

O MANDADO DE SEGURANÇA E SEU PAPEL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Lucas do Monte Silva*
Patrícia Borba Vilar Guimarães**

RESUMO: O presente artigo aborda a aplicação do mandado de segurança com o escopo de garantir a efetivação e a concretização dos direitos fundamentais. Para tanto, busca-se mostrar os fundamentos e o fulcro constitucional do mandado de segurança, analisando a relevância dos direitos fundamentais no âmbito social, de forma a evidenciar a importância de sua concretização no dia a dia dos cidadãos, a qual pode ser feita por esse remédio constitucional.

Palavras-chave: Mandado de Segurança. Direitos Fundamentais. Acesso à justiça. Efetivação dos direitos fundamentais. Mínimo existencial.

1 INTRODUÇÃO

A efetivação e concretização dos direitos fundamentais assegurados na Constituição mostra-se cada dia mais imprescindível para a vida do cidadão. Tal processo evidencia-se como vital para o desenvolvimento nacional, em uma sociedade livre, justa e solidária na qual se busca erradicar a pobreza, a marginalização e a discriminação, além reduzir as desigualdades sociais e regionais, conforme assegurado no art. 3 da Constituição de 1988.

Nesse contexto, o agente público, aliado à iniciativa privada, possui o dever de efetivar as promessas constitucionais. Contudo, nem sempre isso ocorre. Assim, nos casos em que o Estado, injustificadamente, isenta-se do seu dever constitucional, há suporte legal para o cabimento do mandado de segurança, de forma que a provocação ao Poder Judiciário seja essencial no sentido que o judiciário desempenhe sua função jurisdicional e exija o cumprimento das normas constitucionais, dada a importância da concreção constitucional para o ordenamento jurídico brasileiro.

O presente artigo tem como objetivo realizar um breve estudo sobre como o mandado de segurança pode ser utilizado na efetivação de direitos constitucionais, principalmente dos direitos fundamentais, mostrando como e qual é a posição dos julgados dos tribunais superiores que tiveram como objeto esse tema, além de, por meio de uma perspectiva sociológico-jurídica, explorar a importância do acesso à justiça nesses processos.

* Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, na base da pesquisa “Direito e Desenvolvimento” da UFRN.

** Professora Adjunta da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Doutora em Recursos Naturais pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Mestre pelo Programa Interdisciplinar em Ciências da Sociedade, na área de Políticas Sociais, Conflito e Regulação Social, pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Mestre em Direito pela UFRN. Especialista em Direito Processual Civil (UEPB).

Por meio de pesquisas de natureza bibliográfica e jurisprudencial, procurou-se adotar as obras mais relevantes e atualizadas em relação ao tema proposto, assim como a leitura de documentos, artigos científicos e pesquisas na área, além da consulta de julgados, tanto da segunda instância como dos tribunais supremos.

Primeiramente serão analisados os conceitos do mandado de segurança individual e do coletivo, mostrando quem pode impetrar com essa medida, quais direitos podem ser alvo de tal ação e, por fim, analisar se o direito fundamental poderia ser objeto desse remédio constitucional.

Na sequência, fazem-se considerações sobre a importância da efetivação dos direitos fundamentais, que possui como zênite a dignidade da pessoa humana, destacando que o respeito ao mínimo existencial por parte do agente público é indispensável, não podendo este justificar por meio da teoria da “reserva do possível” tal desrespeito, pois são direitos inexoráveis para a dignidade da pessoa humana, possuindo o Poder Judiciário legitimidade para ensejar nessas situações com o escopo de assegurar a efetivação mínima de direitos para todos.

Ademais, serão analisados julgados, tanto da segunda instância como dos tribunais supremos, nos quais as partes utilizaram-se do mandado de segurança para garantir direitos fundamentais que foram lesados ou estavam em risco de serem lesados.

Por derradeiro, mostra-se a importância do acesso à justiça para reivindicações de direitos. Nesse sentido, analisou-se que tal direito fundamental é essencial para o Estado Democrático de Direito, tendo como principal função garantir que todos possam reivindicar seus direitos ao judiciário e que seu processo seja justo, rápido, seguro e eficaz, sem, em nenhuma fase do procedimento, olvidar o devido processo legal.

2 CONCEITO DE MANDADO DE SEGURANÇA

Para Hely Lopes Meirelles (1996, p. 17), o mandado de segurança é o meio constitucional “à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção do direito individual líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

Tal conceito foi posteriormente positivado no art. 5, LXIX, da Constituição de 1988, consagrando que o mandado de segurança deve “proteger direito líquido e certo, não amparado por ‘habeas-corpus ou habeas-data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso

de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Sendo regulado ulteriormente na Lei nº 12.016/09, mais conhecida como “nova lei do mandado de segurança”, acrescentando-se que tal remédio constitucional pode ser utilizado “sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.”

