



## A AUSÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE NA PRESTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### ABSENCE OF A PROVISION DISCRETION IN FUNDAMENTAL RIGHTS

<i>Recebido em:</i>	09/08/2013
<i>Aprovado em:</i>	22/11/2013

**Carlos Eduardo de Freitas Fazoli<sup>1</sup>**

**Fernando Henrique Rugno da Silva<sup>2</sup>**

#### RESUMO

O presente artigo apresenta breve análise sobre os direitos fundamentais, de modo a analisar com maior atenção a questão da concretização desses direitos, tudo sob o manto da ausência de discricionariedade acerca da atuação em especial dos órgãos públicos, afinal, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma série de incumbências que devem ser respeitadas em completo não permitindo nenhuma margem interpretativa no momento da efetivação destes direitos. Ainda neste contexto a atuação judicial torna-se bastante necessária, pois incumbe ao Poder Judiciário uma prerrogativa importantíssima neste contexto.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Discricionariedade. Atuação do Estado. Poder Judiciário.

<sup>1</sup> Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos – ITE/Bauru. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil – INPG/Araraquara. Professor de Direito do Centro Universitário de Araraquara – UNIARA. Procurador da Fazenda Nacional.

<sup>2</sup> Mestrando em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente – Centro Universitário de Araraquara – UNIARA. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil – INPG/Araraquara. Professor de Direito do Centro Universitário de Araraquara – UNIARA.



## ABSTRACT

This article presents a brief analysis on fundamental rights in order to examine more closely the question of the realization of these rights, all under the cloak of lack of discretion on the activities of public bodies in particular, after all, the Federal Constitution of 1988 brought a series of tasks that must be respected in full allowing no interpretative margin at the time of realization of these rights. Also in this context the judicial action becomes quite necessary, since it is for the Judiciary a prerogative important in this context.

**Keywords:** Fundamental Rights. Discretion. State action. Judiciary.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem por objetivo, entre outros, mudar concretamente a realidade da sociedade brasileira. Para tanto, estabeleceu que o Brasil se constitui em uma República Democrática Social de Direito. Inúmeros direitos fundamentais foram positivados, bem como instrumentos para assegurar o seu cumprimento.

Nossa Carta Maior é rica em direitos fundamentais, os quais constituem o conjunto dos direitos mais importantes para nossa sociedade. Merecem proteção e foram positivados na forma de princípios constitucionais.

Nessa linha, os direitos fundamentais são impositivos, ou sejam, possuem fundamento diretamente na Constituição e não precisam de outros mandamentos normativos para sua efetividade. Havendo omissão ou atuação indevida do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, cabe ao Poder Judiciário atuar e concretizar os mandamentos sociais constitucionais.



## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos considerados mais importantes para uma determinada sociedade em uma determinada época merecem proteção destacada e estão, como regra, positivados na sua constituição. Formam o conjunto de direitos que protege o indivíduo em face do Estado e impulsionam esse mesmo Estado na consecução das políticas públicas.

A doutrina diverge sobre a denominação direitos fundamentais. Encontramos os termos direitos humanos, direito das gentes, direitos fundamentais etc. Conforme nos ensinam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

[...] a expressão *direitos fundamentais* é a mais precisa. Primeiro, pela sua abrangência. O vocábulo *direito* serve para indicar tanto a situação em que se pretende a defesa do cidadão perante o Estado como os interesses jurídicos de caráter social, político ou difuso protegidos pela Constituição. De outro lado, o termo *fundamental* desta a imprescindibilidade desses direitos à condição humana (ARAUJO, NUNES JÚNIOR, 2005, p. 108).

Por sua vez, José Afonso da Silva assevera sobre o tema que:

*Direitos fundamentais do homem* constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas (SILVA, 2001, p. 182).



Os direitos fundamentais refletem valores e possuem alta carga axiológica. Estando previstos na Constituição, possuem a sua própria base interpretativa, não havendo que se falar, para a sua perfeita compreensão, na busca de interpretações fundadas em outras normas hierarquicamente inferiores.<sup>3</sup> Existem independentemente de qualquer outro mandamento estatal, têm validade *de per se* e independem de outras normas para sua consecução e aplicabilidade.

A evolução dos direitos fundamentais dá-se no sentido da busca pelo bem comum fundado na dignidade da pessoa humana, a qual constitui o núcleo axiológico da Carta de 1988.

