coletiva para concretizar determinado direito social como Educação, Moradia, Saúde, Alimentação, Segurança, Lazer e Cultura que depende de prestação pecuniária por parte do Estado:**

<b>Opções</b>	<b>Promotores de Justiça</b>	<b>Procuradores da Republica</b>	<b>Juizes Estaduais</b>	<b>Juízes Federais</b>	<b>Todos</b>
A função do Judiciário/ MP é de concretizar o direito social, somente se os recursos financeiros apresentados pelo Poder Público estiverem contemplados na “reserva do possível”	28%	<b>55%</b>	24 %	14%	13%
O Judiciário/MP tem a função de buscar alternativas jurídicas para concretizar o direito social, no caso dos recursos financeiros apresentados pelo Poder Publico serem insuficientes.	21%	0 %	12%	14%	35%
A função do Juiz/ MP é ser aplicador da lei, bastando para tanto que interprete as normas vigentes, independente de análise de recursos financeiros por parte do Estado.	45%	45%	<b>52%</b>	50%	<b>42%</b>
Não respondeu	6%	0%	15%	0%	10%
<b>TOTAL</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>

Em relação a um ativismo judicial para concretização dos direitos sociais, em caso de falta de recursos financeiros, o Ministério Público Estadual, se apresenta como mais atuante (21%) em relação aos demais, mas 45% dos seus membros identificam sua função de concretizar os direitos sociais, independente de análise de recursos financeiros por parte do Estado.

Os Juízes Federais são os que menos se socorrem na restrição da “reserva do possível” para deixar de dar efetividade aos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento, ao contrário dos Procuradores da República, que em sua maioria (55%) vêem na reserva do possível um obstáculo intransponível para se efetivar tais Direitos Sociais.

Um ponto que mereceu destaque durante os nossos estudos sobre a efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais por parte do Poder Judiciário, foi analisar a carência de estudos humanísticos nos cursos de Direito.

Foi então realizada uma pesquisa superficial, nas grades de todas as Faculdades de Direito sediadas no Estado do Espírito Santo, e diagnosticar qual porcentagem desses cursos de direito que estabeleciam em sua grade curricular, pelo menos uma matéria, denominada de Direitos Humanos ou de Direitos Fundamentais.

**TABELA 05 – Levantamento da porcentagem de cursos de Direito, sediados no Estado do Espírito Santo, que estabelecem em sua grade curricular, no mínimo 01 matéria denominada “direitos humanos” ou “direitos fundamentais”**

	Nº	%
<b>Total de Cursos de Direito no Espírito Santo<sup>257</sup></b>	25	100%
<b>Cursos de Direito que possuem Direitos Humanos na grade curricular</b>	6	24%
<b>Cursos de Direito que NÃO possuem Direitos Humanos na grade curricular</b>	19	76%

<sup>257</sup> Total de cursos de Direito, em funcionamento, sediados no Estado do Espírito Santo e devidamente registrados pelo INEP. Disponível : < [www.inep.gov.br](http://www.inep.gov.br) > acesso : 30 de mar. 2006.

Como já antes mencionado, trata-se de um levantamento superficial, apenas em relação a matérias que possuem a denominação de Direitos Humanos ou Direitos Fundamentais, para uma conclusão mais precisa necessitaria de um estudo profundo das ementas de cada matéria, de analisar as cargas horárias disponibilizadas, mas o resultado que foi apresentando, já aponta uma percepção da formação formalista e positivista que vem sendo adotada pelos cursos jurídicos no Brasil, e reflexo dessa formação é a atuação dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, diante da violação aos Direitos Humanos Fundamentais.

Afunilando, ainda mais, esta percepção, foi levantado junto a alguns Magistrados e membros do Ministério Público do Estado do Espírito Santo:

**TABELA 06 – Durante a sua formação jurídica, freqüentou aulas que versassem especificamente sobre Direitos Humanos/Fundamentais?**

<b>Opções</b>	<b>Promotores de Justiça</b>	<b>Procuradores da Republica</b>	<b>Juizes Estaduais</b>	<b>Juízes Federais</b>	<b>Todos</b>
<b>Nunca</b>	7%	<b>55%</b>	12%	0%	13%
<b>Sim, durante a graduação</b>	34%	12%	<b>45%</b>	29%	35%
<b>Sim, em curso de Especialização, Mestrado ou Doutorado</b>	45%	33%	33%	<b>64%</b>	<b>42%</b>
<b>Sim, em curso oferecido pela Escola da Magistratura/MP ou Associação de Magistrados/MP</b>	14%	0%	10%	7%	10%
<b>TOTAL</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>

Os Procuradores da República, em sua maioria (55%), nunca freqüentaram aulas específica sobre Direitos Humanos Fundamentais, e apresentam, assim como os Magistrados Estaduais, o menor índice de conhecimento da matéria em Cursos de Especialização, Mestrado ou Doutorado.

Percebe-se também que poucos desses profissionais (10%), tiveram conhecimento de Direitos Humanos através de cursos oferecidos por Escolas e Associações dos Magistrados/ Ministério Público.