Observa-se, assim, que o mandado de segurança tem como objetivo principal proteger direitos, individuais ou coletivos, líquidos e certos, que foram, estão ou poderão ser lesados, por ato de autoridade (pessoa física ou jurídica), não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*. Mas o que seria esse direito líquido e certo?

O direito líquido e certo é o já evidente em existência, com a devida delimitação de sua extensão e idôneo a ser exercitado no momento da impetração, ou seja, é o direito comprovado de plano (MEIRELLES, 1996, p. 29).

A violação de um direito fundamental entraria nesse conceito de direito líquido e certo? É evidente que sim. Os direitos fundamentais são os direitos basilares de qualquer ordenamento jurídico, merecendo, assim, serem prestigiados, protegidos e resguardados pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo, é claro, como fundamento e norteador principal a efetivação da dignidade humana. Qualquer ação que lese ou possa lesar tais direitos pode ser objeto de mandado de segurança, que tanto pode ser repressivo, ou seja, reprovando uma ilegalidade já cometida, como preventivo, resguardando o direito líquido e certo do impetrante de qualquer ameaça.

2.1 LEGITIMIDADE DO IMPETRANTE

O mandado de segurança pode ser utilizado para proteger tanto direitos individuais como coletivos.

No tocante ao mandado de segurança individual, qualquer pessoa física ou jurídica, além de órgão público e universalidade legal, pode impetrar uma ação buscando a proteção de seu direito líquido e certo, contanto que o impetrante possua prerrogativa ou direito comprovado de plano a defender (MEIRELLES, 1996, p. 19). Além disso, o Constituinte de 1988 inovou ao prever o mandado de segurança coletivo – art. 5º, LXX – com o intuito de tutelar direitos difusos e coletivos, possuindo regulamentação infraconstitucional, com a promulgação da Lei nº 12.016/09.

O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado “tanto por partido político com representação no Congresso Nacional quanto por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados” (art. 21 e 22). Contudo, convém salientar, conforme assinalado por Meirelles, que esse mandado não pode ser utilizado para defender direito individual de um ou alguns associados da organização sindical, entidade de classe ou associação, podendo ser utilizado tão somente para defender a categoria com um todo, um corpo único de associados.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A efetivação e concretização constitucional mostram-se basilares para o processo de desenvolvimento nacional, em uma sociedade livre, justa e solidária, na qual se busca erradicar a pobreza, marginalização e discriminação, além reduzir as desigualdades sociais e regionais, conforme os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil insculpidos no art. 3º da Constituição de 1988.

Para tanto, os direitos fundamentais possuem como núcleo central e irradiador o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual se erigiu na Constituição de 1988 como valor supremo e alicerce da ordem jurídica, sendo sua efetivação o objetivo fundamental de toda e qualquer norma jurídica. Consectariamente há uma íntima relação entre a efetivação dos direitos fundamentais e a dignidade humana, tendo como corolário a dupla efetivação de preceitos fundamentais, isto é, sempre quando os direitos fundamentais são respeitados, há também, simultaneamente, a concretização da dignidade humana, garantida a todos como fundamento do Estado Democrático de Direito. Por isso, tais direitos possuem proteção extrema na Lei Maior, sendo englobados pelas cláusulas pétreas, no art. 60, §4º, IV, significando que qualquer norma que assegure tais direitos não pode ser abolida – mas pode ser modificada, aumentando a proteção do direito previsto na cláusula – nem mesmo por meio de emenda constitucional.

Nesse sentido, pode-se afirmar indubitavelmente que a dignidade humana é um valor supremo, inalienável, irrenunciável, vitalício, intangível, máximo e suprassumo, que deve ser levado em consideração durante a elaboração, regulação e efetivação de todos os direitos do ordenamento jurídico brasileiro. Seguindo essa linha, o Paulo Otero acerta ao afirmar que o “homem e a sua dignidade são a razão de ser da sociedade, do Estado e do Direito” (OTERO, 2003, p. 254). Sendo a dignidade um “atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite

substituição equivalente. Assim, a dignidade entra e se confunde com o próprio ser humano” (SILVA, 1998, p. 93), além de também ser o “último ponto de referência antropológico-cultural do Direito e do Estado, da Constituição e do bem comum” (HABERLE, 2005, p. 150). Assim, nota-se que um conjunto de normas jurídicas constitucionais que não pautem pela dignidade humana e pelo bem-estar do ser humano, não deve, nem mesmo, ser considerada normas constitucionais.

Além do princípio da dignidade humana ser o núcleo irradiador das normas jurídicas, também deve servir como critério e fundamento axiológico de qualquer interpretação e integração de normas e princípios do ordenamento jurídico brasileiro, possuindo absoluta preferência em qualquer conflito normativo, é uma espécie de “lei geral” para os direitos fundamentais, que são derivações da dignidade da pessoa humana (SARLET, 1998, p. 115).