Os direitos fundamentais constituem algo a que venho chamando de elementos constitutivos do avanço do processo civilizatório, na medida em que trazem consigo a consciência de que os homens, todos os homens, são sujeitos de direitos; portanto, credores de condições mínimas de existência capazes de assegurar a sua dignidade, elemento essencial de identificação dos homens como seres do momento histórico ao qual pertencem (RAMOS, 2005, p. 88).

Juntamente com os direitos fundamentais, a Constituição traz normas assecuratórias, ou seja, instrumentos que garantem a efetivação daqueles direitos. Nessa linha, temos a precisa lição de José Afonso da Silva:

Todo direito precisa ter sua garantia, tanto os direitos privados como os direitos públicos. O próprio direito constitucional é tido como

---

<sup>3</sup> “[...] a Constituição tem a virtude exclusiva de encontrar em si mesma, nas suas opções fundamentais, o seu próprio referencial de compreensão, diversamente do que sucede com os modelos prescritivos de menor densidade, que devem ser decodificados a partir dela, Constituição” (ALEGRE, 1993, p. 83).



garantia das liberdades. Mas isso é um simples reconhecimento. É necessário a instituição de mecanismos adequados a fazer valerem os direitos fundamentais do homem, incluindo os democráticos (SILVA, 2007, p. 81).

Continuando, os direitos fundamentais não podem ser confundidos com meras pretensões, as quais são condicionadas a atos humanos posteriores e se opõem às obrigações. Os direitos fundamentais, por sua vez, independem de qualquer conduta humana ou manifestação estatal e fundamento.

### **3 O BRASIL COMO ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL DE DIREITO**

Prevê o artigo Art. 1º da Constituição de 1988 que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, entre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Por outro lado, conforme expressa previsão no artigo 3º da Carta Maior, nossa República tem por objetivos, também entre outros, construir uma sociedade justa, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos.

Entretanto, o Brasil é mais do que um Estado Democrático de Direito. “Uma análise sistemática do texto constitucional faz ver, no entanto, que um grande número de dispositivos constitucionais palmilhou claramente o caminho do chamado estado do bem-estar social” (ARAÚJO, NUNES JÚNIOR, 2005, p. 93). Podemos afirmar que se trata de um Estado Democrático Social de Direito.<sup>4</sup> O Estado moderno deve agir com vistas a alcançar os seus fundamentos e os seus objetivos. É um dever do Estado e um direito da sociedade,

---

<sup>4</sup> “Os regimes constitucionais ocidentais prometem, explícita ou implicitamente, realizar o *Estado Social de Direito*, quando definem um capítulo de direitos econômicos e sociais” (SILVA, 2001, p. 119).



direito este que preexiste a qualquer manifestação estatal e que pode ser judicialmente reclamado no caso de omissão estatal.

Nasce, assim, o *Estado Social de Direito*, também denominado *Estado do bem-estar*, onde a lei, deixando de ser somente comando abstrato e geral, passa a ser também instrumento de atuação concreta do Estado. A intervenção do Estado, que era limitada, passa de negativa para positiva, no sentido de atuar, com prestações positivas, junto às questões sociais como, *v.g.*, as trabalhistas e previdenciárias (ALMEIDA, 2003, p. 52).

José Afonso da Silva nos ensina que a configuração do *Estado Democrático de Direito* não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito:

A configuração do *Estado Democrático de Direito* não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. E aí se entremostra a extrema importância do Art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em *Estado Democrático de Direito*, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando (SILVA, 2001, p. 123).



Os direitos sociais serão alcançados somente após uma constante atividade estatal e fiscalização e participação da sociedade.

Tipicamente, os direitos sociais pedem para sua execução a intervenção *ativa* do estado, freqüentemente *prolongada no tempo*. Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o estado não permita sua violação, os direitos sociais – como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho – não podem ser simplesmente ‘atribuídos’ ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas (CAPPELLETTI, 1993, p. 41).

Presos a um positivismo exacerbado, os juristas brasileiros ainda não passaram por uma alteração ideológica no mesmo sentido do moderno constitucionalismo dos países desenvolvidos. Conforme afirma Andreas Joachim Krell, precisamos de uma mudança cultural:

As condições culturais, políticas e sócio-econômicas vigentes no Brasil no século XXI não exigem uma exaltação de teorias liberalistas e internacionalistas, mas um desenvolvimento firme e contínuo em direção ao Estado Social, preconizado pela Carta de 1988, com todas as suas conseqüências (KRELL, 2002, p. 70).