Outro fator apontado no Capítulo 4, no item 4.7.3, como obstáculo a efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento foi a não aplicação dos Pactos Internacionais pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público.

Em resposta ao questionário levantado junto a Magistrados e membros do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, se chegou a seguinte tabela:

**TABELA 07 – Ao longo da sua carreira na Magistratura/ Ministério Público com que freqüência utiliza Pactos Internacionais para fundamentar decisões/peças processuais que versem sobre direitos sociais como: Educação, Moradia, Saúde, Alimentação, Segurança, Lazer e Cultura?**

<b>Opções</b>	<b>Promotores de Justiça</b>	<b>Procuradores da Republica</b>	<b>Juizes Estaduais</b>	<b>Juízes Federais</b>	<b>Todos</b>
<b>Nunca</b>	28%	55%	24 %	14%	27%
<b>Uma única vez</b>	21%	0 %	12%	14%	14%
<b>Algumas vezes</b>	45%	45%	52%	50%	48%
<b>Freqüentemente</b>	3%	0%	12%	7%	7%
<b>Nunca possui atribuição funcional para atuar sobre estes direitos sociais</b>					
	3%	0%	0%	15%	4%
<b>TOTAL</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>



Percebe-se que 55% dos Procuradores da República, ou seja, a sua maioria, nunca utilizou os Pactos Internacionais para fundamentar suas peças processuais, apesar de todos declarem que possuem atribuições funcionais para atuar sobre os Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento.

Os Magistrados (Estaduais e Federais) utilizam mais freqüentemente os Tratados Internacionais do que o Ministério Público.

A utilização esporádica dos Tratados é observada de forma equilibrada tanto entre os Magistrados quanto os membros do Ministério Público.

De forma geral observa-se que os membros da Magistratura e do Ministério Público que nunca utilizaram tratados internacionais ou utilizaram apenas uma vez, compõem um índice alto, de 41%.

É necessário repetir, que o conteúdo desse capítulo, deve ser entendido como um olhar diante de dados que foram levantados e utilizados nessa pesquisa, ou seja, são apenas percepções sobre o assunto.

Na realidade a proposta desse capítulo é de levantar alguns desafios que se apresentam aos pesquisadores jurídicos.

O primeiro desafio é que seja realizada uma nova pesquisa, nos moldes da que foi brilhantemente realizada por Wernneck Vianna, atualizando assim o “corpo e alma da magistratura brasileira” para a primeira década do novo milênio, e aí sim, fazer uma comparação, se houve ou não uma real alteração dos resultados encontrados pela pesquisa que foi realizada na última década do milênio passado.

O segundo desafio, seria o de fazer uma pesquisa de campo específica no Estado do Espírito Santo, ou até mesmo em todo País, levantando dados junto aos Magistrados e os membros do Ministério Público, sobre os pontos apresentados, no Capítulo 4 desse trabalho, como obstáculos a efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais de Provimento.

O terceiro desafio seria realizar uma pesquisa complexa e profunda, nas ementas, planos de ensino, nas grades curriculares, bem como nos projetos pedagógicos, dos cursos de Direito do Estado do Espírito Santo, ou até mesmo do Brasil, analisando até que ponto o estudo dos Direitos Humanos Fundamentais estão sendo contemplados pelas Faculdades.

Por fim, e ainda em caráter de percepção em relação ao ativismo judicial, serão analisado alguns “cases” abordando os Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento.

#### **4.8.3 Estudo de casos**

Para ilustrar a teoria aqui desenvolvida, serão apresentados, quatro cases fictícios, que serão abaixo analisados:

##### **I - Caso 01 – (Direito à Moradia)**

- Associação de moradores de uma determinada periferia, que foi atingida por inundação, pleiteia na justiça, por meio de Ação Civil Pública, com pedido liminar, direito à moradia, determinando que o município construa casas populares para os grupos de pessoas lesadas. A municipalidade alega não ter recursos disponíveis para arcar com as construções.

O magistrado observa primeiro a urgência do caso em apreço e pode determinar que, com base no artigo 634 do CPC, segundo o qual, é lícito aos juízes a requerimento do credor, decidir que terceiros realizem a obrigação às custas do devedor.

Para tanto, requisitaria da municipalidade que informasse a relação de empresas construtoras e de material de construção que estariam em débito com impostos municipais.

Consultaria um perito na área de engenharia para levantar os recursos que seriam necessários para a construção e um perito na área de economia ou contabilidade para avaliar quais empresas, em virtude dos débitos, melhor se encaixariam para a execução dos serviços.

Tais empresas seriam consultadas, para se saber se aceitariam a compensação fiscal e diante da posição afirmativa, o magistrado determinaria que a municipalidade executasse a construção ou compensasse fiscalmente as empresas que realizassem essa atividade.

Diante desta decisão poderia se argüir que o Poder Judiciário adentrou tanto a esfera do Executivo (no que concerne a discricionariedade da aplicação orçamentária) como também do Legislativo (tendo em vista que a compensação fiscal tem que ser prevista em lei), mas perante os bens da vida protegidos na ação, tal argumentação não deve ser sustentada.