A dimensão e importância do princípio da dignidade humana nos ordenamentos jurídicos nacionais lograram grande influência, principalmente após a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, na qual se consagraram diversos adágios essenciais para um direito humanista, como: o reconhecimento da dignidade humana como inerente a todos os membros da família humana; sendo todos os direitos, derivados desse princípio, iguais e inalienáveis firmando o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Além disso, assegura o direito de todos exigirem legitimamente a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, para que, assim, tenha-se uma ordem capaz de tornar plenamente efetivos os direitos e as liberdades enunciadas na Declaração, ou seja, assegurava-se o direito ao acesso à justiça para que as pessoas pudessem requerer a efetivação dos seus direitos em suas respectivas nações.

Com efeito, a passagem do dever ser normativo constitucional para a realidade mostra-se essencial para a efetivação dos direitos fundamentais, seja ela espontânea ou coercitiva, apenas sendo relevante, sob a ótica jurídica, que seja conforme a vontade geral e abstrata do legislador (BEDAQUE, 2009, p. 20). Tendo em vista que tão somente a sua positivação em assento constitucional não possui utilidade se a sua efetividade não é pautada pelo Estado.

Assim, nota-se que Constituição e o Direito, como um todo, devem buscar sua efetividade no cotidiano do brasileiro, isto é, deve ocorrer a concretização de sua função social das normas constitucionais (BARROSO, 1993, p. 79), ou melhor, a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais (BARROSO, 2010, p. 221). Dessa forma, o Direito existe para se tornar em realidade – a verificação se isto está realmente ocorrendo não pode ser estranha ao seu objeto de interesse e de estudo, isto é, a doutrina não pode deixar para

segundo plano à eficácia jurídica das normas em estudo (BARROSO, 2010, p. 217). Afinal, conforme assevera Sergio Cavalieri Filho, “pior do que não ter leis, é tê-las e não aplicá-las” (CAVALIERI FILHO, 2000, p. 92). O trabalho dos juristas é resgatar e aproveitar ao máximo da efetividade potencial das normas de direito fundamental (BONIFÁCIO, 2008, p. 122-123).

Para tanto, o Estado, como importante promotor do desenvolvimento, deve projetar metas e ações efetivas por meio de políticas públicas com intuito de efetivar os direitos fundamentais, tais como a criação e aperfeiçoamento de escolas, melhoria em equipamentos médicos e melhor preparo de oficiais das polícias. Tal planejamento, nas Constituições anteriores a de 1988, raramente acontecia, tendo como consequência o fracasso da realização estatal. Porquanto não havia seriedade em relação às normas constitucionais e havia certa indiferença entre o dever ser e ser, isto é, texto e realidade (BARROSO, 2010, p. 218). Nota-se, assim, que os constituintes anteriores à Carta de 1988 não buscavam alcançar a força normativa da constituição, conforme pontificava o jurista Konrad Hesse, isto é, não buscavam a efetivação das normas constitucionais. As constituições ficavam no plano da utopia, enquanto a sua força normativa (efetivação) não era vista na realidade, havendo sempre a insinceridade constitucional por parte dos constituintes.

192

Convém destacar que a insinceridade constitucional não deve ocorrer em um Estado Democrático de Direito, sob pena de o Poder Público, fraudar justas expectativas nele depositadas pela coletividade, ou seja, a Lei Fundamental do Estado tornaria totalmente ineficaz devido à infidelidade governamental quanto às normas supremas, conforme julgado pelo Min. Celso de Mello, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, transcrito no Informativo do STF nº 414.

Com intuito de superar tal óbice, consolidou-se no campo jurídico brasileiro a doutrina da efetividade, possuindo como um dos seus principais expoentes o Min. Luís Roberto Barroso, na qual se busca oferecer um mecanismo de efetivação e concretização de direitos, superando, assim, a insinceridade normativa.

A Constituição de 1988 ajudou a superar essa questão e consolidar a efetivação constitucional, ao atribuir à norma constitucional força de norma jurídica, ou seja, as normas constitucionais deixaram de ser vistas como um mero documento político cuja concretização dependia da discricionariedade do legislador e do governante, sendo o Judiciário inerte em tais casos, para serem destacadas como normas jurídicas, desfrutando do elemento extremamente importante para a doutrina da efetividade, a imperatividade (BARROSO, 2010, p. 219). Os direitos fundamentais possuindo tal atributo, agora, podem ser garantidos com mecanismos próprios de coação, garantindo seu cumprimento forçado, caso haja

inobservância desses direitos. O Poder judiciário, nesse sentido, logrou um papel ativo e efetivo na materialização da Constituição.

Assim, é de se notar que ocorreu a judicialização da política, ou seja, o poder judiciário granjeou a legitimidade de intervir nas políticas públicas nas situações em que se mostram clara irrazoabilidade do ato discricionário praticado pelo poder público (GRINOVER, 2010, p. 14).