Vale a pena transcrever, mais uma vez, a lição de Andreas J. Krell:





Talvez o maior impedimento para uma proteção mais efetiva dos direitos fundamentais no Brasil seja a atitude ultrapassada de grande parte dos juristas para com a interpretação constitucional, cuja base até hoje consiste no *formalismo* jurídico que tem dominado gerações de operadores do Direito, especialmente durante o tempo autoritário. A concepção ‘formalista’ da interpretação jurídica, fruto do jus-positivismo, dá absoluta prevalência às formas com base numa operação meramente lógica, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos da norma legislativa com prejuízo da finalidade perseguida por esta, da realidade social que se encontra por trás das formas e dos conflitos de interesse que se deve dirimir (KRELL, 2002, p. 71-72).

Precisamos avançar. O direito precisa acompanhar a sociedade complexa que atualmente temos. Lênio Streck, em precisa lição, assevera que:

Assim, a teoria positivista das fontes vem a ser superada pela Constituição; a velha teoria da norma dará lugar à superação da regra pelo princípio; e o velho *modus* interpretativo subjetivo-dedutivo – fundado na relação epistemológica sujeito-objeto – vem a dar lugar ao giro lingüístico-ontológico, fundado na intersubjetividade (STRECK, 2006, p. 150).

Ainda sobre a questão, trazemos, mais uma vez, a lição de Lênio Luiz Streck que apresenta, com maestria, o problema ora enfrentado:

*Estou convencido que há uma crise de paradigmas que obstaculiza a realização (o acontecer) da Constituição (e, portanto, dos objetivos da*





justiça social, da igualdade, da função social da propriedade, etc.): trata-se das crises dos paradigmas objetivista aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência), bases da concepção liberal-individualista-normativista do Direito, *que se constitui, em outro nível, na crise de modelos do Direito, pela qual, muito embora já tenhamos, desde 1988, um novo modelo de Direito, nosso modo-de-fazer-Direito continua sendo o mesmo de antanho, isto é, olhamos o novo com os olhos do velho, com a agravante de que o novo (ainda) não foi tornado visível*. Mais do que isto, a própria crise não foi tornada visível 'como' crise; o velho não foi compreendido 'como' (als) velho. A tradição inautêntica cega, obnubilando as possibilidades da manifestação do novo 'como' (als) novo (STRECK, 2004, p. 218-219).

E prossegue o insigne jurista:

Há que se detectar os problemas que fizeram com que a expressiva parcela dos dispositivos da CF/88 não obtivesse efetivação: a prevalência/dominância do paradigma da filosofia da consciência, refratário à guinada lingüístico-hermenêutica, de cunho objetificante (portanto metafísico), que provocou a entificação do ser (sentido) do Direito (e sobretudo da Constituição); a não-existência de um Estado Social no país, muito embora o forte intervencionismo do Estado (e do Direito); a prevalência do paradigma liberal de Direito, mormente pela coexistência promíscua de um ordenamento infraconstitucional *não filtrado constitucionalmente*; o não-estabelecimento de um tribunal constitucional *ad hoc*; o processo de globalização das políticas neoliberais, são fatores que obstaculizam a implantação



daquilo que aqui denomino de "realização das promessas da modernidade (STRECK, 2004, p. 03).

Nesta toada, o conteúdo axiológico é indispensável na busca de uma interpretação adequada, apta a concretizar os direitos fundamentais. O intérprete é um ser histórico e está inserido na realidade social, na realidade dos fatos. "A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade" (HESSE, 1991, p. 14). Para cada caso concreto teremos uma resposta constitucionalmente adequada. Em outras palavras, uma interpretação correta decorre da análise da norma constitucional em face de determinado caso concreto.

Para finalizar este tópico, estamos com Ruy Samuel Espíndola (2003, p. 85) quando assevera que "[...] é preciso eleger a Constituição e seus princípios como grandes defensores dos mais altos valores da civilidade que desejamos, e ainda não alcançamos em concretude".

#### **4 A NÃO-DISCRICIONARIEDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O Estado brasileiro não possui discricionariedade na efetivação dos direitos fundamentais, ou seja, por tratar-se de um estado prestacional, deve pautar-se pelos ditames constitucionais que o direciona.