## II – Caso 02 (Direito à saúde)

- Recém nascido que devido a problemas de saúde somente pode se alimentar com um leite especial, que custa hoje no mercado por volta dos R\$100,00 a lata, e a família não tem como arcar com essas despesas sem que isso afete substancialmente o seu orçamento familiar. A família impetra ação contra o Estado pleiteando essa espécie de leite que não está sendo oferecido pelo Estado, anexando laudo médico atestando o alegado. O procurador do Estado alega que tem recursos disponíveis, mas, a compra desse produto só pode ser realizada mediante licitação.

O magistrado analisa o grau de urgência da situação, e percebe que se for esperar a tramitação de uma licitação seguramente a criança já teria morrido de inanição.

Não se pode esperar outra decisão que não seja a do deferimento liminar do pedido, tendo em vista o risco de morte da criança e que a sentença estava devidamente fundamentada em laudo médico respaldando a gravidade do caso.

### III – Caso 03 (Direito à Educação)

- Uma Organização Não-Governamental que abriga crianças em idade escolar impetra ação contra o Estado reivindicando a construção de uma escola nas proximidades de sua sede, tendo em vista que inexistente colégio na região e que o que existe na região vizinha não comporta mais o número de estudantes. O Estado alega que não possui recursos, e que não está prevista dotação orçamentária para tal fim.

Neste caso o juiz observa que apesar da importância do pleito, não existe urgência como nos casos anteriores.

Deve o juiz solicitar um parecer em gestões públicas de uma entidade pública ou privada, para avaliar a real necessidade para a região, o impacto orçamentário que uma construção desse porte ocasionaria e qual a projeção de tempo para se concluir uma obra deste porte.

Ao concluir pela necessidade da construção da escola deveria julgar o processo determinando que fosse reservada dotação orçamentária para o ano seguinte para essa finalidade e estipulando prazos para início e término da obra.

Tal posição, inclusive, já encontra respaldo na doutrina brasileira:

... se o orçamento daquele ano, não comportar a magnitude desta obra, o ente estatal será inicialmente condenado a incluir no próximo orçamento verba específica à obra pleiteada, sendo em seqüência condenado à realização propriamente dita da obra.<sup>258</sup>

### IV – Caso 04 (Direito à segurança)

- Associação de Comerciantes de uma determinada região dominada pela ação de assaltantes impetra ação contra o Estado apresentando relatório que apresenta dados levantados nos últimos 3 meses, com o número de assaltos sofridos nos estabelecimentos de seus associados, o prejuízo causado e quantidade de

vitimas desses atos criminosos, pleiteando a construção de um posto policial na localidade equipado de viatura e efetivo. O Estado alega não ter recursos para essa construção e não tem disponibilidade de viatura.

O magistrado observa que o caso é de relativa urgência, pois os atos criminosos ocorridos na região além de fazer vítimas, inclusive fatais, estão gerando também um problema de ordem econômica. Afinal, os consumidores não estão mais comprando naquela região temendo os assaltados e alguns comerciantes estão demitindo seus funcionários e fechando os seus comércios por conta do temor e do prejuízo ocasionado pela insegurança pública.

Deve o juiz para dar consistência a sua decisão requisitar parecer de *amicus curiae* na área de gestão de políticas públicas e de segurança pública sobre o caso em apreço.

Requisita também a dotação orçamentária do ano corrente, para que os *amicus curiae* avaliem onde os recursos estão sendo empregados.

Os pareceres técnicos apontam que realmente não existe recurso para a segurança pública que possam ser disponibilizados para a implantação do posto fiscal sem que isso afete a segurança pública da coletividade, mas apontam uma elevadíssima dotação disponível para publicidade e propaganda.

O magistrado determina então que os recursos excessivos para a publicidade sejam remanejados para a implantação do posto policial.

Como alegar que o Poder Judiciário estaria violando a discricionariedade administrativa ao remanejar dotação, perante flagrante descompasso do Executivo na escolha da locação dos recursos? Neste caso também não seria possível esperar o próximo ano para a dotação orçamentário diante de caso grave de ordem pública e econômica.

---

<sup>258</sup> TOPAN, Luiz Renato apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública:** Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 238-239.

Para tanto, o magistrado se calçou em pareceres técnicos que fugiriam do conhecimento meramente jurídico para tomar tal decisão, atendendo a “reserva de consistência”.

Cumpre analisar a seguinte a decisão do STF, que trata de ação cautelar com pedido liminar, tendo como relator o ministro Carlos Velloso figurando como partes o município do Rio de Janeiro e o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, julgada em 27 de novembro de 2002<sup>259</sup>:

DECISÃO: - Vistos. Trata-se de ação cautelar, com pedido de liminar, proposta pelo MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, com fundamento no art. 800, parágrafo único, do C.P.C., objetivando atribuir efeito suspensivo a recurso extraordinário admitido (fls. 67/70) mas, ainda, não distribuído nesta Corte, recurso esse interposto de acórdão que manteve sentença que condenara o referido município "a garantir a gratuidade do atendimento em creches, no prazo de 30 dias, e construir creches ou ampliar o número de vagas existentes, a fim de se atender a 100% da demanda, nos seguintes bairros: Flamengo, Copacabana, Catete, Laranjeiras, Rocinha, Glória, Botafogo e Cosme Velho, no prazo de 1 ano" (fl. 19), fixando multa diária, em caso de descumprimento, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Sustenta o requerente, em síntese, o seguinte: a) ocorrência do *fumus boni juris*, consubstanciado na violação frontal ao princípio da tripartição dos Poderes (C.F., art. 2º), porquanto as normas em que se fundamentou a decisão ora recorrida seriam classificadas pela doutrina como normas programáticas, "tendo eficácia somente para evitar a adoção de providências pelo administrador que contrariem o seu sentido" (fl. 3); b) ofensa ao art. 167 da Constituição Federal, na medida em que a realização de despesas pela Administração Pública deve ter previsão orçamentária; c) existência do *periculum in mora*, consubstanciada no fato de a decisão recorrida ter estabelecido o prazo de um ano para a construção das creches nos locais retromencionados, sob pena de pagamento de multa diária, certo que "a realização de obra pública para construção de inúmeras creches, e também aparelhá-las para iniciar desde logo seu funcionamento, inclusive com a destinação de servidores públicos para esses locais, importa em verdadeira sangria aos cofres públicos, comprometendo a efetivação de políticas públicas já estudadas, estabelecidas e até, em alguns casos, iniciada a sua implementação (...)" (fls. 9/10). Autos conclusos em 21.11.2002. Decido. A sentença de 1º grau decidiu: "(...) Face ao exposto, REJEITO as preliminares suscitadas e JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido para declarar nula a Resolução 328/98 e condenar o Município do Rio de Janeiro a garantir a gratuidade do atendimento em creches, no prazo de 30 dias, e construir creches ou ampliar o número de vagas existentes, a fim de se atender a 100% da demanda, nos seguintes bairros: Flamengo, Copacabana, Catete, Laranjeiras, Rocinha, Glória, Botafogo e Cosme Velho, no prazo de 1 ano. Fixo multa diária pelo descumprimento desta sentença em R\$ 10.000,00, em favor do FIA/CMDCA. (...)" (fl. 19). O acórdão do Eg. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro confirmou a sentença. Daí o RE, ao qual pretende o Município do Rio de Janeiro seja conferido efeito suspensivo. Sustenta-se, no recurso,

---

<sup>259</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento petição nº2836/RJ. Município do Rio de Janeiro e Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Carlos Velloso. 27 nov. 1993. Disponível em < [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br) > . Acesso em 12 dez. 2004.

ofensa aos artigos 2º (princípio de separação e independência dos poderes) e 167 (previsão orçamentária para as despesas públicas) da Constituição Federal. O RE foi admitido, aos seguintes fundamentos: "(...) Quanto ao Recurso Extraordinário, constata-se que o acórdão recorrido, tendo condenado o recorrente em obrigação de fazer, qual seja, construção de creches, no prazo de 1 ano, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 10.000, nos bairros que menciona, aparentemente viola o art. 2º da CF, que garante o princípio da separação dos poderes. Além disso, há aparente violação ao art. 167 da CF, que exige previsão orçamentária para as despesas públicas, razão pela qual, em tese, contraria o referido dispositivo o acórdão que determina a realização de obras sem previsão orçamentária. Toda a matéria objeto do recurso extraordinário, por sua vez, encontra-se devidamente prequestionada. (...)" (fl. 69). Estou em que o pedido de efeito suspensivo ao RE deve ser deferido. O Município foi condenado a "garantir a gratuidade do atendimento em creches, no prazo de 30 dias, e construir creches ou ampliar o número de vagas existentes, a fim de se atender a 100% da demanda" em diversos bairros, "no prazo de 1 ano", fixada a "multa diária pelo descumprimento (...) em R\$ 10.000,00, em favor do FIA/CMDA." (fl. 19). Bem escreveu o ilustre Desembargador Pestana de Aguiar, ao admitir o RE, a decisão "aparentemente viola o art. 2º da C.F.". Ademais, as despesas públicas dependem de autorização orçamentária (C.F., art. 167). Estaria havendo, no caso, pelo menos ao primeiro exame, ofensa a essa norma constitucional. Está presente, portanto, o *fumus boni juris*. O *periculum in mora* decorre do seguinte: a obrigação de fazer, imposta ao Município, deverá ser implementada em trinta dias, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00. É dizer, ou o Município implementa a obrigação ou responde pela multa. Sendo assim, se conhecido e provido o RE, praticamente não haveria como efetivar o cumprimento da decisão, com graves prejuízos para os cofres públicos. Recomenda a prudência, sobretudo, pois, que seja emprestado efeito suspensivo ao recurso extraordinário. Do exposto, defiro, ad referendum da Eg. 2ª Turma, o pedido. Comunique-se e publique-se. Brasília, 27 de novembro de 2002. Ministro CARLOS VELLOSO - Relator -

Neste caso concreto, talvez se o magistrado tivesse observado determinados critérios expostos nesse estudo, poderia ter o recurso à sua sentença outro desfecho.