Dessa forma, o Poder Judiciário, representado pelo juiz, tornou-se coautor das políticas públicas, logrando função de controle da integridade e da eficácia dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos, por parte do Estado, consoante o magistério de Osvaldo Canela Junior (2011, p. 89).

Seguindo essa linha, há um questionamento inevitável: caso o Estado não planeje a efetivação constitucional espontaneamente, como os cidadãos podem reivindicar a efetivação dos seus direitos fundamentais? A resposta mostra-se clara, tendo em vista que os titulares dos direitos lesados possuem direito de exigir que o Estado proporcione o cumprimento das normas constitucionais, por meio do direito de ação. Tal direito, insculpido no art. 5. XXXV, da Constituição Federal de 1988, mostra-se calcado na ideia de que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Cumprindo não perder de perspectiva que o direito à ação possui como fundamento a inafastabilidade institucional do Estado no que tange à efetividade das prerrogativas básicas, ou seja, tal direito busca fornecer a todos, nos casos que o Estado, injustificadamente, descumprir promessas constitucionais, uma miscelânea de garantias constitucionais que oferecem mecanismos, por meio dos quais os cidadãos podem exigir o cumprimento da prestação estatal.

Nesse sentido, o texto constitucional brasileiro assegura sete mecanismos constitucionais, também chamado de “*writs* constitucionais”, que oferecem garantias jurídicas para os cidadãos exigirem a efetivação de normas constitucionais, que são: *habeas corpus* (art. 5, LXVII), mandado de segurança (art. 5, LXIX), ação popular (art. 5, LXXIII), mandado de segurança coletivo (art. 5, LXX), ação civil pública (art. 129, III), mandado de injunção (art.5, LXXI) e *habeas data* (art. 5, LXXII).

O mandado de segurança, cerne deste estudo, tem como escopo a proteção de direito líquido e certo, como no caso da violação de direitos fundamentais, não amparado por *habeas-corpus* ou *habeas-data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Ora, é evidente que as normas constitucionais devem ser efetivadas na maior medida do possível, diante do contexto fático e jurídico em que vigem. Todavia, convém salientar, que nem sempre a efetivação mostra-se possível devido a uma impossibilidade fática ou jurídica, devendo o intérprete, nessas situações, fundamentar a decisão nesse fundamento e não na falta de normas jurídicas (BARROSO, 2010, p. 221).

De fato, oferecer condições para o respeito aos direitos sociais, *exempli gratia*, são mais caras, tendo em vista que:

[...] além de incluírem tudo aquilo que é necessário para a produção de efeitos das liberdades públicas – proteção, organizações, procedimentos etc. –, exigem algo a mais. E esse algo a mais, além de pressupor recursos financeiros não disponíveis, costuma ser específico para cada um dos direitos sociais, o que aumenta ainda mais os seus custos. (SILVA, 2005, p. 320).

Já os recursos financeiros despendidos em direitos civis e políticos são aproveitados de forma global, ou seja, o dinheiro gasto na efetivação de um direito é aproveitado por outro; enquanto nos direitos sociais, isso não acontece, mostrando-se necessária para a concretização de cada direito uma prestação estatal exclusiva que tão somente é aproveitada por ele mesmo (SILVA, 2005, p. 320).

Ao passo que o Estado possui como justificativa mais utilizada a teoria da reserva do possível, cuja ideia central é que somente se pode exigir uma prestação do Estado se for observada a razoabilidade da ação, isto é, o Estado poderia deixar de efetivar determinados direitos fundamentais tendo como fundamento sua limitação em face às suas condições socioeconômicas e estruturais. Em termos mais simplórios, o Estado não estaria efetivando os direitos porque não possui verbas para tanto. Ocorre que, conforme aponta Ginzburg (2001), a reserva do possível assemelhar-se-ia a um mito, isto é, “a construção de uma estória para fortalecer o convencimento acerca de determinada situação que não seja necessariamente impregnada de verdade socialmente construída” (AZEVEDO; ALMEIDA; PORTES, 2013, p. 35).

Para Olsen (2011), a reserva do possível vem sendo utilizado como uma saída do Poder Público para relativizar e coarctar o seu *dever constitucional* de cumprir e efetivar os direitos fundamentais, *uma vez que*, falar na “evocação de tal teoria como aspecto limitador dos compromissos públicos quando logicamente existe escassez de recursos pode ser aceitável” (AZEVEDO; ALMEIDA; PORTES, 2013, p. 48). Ou seja, a evocação dessa teoria é plausível, não sendo assim teratológica de se teorizar, todavia, o Estado letárgico brasileiro, deixando de cumprir seu papel, acaba utilizando-a para se esquivar de suas prioridades e investir em questões não prioritárias.