Tratando-se de políticas públicas que envolvem direitos fundamentais, não há qualquer análise de conveniência e oportunidade na sua prestação. Não há dúvidas, por exemplo, quanto à existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado ou em relação ao direito a uma vida digna. Tais direitos são emanados diretamente do texto constitucional e independem de qualquer manifestação estatal.



A sua prestação, portanto, é vinculada. Caso seu conteúdo não seja realizado nos moldes estabelecidos pela Constituição, o Poder Judiciário deve implementá-lo através de uma tutela adequada, a qual poderá revestir, inclusive, a forma interdital.

Com efeito, o administrador público não poderá agir de forma arbitrária e, repita-se, não há discricionariedade<sup>5</sup> na concretização de um direito fundamental. Nossa atual Constituição foi elaborada para efetivamente mudar a realidade social, não podendo ser considerada uma mera carta de intenções<sup>6</sup>. O Brasil necessita de mudanças concretas, pois “o Estado não pode mais conviver passivamente com as desigualdades e injustiças sociais. Ele tem que atuar para se reestruturar, reestruturando também a sociedade” (ALMEIDA, 2003, p. 55).

No Estado brasileiro, cabe ao Poder Executivo efetivar materialmente os comandos normativos. Havendo omissão ou atuação inadequada, deve o Poder Judiciário corrigir os desvios dos demais poderes. Nos casos onde um Poder constituído deixa de cumprir sua missão constitucional, o Poder Judiciário deve intervir, ainda que precise adentrar em questões aparentemente discricionárias. A separação dos Poderes e a alegação de eventual discricionariedade não podem servir de justificativa para a inefetividade dos direitos fundamentais<sup>7</sup>. Observa-se, nessa toada, que “a discricionariedade administrativa não está absolutamente livre de controle judicial, pelo contrário, é necessária a compatibilidade das decisões administrativas com o sistema de princípios constitucionais” (DIAS, 2003, p. 524).

---

<sup>5</sup> “Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade, significa valoração e ‘balanceamento’; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez, os decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia” (CAPPELLETTI, 1993, p. 33).

<sup>6</sup> “Na verdade, o Estado não vem cumprindo com o seu dever, como se nota no Brasil em relação à efetivação dos direitos e garantias fundamentais, onde a Constituição pátria é considerada uma mera carta de intenção, o que faz gerar a crise da *legitimação*, que recai sobre o direito, como instrumento fundamental de regulação e transformação da sociedade” (ALMEIDA, 2003, p. 55).

<sup>7</sup> “Não há, assim, espaço para uma excessiva e formal insistência na teoria da separação para justificar a falta de ação judicial” (DIAS, 2007, p. 97).



A separação dos poderes deve servir como instrumento para garantia da democracia e do cumprimento dos preceitos constitucionais e não como justificativa para o seu não-cumprimento<sup>8</sup>. Assim, temos um completo sistema para a consecução e proteção dos direitos fundamentais. O sistema de freios e contrapesos tem por finalidade, entre outras, garantia a correta atuação de cada um dos poderes constituídos.

Com efeito, é importante trazer o ensinamento de Gregório Assagra de Almeida:

*A especificação funcional do Poder Judiciário se concentra no campo do direito e não da política. As manobras políticas dos outros poderes do Estado não podem abalar e aniquilar o sistema jurídico, especialmente no que tange aos direitos e garantias constitucionais fundamentais. É dentro dessa especificação funcional que o Poder Judiciário é instituição fundamental de transformação positiva da realidade social (ALMEIDA, 2003, p. 152-153).*

No atual momento histórico, é fundamental revermos as concepções clássicas do Estado moderno. Nesse novo contexto, “a evolução da teoria do Estado determina uma nova consideração do papel das instituições na proteção dos direitos fundamentais” (DIAS, 2007, p. 129). Há muito não se pode mais defender uma separação absoluta entre as três funções típicas estatais.

Andres J. Krell leciona que, se imprescindível, mister romper com a própria separação do direito da política:

---

<sup>8</sup> “A mecânica da separação de poderes atinge seu ápice em um modelo cujos representantes eleitos e não-eleitos se relacionam institucionalmente de modo sinérgico, com a finalidade de projetar os direitos fundamentais no âmbito da sociedade” (DIAS, 2007, p. 129)



A concretização desses direitos sociais exige alterações nas funções clássicas dos juízes que se tornam co-responsáveis pelas políticas dos outros poderes estatais, tendo que orientar a sua atuação para possibilitar a realização de projetos de mudança social, o que leva à ruptura com o modelo jurídico subjacente ao positivismo, a separação do Direito da Política (KRELL, 2002, p. 73-74).