Tendo em vista que o instrumento utilizado pelo magistrado para buscar melhor concretização dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento são as leis, não é possível concluir este estudo sem mencionar a importância dos mecanismos processuais.

Como já foi exposto, existe uma imensa dificuldade enfrentada pelo Judiciário em exercer as suas atividades de forma inovadora sem interferir ilegalmente em outros Poderes, e que no momento, essa mudança de paradigma está tendo que enfrentar o caminho mais longo que é o da construção jurisprudencial.

Agilizaria e legitimaria de forma mais eficaz se fossem criados mecanismos processais especificamente para efetivar os Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento.

Jayme Benvenuto sugere a criação de uma Ação de cumprimento de compromisso social:<sup>260</sup>

Em caráter preliminar (portanto, aberto ao aprofundamento), proponho a criação de um remédio jurídico que denomino Ação de Cumprimento de Compromisso Social. Esse remédio seria destinado a garantir a execução, pelos poderes públicos, de compromissos sociais assumidos em programas ou diretrizes de governo ou de estado. Seu escopo seria bem mais abrangente que o dos remédios jurídicos tradicionais para a garantia de direitos civis e políticos, como o mandado de segurança, por exemplo. Pensada para garantir a validação de direitos humanos econômicos, sociais e culturais, a Ação de Cumprimento de Compromisso Social responsabilizaria, civil e criminalmente, o administrador público que viesse a descumprir (ou cumprisse apenas em parte), injustificadamente, as propostas assumidas em planos e diretrizes de governo ou de estado.

Esta ação poderia inclusive ter status constitucional e converteria uma diretriz em obrigação:

A idéia tem a finalidade, obviamente, de evitar - como acontece hoje em dia - a não realização, sem quaisquer justificativas, de programas, planos e diretrizes necessários ao desenvolvimento social, quando a expectativa da coletividade é em torno do seu cumprimento. Nesse caso, e em não havendo justificativas plausíveis para o não cumprimento (como, por exemplo, uma séria crise econômica), o "programa" ou o "plano" se converte em obrigação, a ser garantida a sua execução por via judicial.<sup>261</sup>

Merece atenção a sugestão desse autor, embora se possa supor que na prática essa legislação sofrerá diversos entraves para a sua aprovação, mas como já temos vitórias em legislações precedentes sobre responsabilidades fiscal e improbidade administrativa, não custa aprofundar o estudo processual sobre essa ação e analisar as possibilidades de ser criada.

---

<sup>260</sup> LIMA JUNIOR. Jayme Benvenuto. O caráter expansivo dos Direitos Humanos na Afirmação de sua indivisibilidade e exigibilidade. In : PIOVESAN, Flávia (Org.). **Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 661.

<sup>261</sup> Ibid, p. 661.



Outra proposta que tem contornos inovadores, é a do professor Paulo Lopo Saraiva, que defende a criação de um “Mandado de garantia Social” <sup>262</sup>, inserindo no art. 6º da Constituição, que trata dos direitos sociais a seguinte redação:

É instituído o mandado de garantia social, destinado a fazer consagrar, respeitar, manter ou restaurar, preventiva ou repressivamente, os direitos sociais previstos explicita ou implicitamente na constituição federal, contra atitudes ativas ou omissivas do Poder Público ou de particulares, para os quais não exista remédio próprio.

Tal procedimento teria natureza mandamental e supriria a frustração causada pela não eficiência do Mandado de Injunção e pelas limitações inerentes aos requisitos do Mandado de Segurança no caso da violação a direitos sociais.

Percebe-se, portanto, que a constitucionalização dos direitos sociais, exige, em contra partida “uma reestruturação de todo o ordenamento jurídico, a fim de que a realidade normativa não se afaste demasiadamente da realidade social”. <sup>263</sup>

---

<sup>262</sup> SARAIVA, Paulo Lopo. **Direito, política e justiça na contemporaneidade**. Campinas: Edicamp, 2002, p.135.

<sup>263</sup> Ibid, p. 125-161.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão, em que pese a sua característica de indivisibilidade, encontram-se em uma fase emancipatória em relação aos de 1ª Dimensão, e a força condutora dessa emancipação baseia-se nas políticas públicas, que não devem ser apenas programas governamentais, mas um instrumento de participação da sociedade civil na delimitação do Espaço Público.

Buscando-se caminhos para uma melhor efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais se faz necessário subdividi-los em duas espécies: os de Provimento e os de Proteção, para que cada um desses direitos receba o tratamento próprio concernente as suas características originais.

O conteúdo tanto dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento como o de Proteção, estão delimitados no direito positivo (Constituição Federal e Pacto de San José da Costa Rica), permitindo assim que a sua concretização independa de critérios metafísicos ou subjetivos.

A complexidade em relação aos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento, no entanto se dá, pelo espectro alcançado por seu conteúdo, que envolve o “mínimo existencial”, mas também as deliberações políticas que orbitam ao redor desse conteúdo mínimo.

Nesse sentido é que deve ser salientada a importância do Espaço Público como arena de debates das políticas públicas, permitindo uma compreensão de modelo normativo de democracia, baseado na legitimação do direito através do agir comunicativo dos seus cidadãos, que vai muito mais além do que a reunião de interesses pessoais individuais, mas que coletivamente se busque um razão pública comum institucionalizada.