Nesse sentido, Ana Maria D'Ávila Lopes acentua que:

A doutrina e a jurisprudência têm predominantemente aceito a relativização, só que não sob o ponto de vista negativo, mas, justamente, como a afirmação da historicidade e da exigência da constante atualização de um direito. Nesse sentido, a garantia do conteúdo essencial não apenas aceita a possibilidade de limitação, mas também a regulação de um direito fundamental, com a finalidade de permitir que possa ser efetivamente exercido, mas sempre que não seja desnaturalizado. Essa garantia, junto com os princípios da ponderação e da proporcionalidade, constitui um mecanismo indispensável na realização dos direitos fundamentais, os quais não são direitos absolutos mas também não são, nem muito menos, instrumentos da arbitrariedade do legislador. (LOPES, 2004, p. 14).

Cumprido ressaltar que no art. 7, IV da Constituição Federal, foi consagrado o direito ao mínimo existencial, que se configura como o conjunto de necessidades vitais básicas fundamentais para uma vida com dignidade, tais como a saúde, família, moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Sua efetivação é alvo prioritário dos gastos públicos, nos quais somente após atingir os aludidos direitos podem investir recursos em outros projetos.

Vê-se, desse modo, que o gestor público não possui discricionariedade para escolher não concretizar direitos fundamentais essenciais à dignidade humana, pois, nessas condições, caso seja justificada sua ignorância por meio da reserva do possível, estar-se-ia violando o art. 7º, IV, da Constituição Federal. Além disso, o agente público não pode impor nenhuma política pública que ofereça resistência à efetivação dos direitos fundamentais com vistas no princípio da proibição de resistência instrumental dos direitos fundamentais, aludido nos arts. 3º e 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 (CANELA JUNIOR, 2011, p. 136). Havendo escassez de recursos, a autoridade pública deve efetivar, primeiramente, os direitos fundamentais de caráter social ou programático, assegurando-se, assim, uma eficácia mínima possível ao cidadão, para somente após investir recursos em outros projetos e metas (BONIFÁCIO, 2008, p. 130).

Por este prisma, Dirley Cunha Junior assevera que “nem a reserva do possível, nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 716).

Demais disso, Ada Pellegrini Grinover salienta que o mínimo existencial seria o núcleo central, o qual, quando desrespeitado, serviria como fundamento para a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas com o fito de corrigir seus rumos e auxiliar em suas implementações (GRINOVER, 2010, p. 18).

Nesse sentido, o Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, delibera que:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ética jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e saúde humanas. (31.1.97, in DJU 13.2.97, negando, na espécie, o pedido de suspensão de medida liminar).

Ora, possuir “acesso à saúde é também ter oportunidade de desenvolvimento humano, sendo o inverso também verdadeiro, pois o desenvolvimento real pressupõe, dentre outros fatores, o acesso à saúde real, em verdadeiro círculo virtuoso” (VASCONCELOS; MAIA, 2012, p. 72).

Sendo assim, observa-se que no conflito entre interesse financeiro do Estado e efetivação de direitos fundamentais, este último sempre irá ganhar. Afinal, as normas constitucionais devem ser cumpridas, não podendo alegar motivos ulteriores que desrespeitam o direito à vida e ao princípio da dignidade humana.

4 APLICAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como visto alhures, o mandado de segurança é uma ação civil individual ou coletiva que possui como objetivo tutelar os direitos relativos a qualquer direito líquido e certo, que não seja albergado pelo *habeas corpus* ou *habeas data*. Nota-se, assim, que esse remédio constitucional busca por meio da intervenção judicial obrigar o Estado a efetivar e assegurar direitos, máxime os direitos fundamentais, tanto individuais como coletivos, que tenham sido, injustificadamente, não efetivados, para que assim seja garantida a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a aplicação do mandado de segurança com tal escopo já foi consolidada jurisprudencialmente, compreendendo a importância da prestação e proteção dos direitos albergados pelo mínimo existencial.

Assim já entendeu o Superior Tribunal de Federal, em recente caso julgado, acolhendo a decisão do Tribunal de Justiça do Piauí, no trecho da ementa destacada a seguir:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. 1) PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS. PRECEDENTES. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO

4. A impetrante, ao pleitear o acesso gratuito a remédio imprescindível ao tratamento de sua enfermidade, tem sua pretensão constitucionalmente assegurada, dado que a saúde é direito garantido a todos indistintamente, sendo dever do Estado garantir o fornecimento de medicamentos, principalmente a pessoa em condição financeiramente sensível, conforme se pode inferir do disposto no artigo 196 da Constituição da República.

5. O direito à saúde, plasmado na Constituição, é garantia fundamental do cidadão, indissociável do direito à vida, o que evidencia que a sua implicação significa garantir o mínimo existencial do ser humano, consubstanciado no princípio da dignidade da pessoa humana.