A sociedade e o Estado, por seus três poderes, têm papel fundamental na busca de uma sociedade justa e igualitária, fundada na dignidade da pessoa humana. Na hipótese de o Legislativo ou Executivo não realizarem suas funções, deve-se buscar judicialmente a correção, momento em que o Poder Judiciário assume função decisiva.<sup>9</sup> Em um país democrático, onde suas instituições funcionem a contento, “é evidente que sempre é melhor que uma lei seja corrigida pelo próprio legislador. Entretanto, a cidadania não pode ficar à mercê dessa longa espera pelo legislador, correndo-se o risco do solapamento da própria Constituição” (STRECK, 2006, p. 154).

Aqui, importante destacar a lição de Jean Carlos Dias:

Por isso, não há espaço no Estado dos Direitos Fundamentais para atos insindicáveis, pois o fundamento essencial da ordem jurídica contemporânea, que é essencialmente plural, é a manutenção de ambientes institucionais capazes de incorporar a complexidade das relações sociais, o que somente é possível por meio de relações discursivas equilibradas. Nesse sentido, no que diz respeito às políticas, os tribunais devem e estão autorizados a examiná-las e

---

<sup>9</sup> “Tribunais, governantes e legisladores têm um papel solidário de projeção e realização de uma sociedade em que os direitos fundamentais sejam debatidos e concretizados, pois isso é uma exigência de uma nova formatação de ser humano e de sua produção no mundo contemporâneo” (DIAS, 2007, p. 129).



mesmo revê-las, quando efetivamente capazes de comprometer os direitos fundamentais (DIAS, 2007, p. 129).

Nessa toada, precisamos deixar claro que o Poder Judiciário somente pode controlar as políticas públicas na omissão ou atuação inadequada dos demais poderes. Não é função precípua do ao Poder Judiciário concretizar políticas públicas.

Andreas J. Krell corrobora nosso posicionamento:

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional (KRELL, 2002, p. 22).

Robert Alexy, na mesma linha nos ensina que:

*Si la Constitución garantiza al individuo derechos frente al legislador y (también) para la garantía de estos derechos prevé un Tribunal Constitucional, entonces la intervención del Tribunal Constitucional en el ámbito de la legislación, necesaria para la garantía de estos derechos, no es una asunción anticonstitucional de las competencias legislativas, sino algo que no sólo está permitido sino también ordenado por la Constitución (ALEXY, 2002, p. 527).*

E continua:





*Esto significa también que, en cierta medida, las valoraciones del Tribunal son colocadas por encima de las del legislador. Pero, ello no basta para fundamentar una objeción. Todo control del legislador por parte de un Tribunal Constitucional implica que, en una cierta medida, se da preferencia a las valoraciones del Tribunal frente a las del legislador (ALEXY, 2002, p. 401).*

Na mesma linha, “[...] o controle judicial, assim, manifesta-se como uma salvaguarda institucional, a fim de garantir a existência de um modo de vida capaz de respaldar os direitos fundamentais dos cidadãos que integram uma sociedade” (DIAS, 2007, p. 99). A atuação do Poder judiciário no estado democrático social de direito é diversa daquela desenvolvida no estado liberal. Afinal, “[...] o papel do Judiciário em um Estado que se quer democrático é distinto daquele que se lhe atribui na formulação clássica sobre suas relações com os demais poderes estatais” (GUERRA FILHO, 1997, p. 37). Não podemos mais aceitar “[...] uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente (só) nega a aplicação de tais direitos” (STRECK, 2004, p. 15).

Através uma fundamentação adequada das decisões judiciais poder-se-á realizar o controle realizado pelo Poder Judiciário. Destarte, “[...] a presença do código ‘constitucional/inconstitucional’, distinguindo-se do código ‘legal/ilegal’ e cortando transversalmente, atua como impedimento à legislação ilimitada” (NEVES, 2006, p. 100) e também como controle ao ativismo judicial ilimitado. A ponderação entre os valores



envolvidos deverá ser realizada, respeitando-se os princípios constitucionais<sup>10</sup> e aplicando-se o princípio da proporcionalidade, como já ressaltou Jean Carlos Dias:

Em um conflito entre políticas e direitos fundamentais exige-se, para a perfeita compreensão do argumento, que seja feita uma distinção inicial entre a proporcionalidade imediata e a proporcionalidade mediata. A primeira decorre da verificação da necessidade e adequação tendo por referência os direitos protegidos pelo próprio sistema constitucional; a segunda, mais ampla, exige a ponderação a referências explicitadas para além daquele sistema, com os princípios de justiça eqüitativa (DIAS, 2007, p. 122).