De forma alguma deve se perder de vista a importância do papel da sociedade civil no Espaço Público, e para tanto o modelo habermasiano de uma democracia normativa deliberativa-procedimental, deve ser o alicerce para a interação entre os principais atores de um Estado Democrático de Direito: O poder Judiciário, o Poder Legislativo, o Poder Executivo, o Ministério Público e a Sociedade Civil.

A visão arcaica de Separação de Poderes e de discricionariedade, bem como o dogma da vedação do Poder Judiciário agir como Legislador Positivo, precisam ser banidos das interpretações e aplicações judiciais, abrindo as portas do Poder Judiciário, através da “reserva de consistência”, para uma participação maior da Sociedade Civil nas decisões que versem sobre os Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento, sendo primordial o resgate da figura do “amicus curiae” no sistema processual brasileiro.

O reflexo direto desse novo modo de pensar diz respeito a uma maior efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento, por permitir uma justiciabilidade maximizadora desses direitos, alcançando por via de consequência também as políticas públicas.

O Poder Judiciário e o Ministério Público precisam reavaliar a formação dos seus membros no que tange ao conhecimento jurídico em Direitos Humanos.

Outro ponto de reflexão é a falta de comprometimento desses atores políticos com o processo histórico de transformação pelo qual passa a sociedade. Sociedade esta que busca na tutela do Judiciário e sob a proteção do Ministério Público, a cura para os suas mazelas sociais.

A efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais de Provimento passa então a ser a “heterotopia do possível”, a partir do momento que se desloca da margem para o centro do sistema jurídico, sem que se perca a visão telescópica de todos os demais elementos normativos, como eficácia, validade e vigência, ou mesmo as questões processuais pertinentes.

Afinal, de que adianta tantos institutos e fundamentos jurídicos, se o direito não se concretizar no mundo real e social em que se vive.

A concretização da heterotopia deve ser construída com a participação e a subjetividade de todos, para que se mude a concepção inerte da sociedade, quando se fala em utopia, onde os indivíduos conjecturam sobre diversos elementos e mudanças que desejariam, mas que raramente apresentam os meios para realizar esses desejos.

A utopia, portanto deve ser traduzida como um projeto do futuro, como “não lugar ainda”, e toda a esperança engajada nessa sua etimologia.

Para tanto os operadores do Direito aliados a Sociedade Civil não devem se entregar ao pessimismo ou conformismo diante do descumprimento dos objetivos constitucionais de dignidade social.

Deve-se acreditar que uma “Parságada 2 Brasilis” é possível, apesar das dificuldades que se apresentam dentro da realidade social, desde que se torne factível a união da Sociedade Civil com os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo e o Ministério Público, delimitados por uma segurança jurídica, onde cada um tem consciência da responsabilidade que lhe recai dentro de um Estado Democrático de Direito.

Por fim ficam as palavras de poético otimismo de Mario Quintana:

#### Das Utopias

Se as coisas são inatingíveis... ora!  
Não é motivo para não querê-las...  
Que tristes os caminhos, se não fora  
a mágica presença das estrelas!

## REFERENCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudos Políticos e Constitucionais, 2002.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1996.

ALMEIDA, Gregório Assagra; PARISE, Elaine Martins. **Priorização da atuação preventiva pelo Ministério Público**. Disponível em: < [www.ammp.org.br/XVICongresso/teses/teses](http://www.ammp.org.br/XVICongresso/teses/teses)>. Acesso em: 31 mar. 2006.

ANDRADE, Lédio Rosa. **Juiz alternativo e o Poder Judiciário**. São Paulo: Acadêmica, 1992.

ARENDT, Hannah. **Condição Humana**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1999.

\_\_\_\_\_. **Crises da República**. 2.ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.

BACON, Francis. **Nova Atlântica**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos Princípios Constitucionais: O princípio da Dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitadas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro. V. 197. jul-set.1994.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade das normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

BIGOLIN, Giovani. **A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais.** Revista de doutrina da 4ª Região. Disponível em < [www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani\\_bigolin.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani_bigolin.htm) > . Acesso em 12 dez. 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos.** 17 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Resolução nº 390, de 17 de setembro de 2004. Disponível em : < <http://www.cjf.gov.br/Resolucoes> > . Acesso em: 08 jun. 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 9.868 de 10 de maio de 1999. Disponível em : < <http://www.planalto.gov.br> > . Acesso em: 27 dez. 2005.