6. De acordo com a jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal, o caráter programático da regra descrita artigo 196 da Constituição, não poderá converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas da coletividade, substituir, de forma inconstitucional e ilegítima, a efetivação de um improrrogável dever fundamental por inócua e inútil promessa constitucional. (Superior Tribunal Federal, ARE 730104/PI, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2013)

No caso transcrito, o Tribunal Excelso entendeu que é obrigação do Estado oferecer de forma gratuita os medicamentos necessários, principalmente, para que as pessoas com baixa renda que não possuam condições financeiras para procurar o melhor e mais eficaz tratamento, o tenham. Ademais, reiterou a importância da efetivação das promessas constitucionais, tendo em vista que a insinceridade constitucional fraudaria a pretensão e os direitos de todos os cidadãos brasileiros.

Em outro julgado, seguindo essa linha garantidora e efetivadora, o Tribunal de Justiça do Piauí também entendeu que a negligência da concretização de direitos fundamentais, *in casu*, direito à saúde, por parte do Poder Executivo, configura abuso, oferecendo assim, autorização para atuação do Poder Judiciário nesses casos, tendo em vista que, além de não respeitar o art. 196 da Constituição Federal, não respeitou o mínimo existencial, núcleo essencial para dignidade de todos, cuja efetivação é obrigatória, não oferecendo discricionariedade ao administrador, conforme pode ser visto na transcrição da ementa de caso exemplificado:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL.

1. A omissão da autoridade coatora em fornecer o tratamento médico vindicado pela impetrante processual afigura-se como um abuso do Poder Executivo, suficiente a autorizar a atuação do Poder Judiciário, uma vez que o direito à saúde, consagrado no art. 196, da Constituição Federal, é direito fundamental que integra o mínimo existencial, não podendo, sua concretização, ficar discricionária ao administrador.

2. A cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Poder Público, com o propósito de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição, pois encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial.

3. O princípio da proibição do retrocesso impede o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à saúde) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado.

Segurança Concedida.

(Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, MS 201100010018683/PI, Rel. Des. José Ribamar Oliveira, 2012).

Ressalte-se que na efetivação dos direitos fundamentais abrangidos pelo mínimo existencial, esse cumprimento não deve ser “qualquer”, mas sim, aquele cumprimento adequado e eficaz, que ofereça e promova a maior dignidade ao impetrante. Conforme já entendeu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de caso, no qual a impetrante buscou o provimento de medicamento mais eficaz e adequado ao tratamento de doença que a aflição não albergado pelas diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), entendendo o Tribunal Excelso que o Estado deve fornecer o medicamento mais adequado e eficaz para a moléstia em questão, com o fito de se proteger o princípio fundante do Estado, a dignidade da pessoa humana:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. HEPATITE C. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LAUDO EMITIDO POR MÉDICO NÃO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). EXAMES REALIZADOS EM HOSPITAL ESTADUAL. PROTOCOLO CLÍNICO E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE.

1. A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não "qualquer tratamento", mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento.

Sobreleva notar, ainda, que hoje é patente a ideia de que a Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana. (Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, RMS 24197 PR 2007/0112500-5. Rel. Min. Luiz Fux).

Sobreleva notar, ainda, que podem ser impetrados e providos mandados de segurança não só nos casos de proteção ao direito à saúde, uma vez que qualquer dano a direito fundamental, contanto que seja líquido e certo, não sendo albergado pelo *habeas corpus* ou *habeas data*, pode ser objeto dessa medida constitucional. A título de exemplo, em recente julgado, o Superior Tribunal Federal entendeu que o Estado de Goiás ao extinguir turma de ensino fundamental estaria violando garantia constitucional de todos os cidadãos brasileiros, o direito à educação. Conforme pode ser visto na transcrição da ementa:

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À EDUCAÇÃO. ARTIGO 205, “CAPUT” DA CF/88. ENSINO FUNDAMENTAL. EJA-EDUCAÇÃO PARA JOVENS E ADULTOS. 1 - O administrador público deve assegurar aos cidadãos brasileiros o acesso ao ensino obrigatório, pois a educação é direito de todos e dever do Estado, conforme estatuído

no art. 205, “caput”, da Constituição Federal. 2 - O ato de extinguir uma turma de 5ª série do ensino fundamental, na modalidade EJA (Ensino para jovens e adultos), em pleno funcionamento constitui lesão a direito líquido e certo dos beneficiários da impetração, mormente quando estes não tiveram oportunidade de dar continuidade a seus estudos na idade apropriada. Remessa e apelo conhecidos mais improvidos. Sentença confirmada. (Supremo Tribunal Federal, AI 658491 GO, Rel. Min. Dias Toffoli).

Vê-se, desse modo, a importância do papel do Poder Judiciário na proteção e promoção de direitos fundamentais, ordenando, sem violar o princípio da separação dos poderes, o Estado a efetivar o mínimo existencial fundamental, que é base da dignidade humana. Além de, é evidente, promover o desenvolvimento nacional por meio da efetivação e concretização constitucional.