Seguindo, prevê o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988 que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Trata-se do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Temos, assim, garantia que nenhuma demanda, ou mera ameaça a direito, deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário. O mero acesso formal ao Poder Judiciário não basta “Todo processo deve dar a quem tem um direito *tudo aquilo e precisamente aquilo* que ele tem o direito de obter” (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2002, p. 35).

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

A República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático Social de Direito e tem a dignidade da pessoa humana como núcleo axiológico. Através de uma interpretação

---

<sup>10</sup> “E mesmo que assim não fosse, é preciso deixar claro os limites da discricionariedade. Não se pode mais pensá-la, senão quando em estrita consonância com sistema principiológico definido na Constituição. A bem da verdade, o conceito de discricionariedade passa também por uma revisão, procurando estabelecer os limites, ou melhor, os delimites do poder de escolha do administrador na ausência de um comportamento vinculado” (DIAS, 2003, p. 522).



adequada e de uma jurisdição constitucional voltada para a concretização dos direitos fundamentais seus objetivos podem ser alcançados.

O constituinte originário concebeu nosso Estado como intervencionista. Tem o mister constitucional de mudar a realidade social e prestar políticas públicas, mormente aquelas ligadas aos direitos fundamentais.

Devemos utilizar uma hermenêutica adequada, onde o intérprete é um ser social e está inserido na realidade dos fatos, em perfeita sintonia com os princípios e valores constitucionais.

A garantia de acesso à justiça está entre os direitos fundamentais e deve ser entendida de forma ampla, não bastando o mero acesso formal, físico ao Poder Judiciário.

Para tanto, impende destacar que não há discricionariedade na prestação de tais direitos. Assim, em face de eventual omissão ou atuação inadequada estatal por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário deverá atuar de forma a concretizar a Constituição, não havendo que se falar em invasão de um Poder na esfera de atuação de outro.

## REFERÊNCIAS

ALEGRE, José Sérgio Monte. Ação popular: direito político? *In: Revista Trimestral de Direito Público*, nº 03, p. 73-84. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 1993.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.



ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1993.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DIAS, Jean Carlos. A moralidade administrativa como interesse difuso e requisito autônomo da ação popular. *In: Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal*, vol. 02, nº 18, p. 513-524. São Paulo: IDAF, jan. 2003.

\_\_\_\_\_. **O controle judicial de políticas públicas**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. **Princípios Jurídicos**. Revista Uniara, v. 20, p. 13-29, 2007.

\_\_\_\_\_. **Ação popular**: uma releitura em busca da inclusão social. 167 p. Dissertação de mestrado – Instituição Toledo de Ensino, Bauru, 2008.



GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

KOEKE, Andreza Franzoi. A dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a tolerância como valores essenciais de proteção aos refugiados. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 1, n. 2, 2013.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. Refletindo com Robert Alexy sobre liberdade e igualdade: subsídios teóricos para um debate em torno da inclusão social. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 1, n. 1, 2013.

NEVES, Marcelo. **Entre thêmis e leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RABELO, Érika Daniella Rodrigues Oliveira. A fundamentalidade dos direitos sociais: conciliação do “mínimo existencial” com a “reserva do possível”. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 1, n. 1, 2013.



RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Idosos e direito à educação. *In: Revista de Políticas Públicas*, vol. 09, nº 02, p. 87-94. São Luís: s.e., jul./dez. 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; POLEGATTI, Renato de Carvalho. Extradução: uma leitura sobre o viés das “penas”. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, Bebedouro, v. 1, n. 1, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. Quinze anos da Constituição: análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. *In: SCAFF, Fernando Facury (org.). Constitucionalizando direitos: quinze anos da Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TROVÃO JUNIOR, Marcino; STROPPIA, Tatiana. A proibição de cheque-caução nos atendimentos médicos de urgência: um exemplo de eficácia horizontal dos direitos sociais. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, Bebedouro, v. 1, n. 2, 2013.