BRASIL. Programa Nacional de Direitos Humanos. Disponível em : <[http://www.presidencia.gov.br/publi\\_04/COLECAO/PRODHI.HTM](http://www.presidencia.gov.br/publi_04/COLECAO/PRODHI.HTM)> Acesso em : 20 jun. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Cabimento e procedência de Ação Civil Pública. RESP 577836/SC.Relator: Luiz Fux. 28 fev. 2005. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br> > . Acesso em 12 dez. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF nº45. Partido da Social Democracia Brasileira-PSDB e Presidente da República Federativa do Brasil.Relator: Ministro Celso de Melo. 29 abr. 2004. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br> >. Acesso em 08 jun 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento petição nº2836/RJ. Município do Rio de Janeiro e Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Carlos Velloso. 27 nov. 1993. Disponível em < [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br) > . Acesso em 12 dez. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento de Habeas Corpus. HC nº 82.424/RS. Siegfried Ellwanger e Superior Tribunal Federal.Relator: Ministro Moreira Alves. 17 set. 2003. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br> > . Acesso em 12 dez. 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento desprovido. Agravo de Instrumento Nº 70009795337.Relator: João Armando Bezerra Campos. 29 dez. 2004. Disponível em: < <http://www.tj.rs.gov.br> > . Acesso em 11 dez. 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Deferimento mandado de segurança. Mandado de Segurança. Processo nº 100040009746.Relator: Sergio Luiz Teixeira Gama. 11 mar. 2005. Disponível em: < <http://www.tj.es.gov.br> > . Acesso em 12 dez. 2005.

BUENO, Cássio Scarpinella Bueno. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: Um terceiro enigmático.** São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 6.ed.Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional.** 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CAVALLARO, James Louis; POGREBISNSCHI, Thamy. Rumo à exigibilidade internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais na américas: O desenvolvimento da jurisprudência do sistema interamericano. In : PIOVESAN, Flávia (Org.). **Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. **Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 12 dez. 2004.

COMPARATO, Fabio Konder. O ministério Público na defesa dos direitos Econômicos, sociais e Culturais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n.40, p.67-89, Jul-Dez. 2001.

Conferência Internacional de Direitos Humanos. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/teera.htm>>. Acesso em 12 dez. 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos Juizes**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Declaração de Viena. Disponível em <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/viena/declaracao\\_e\\_programa\\_de\\_acao\\_de\\_viena.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/viena/declaracao_e_programa_de_acao_de_viena.htm)>. Acesso em 12 dez. 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Conflito entre poderes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.



FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas: A responsabilidade do administrador e o ministério público.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

GOES, Maria Amélia Sampato. O Direito à Educação de crianças e adolescentes, as políticas públicas e a dimensão pedagógica do Ministério Público. **Revista Jurídica**, Florianópolis, v.2, p. 81-85.

GOUCH. J.W. Separação de poderes e soberania. In: QUIRINO, Célia Galvão. **O pensamento político clássico.** V. 1. São Paulo: T.A. Queiroz, 1992.

GOULARD, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia.** Leme: Editora de Direito, 1998.

GOUVÊA, Marcos Masseli. **O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos.** Disponível em <[www.nagib.net/texto/varied\\_16.doc](http://www.nagib.net/texto/varied_16.doc)>. Acesso em 15 jul. 2003.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. Caderno 3. v.4.

\_\_\_\_\_. **Cadernos do Cárcere.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. Caderno 05. v.3.

\_\_\_\_\_. **Cadernos do Cárcere.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. Caderno 06. v.3.

\_\_\_\_\_. **Cadernos do Cárcere.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. Caderno 07. v.3.

\_\_\_\_\_. **Cadernos do Cárcere.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. Caderno 10. v.1.

\_\_\_\_\_. **Cadernos do Cárcere.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. Caderno 12. v.2.

\_\_\_\_\_. **Cadernos do Cárcere.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. Caderno 13. v.3.

\_\_\_\_\_. **Cadernos do Cárcere.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. Caderno 15. v.3.

GUARNIERI, Carlo apud CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: Entre facticidade e validade. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. Três modelos normativos de democracia. **Revista Lua Nova**, CEDEC, São Paulo, n.36, 1995.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direito e Utopia**. São Paulo : Acadêmica, 1993.

\_\_\_\_\_. **Gênese dos Direitos Humanos**. 2.ed. Aparecida: Santuário, 2002.

\_\_\_\_\_. **Juizes e Direitos Humanos**. **Jornal “ A Gazeta”**, Vitória, 15 mar. 2006, p. 03.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss de língua portuguesa**. Disponível em <http://houaiss.uol.com.br> > Acesso em 01 mai 2006.

IBASE (Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas). **Observatório da Cidadania**: Relatório 2004. Rio de Janeiro, 2001.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação Civil Pública** : Nova jurisdição trabalhista metaindividual. São Paulo: LTR, 2001.

LIMA JUNIOR. Jayme Benvenuto. O caráter expansivo dos Direitos Humanos na Afirmação de sua indivisibilidade e exigibilidade. In : PIOVESAN, Flávia (Org.). **Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Abril Cultura, 1978.

MAIA, Antonio C. Espaço Público e Direitos Humanos: Considerações acerca da perspectivas Habermasiana. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, PUC - Rio de Janeiro, n.11. Disponível em < [http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev11\\_antonio.html](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev11_antonio.html)>. Acesso em 01 abr. 2005.