5 A PROBLEMÁTICA DO ACESSO À JUSTIÇA PARA REIVINDICAÇÕES DE DIREITOS

Para que ocorra o que foi preconizado nos tópicos anteriores, mostra-se mister que o acesso à justiça seja explorado e garantido de forma adequada a todos, visto que, como observado nas constituintes passadas, não adianta fazer promessas constitucionais inconsequentes sem ter resultados na realidade social e não oferecer meios para que os cidadãos exijam, por meio do Poder Judiciário, que o Estado efetive direitos fundamentais cujo cumprimento foi desrespeitado. Afinal, o acesso à justiça consagrou-se no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Também chamado de princípio da inafastabilidade da jurisdição, direito de ação, princípio do livre acesso ao Judiciário ou, segundo Pontes de Miranda, princípio da ubiquidade da Justiça. Possuindo proteção extrema no nosso ordenamento jurídico, sendo considerado cláusula pétrea no ordenamento jurídico nacional, assim, nem por meio de emenda constitucional pode ser abolido (art. 60, § 4º, inciso IV, da Magna Carta de 1988).

A referência elementar que fundamenta as discussões e pesquisas dessa área, é o *Florence Project*, projeto que foi exposto na obra **Acesso à Justiça**, dos juristas Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que propiciou um crescimento do “*access-to-justice movement*”. Nesse movimento, juristas, sociólogos, pesquisadores de todo mundo buscaram investigar a efetividade dos direitos, além de examinar os meios de acesso ao judiciário que os cidadãos comuns possuíam para ajuizar sua demanda no judiciário, nos seus respectivos países. Percebeu-se o quão fundamental o acesso à justiça é para o ordenamento jurídico moderno.

Nos dizeres de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um

sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12).

Contudo, nessas últimas décadas, o Poder Judiciário vem perdendo seu prestígio, em grande parte devido ao retardamento do acesso à justiça, seja porque possui uma quantia inesgotável de atos processuais, com seus inúmeros recursos com prazos extensos, seja porque há morosidade em relação à conclusão dos processos.

Tal poder deve voltar ao seu lugar de prestígio de outrora. Para tanto, mostra-se mister que haja o fomento de meios alternativos (arbitragem e mediação), informatização dos judiciário, aproximação do judiciário e o povo (buscando diminuir o abismo entre eles), expansão dos Juizados Especiais Cíveis, reformas do processo recursal, ampliação do controle externo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – nos casos necessários – e, também, a publicização dos direitos dos cidadãos para que as pessoas saibam seus direitos e possam reivindicá-los. Além de adotar procedimentos mais céleres, simples, seguros, efetivos, sem olvidar o devido processo legal em todas as etapas da demanda.

Com efeito, para que o ordenamento jurídico logre a eficácia desejada, é precípua que todos os cidadãos saibam dos seus direitos, garantias e obrigações e, para tanto, mostra-se fundamental que haja uma divulgação e conscientização da população quanto aos seus direitos fundamentais. Embora no Brasil haja uma inflação de leis, fazendo com que ocorra certa insegurança jurídica, ainda assim, pode-se, sim, educar os cidadãos quanto aos direitos essenciais no seu cotidiano, como, por exemplo, além dos direitos fundamentais, os direitos do consumidor.

Demais disso, convém salientar que tendo em vista a taxa de analfabetismo do Brasil, cerca de 13 milhões de pessoas (segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD – do IBGE), concentradas principalmente na população mais pobre, mostra-se fundamental a inovação na área de acesso à justiça para que o Direito alcance essa parte da população excluída. Um exemplo de inovação nessa área é projeto de extensão “Justiça Itinerante”, apoiado pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, no qual discentes e docentes do Curso de Direito dirigem-se até os bairros mais carentes da cidade, onde o acesso à justiça é precário, buscando atender a população, conscientizando, analisando conflitos e buscando colmatar o abismo do judiciário com essa população excluída.

Cumprido não perder de perspectiva que as pessoas procuram o judiciário com o escopo de resolver seus conflitos de forma rápida, efetiva e justa e não para passar anos litigando com grandes empresas e até mesmo com o Estado, apenas para receber indenização irrisória. Se os casos não forem rápidos e efetivos, os cidadãos irão procurar outros meios informais de

solução de conflito, isto é, por meio do “direito paralelo” que assegura a rapidez e efetivação desejada, conforme assevera Boaventura de Sousa Santos (1988).

Assim, nota-se que a morosidade do judiciário é um dos principais fatores que obstem o ajuizamento de demandas por grande parte da população. Tal discussão não é nova. Em 1912, Ruy Barbosa já fazia críticas à morosidade da prestação jurisdicional, asseverando que a “justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”. Para mudar isso, com intuito de diminuir a lentidão dos processos, consagrou-se na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004 (art. 5º, LXXVIII), a previsão da razoável duração do processo, concedendo mais uma garantia fundamental a ampliação de acesso à justiça justo.

Nessa linha, pontifica Fredie Didier Junior que “não basta a simples garantia formal do dever do Estado de prestar Justiça; é necessário adjetivar esta prestação estatal que há de ser rápida, efetiva e adequada” (2002, p. 28), ou seja, não é qualquer tutela jurisdicional, mas sim, tutela jurisdicional qualificada.

Sobreleva notar, por derradeiro, que o povo é o titular do poder, tendo o Estado a obrigação de atender as exigências do interesse público, sempre buscando alcançar um Brasil mais justo e solidário, menos desigual e discriminador, onde haja, efetivamente, a concretização dos direitos essenciais para uma vida digna.

Nesse contexto, o Poder Judiciário possui papel extremamente importante, tendo em vista que por meio dele pode-se pleitear reparação de lesões (repressiva) ou impedir ameaça de lesão de direitos por parte do Estado (preventiva). Além disso, cumpre ressaltar que o judiciário não viola o princípio da separação dos poderes, pois tal papel lhe foi legitimado pela própria Constituição Federal de 1988.

6 CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se perceber que o mandado de segurança é uma ação civil individual ou coletiva, de caráter constitucional, que fornece meios para garantir a tutela de lesões e ameaças a direito líquido e certo, podendo os direitos fundamentais ser abrangidos entre esses.

Assim, esse remédio constitucional oferece meios para que ocorra a dupla efetivação constitucional, isto é, efetivação dos direitos fundamentais e, como consequência, o princípio da dignidade da pessoa humana. Este último é essencial para qualquer norma dos ordenamentos jurídicos modernos, sendo o núcleo básico e irradiador, constituindo o objetivo fundamental das constituições modernas.

Conforme vislumbrado, o Estado tem o dever de cumprir as promessas constitucionais, caso contrário seriam apenas promessas inconsequentes, que perderiam toda sua eficácia no cotidiano dos cidadãos.

A efetivação dos direitos fundamentais deve ser feita espontaneamente por parte do agente público, não podendo justificar a teoria da “reserva do possível”, tendo em vista que esses direitos constituem e são protegidos pela garantia do “mínimo existencial”, assegurado na Constituição.

Contudo, mesmo assim, em diversos casos, o Estado não cumpre as promessas constitucionais. Nesse momento, o Poder Judiciário pode intervir nessas situações, exigindo que o gestor público efetive o direito fundamental, de forma adequada e justa, não possuindo o Poder Executivo discricionariedade para descumprir tal ordem, ou seja, a decisão deixa de ser política para ser jurídica.

Cumpra salientar que o Poder Judiciário não ofende o princípio da separação dos poderes, nessas situações, pois o próprio texto constitucional de 1988 legitima tal papel do judiciário em situações que o Estado seja inerte à efetivação constitucional, sendo este inerente à sua função social e jurisdicional.

Sobreleva notar, ainda, que para que o judiciário intervenha em tais situações, os cidadãos devem saber dos seus direitos e como reivindicá-los, mostrando-se fundamental o acesso à justiça justo, seguro e efetivo para todos os cidadãos.

Writ of security and its importance in the enforcement of fundamental rights

ABSTRACT: This article discusses the application of a writ of security with the aim of ensuring the effectiveness and the achievement of fundamental rights. To this , we seek to show the fundamentals and the core of the writ of security, analyzing the relevance of fundamental rights in the social sphere, in order to highlight the importance of its implementation in the daily lives of citizens, which can be done by this constitutional petition.

Keywords: Writ of Security. Fundamental Rights. Access to Justice. Fundamental Rights Enforcement. Minimum for existence.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Eder Marques de; ALMEIDA, Gustavo Barçante de; PORTES, Paola Alvarenga. O mito da teoria da reserva do possível: os impasses do orçamento público para o desenvolvimento dos direitos sociais. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 4, n. 8, p.33-59, jul./dez. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 5a ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. v. 8. 1. ed. São Paulo: Método, 2008. (Coleção Professor Gilmar Mendes).

BRASIL. IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Anual - Síntese de Indicadores - Comentários**. Disponível em:

<ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_anual/2012/Sintese_Indicadores/comentarios2012.pdf>. Acesso em: 27 set. 2013.

_____. **Lei nº 12.016/2009, de 7 de Agosto de 2009**, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em: 20 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo do STF nº 414**. Disponível

em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo414.htm>>. Acesso em: 28 set. 2013.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Sociologia Jurídica**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008,

DIDIER Jr., Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do poder judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 108, p. 23-31, out. 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 7, n. 7, p. 09-37, 2010.

Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/1964>>. Acesso em: 27 set. 2013.

HÄBERLE, Peter. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 15-43.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n. 164, out-dez 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**, 17. ed. atualizada por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1996.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2011.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em:

<http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 26 set 2013.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Tese (Titularidade) — São Paulo: USP, 2005.

SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. São Paulo: **Revista de Direito Administrativo**, n. 212, abr./jun. 1998

VASCONCELOS, Fernando A. de; MAIA, Maurilio Casas. O direito à saúde e o direito ao desenvolvimento. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, a. 3, n. 6, p. 65-81, jul./dez., 2012.