MANNHEIM, Karl. **Ideologia e Utopia**. 3.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência. **Revista dos Tribunais**. Ano 90, v.789, jul. 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. A proteção dos direitos humanos sociais nas nações unidas. **Interesse público**, Porto Alegre, Ano 4, n. 14, abr-jun. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade: Algumas Notas. Revista Jurídica virtual. Ano 01. v.01, mai. 1999. Disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_01/teoria.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/teoria.htm)>. Acesso em 12 dez. 2004.

MICHAELIS: moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

MILARÉ, Edis. **Ação Civil Pública: 7.347/85 – 15 anos**. 2 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

MONTESQUIEU. Charles Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. 2.e.d São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MORE, Thomas. **Utopia**. São Paulo : Abril Cultural, 1979.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, Ano 9, n.37,out-dez. 2001.

NALINI, Jose Renato. A formação do Juiz brasileiro. In: \_\_\_\_\_: **Formação Jurídica**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Organizações das Nações Unidas. Disponível em [www.un.org/spanish/documents/resga.htm](http://www.un.org/spanish/documents/resga.htm) . Acesso em 12 dez. 2004.

PACCAGNELLA, Luis Henrique. Controle da administração pelo Ministério Público: Meio de aprofundamento da Democracia. In: VIGLIAR, José Marcelo Mendes; MARCEDO JR, Ronaldo Porto. **Ministério Público II**, São Paulo: Atlas, 1999.

PAIVA, Maria Arair Pinto. Espaço público e representação política. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, PUC - Rio de Janeiro, n.07. Disponível em [http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev07\\_arair.html](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev07_arair.html)>. Acesso em 22 fev. 2005.

PEREZ LUÑO, Antônio E. **Los Derechos Fundamentales**. 7. ed., Madrid : Tecnos, 1998.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3.ed. São Paulo: Max Limonad. 1998.

PLATÃO. **A República**. 8.ed.Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

QUEIROZ, Cristina, M.M. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2002.

REALE, Miguel. O judiciário a serviço da sociedade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro v. 202, out-dez. 1995.

ROSSEAU, Jean Jaques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

ROTTERDAM, Erasmo. **Elogia da Loucura**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: Contra o desperdício da experiência**. 3.ed. São Paulo : Cortez, 2001.

\_\_\_\_\_. **Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade**. 9 ed. São Paulo : Cortez, 2003.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Direito, política e justiça na contemporaneidade**. Campinas: Edicamp, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ, n. 10, jan. 2002. Disponível em <[www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)> Acesso em 12 dez. 2002.

\_\_\_\_\_. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. **Revista direito do Consumidor**. n. 30.

SILVA, Franciny Beatriz Abreu de Figueiredo. **Direitos Humanos no Brasil e seus mecanismos de proteção**. Disponível em <[www.mp.sc.gov.br/downloads/ccf/doutrina/silva\\_franciny\\_direitos\\_humanos\\_no\\_brasil.doc](http://www.mp.sc.gov.br/downloads/ccf/doutrina/silva_franciny_direitos_humanos_no_brasil.doc)>. Acesso em 2 jul. 2004.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo : Malheiros, 2005.

SILVA, Luis Fernando Martins da. **Amicus Curiae, direito, política e ação afirmativa**. Disponível em:

<[http://www.achegas.net/numero/vinteequatro/l\\_fernando\\_24.htm#\\_edn4](http://www.achegas.net/numero/vinteequatro/l_fernando_24.htm#_edn4)> Acesso em: 14 mar. 2006.

SKINNER, Burrhus Frederic. **Contingências do reforço**: Uma análise teórica. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

SLAIBI FILHO, Nagim. **Breve história do Controle de Constitucionalidade**. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo34.htm>> Acesso em 12 dez. 2004.

TAVARES, Ana Lucia de Lyra. Elementos Romanos na noção de espaço público em Hannah Arendt. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, PUC - Rio de Janeiro, n.11. Disponível em <[http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev11\\_analucia.html](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev11_analucia.html)> Acesso em 22 fev. 2005.

\_\_\_\_\_. O espaço público e as relações entre os poderes instituídos e os da sociedade civil, PUC - Rio de Janeiro, n.07. Disponível em <[http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev07\\_spaceal.html](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev07_spaceal.html)> Acesso em 22 fev. 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**: Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos Humanos e a tributação: Imunidades e isonomia.** Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

\_\_\_\_\_. A cidadania Multidimensional na Era dos Direitos In: \_\_\_\_\_(Org): **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Palestra proferida no Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional, evento integrante da V Conferência Nacional de Direitos Humanos, realizada em Brasília, em 25 de maio de 2000. Disponível em [http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/Cancado\\_Bob.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/Cancado_Bob.htm). Acesso em 02 jul. 2004.

VIANNA, Luiz Wernneck et al. **Corpo e Alma da Magistratura brasileira.** 3.ed. Rio de Janeiro : Revan, 1997.

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania: A sociedade civil na globalização.** Rio de Janeiro: Record, 2001.

WEIS, Carlos. **Os Direitos Humanos contemporâneos.** São Paulo: Malheiros, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. Direitos Humanos : Novas Dimensões e Novas Fundamentações. **Direito em Debate.** Ijuí, n.16/17, p 9-32, janeiro-junho de 2002.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: A virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional.** 2005. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.