



OS DIREITOS SOCIAIS: uma análise acerca dos limites à sua eficácia

Zamira Mendes Vianna¹

RESUMO

O presente artigo apresenta um estudo sobre os direitos sociais no Brasil e os limites à sua eficácia. Este estudo analisa inicialmente os direitos sociais como direitos fundamentais, sua aplicabilidade e os limites à eficácia dos direitos a prestações, reunindo elementos que possam justificar a crescente atuação do poder judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal no cenário econômico e social, na medida em que se tem atribuído a ele um novo papel no quadro da Separação de Poderes, qual seja o de atender à tarefa de realização dos direitos sociais que compete, primariamente, ao legislativo e ao executivo. As fontes de pesquisa são doutrinárias, além do estudo de algumas normas constitucionais pertinentes ao tema do trabalho e de jurisprudência selecionada principalmente nos julgados do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: EFICÁCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITOS SOCIAIS. JUSTICIABILIDADE

INTRODUÇÃO

¹ Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior. Pós-graduada em Direito Tributário pela Fundação Getulio Vargas - FGV. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC Rio. Professora nas Faculdades Integradas Vianna Júnior; Email: zamiravianna@yahoo.com.br

Os objetivos traçados na Constituição de 1988 de construir uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza, fundamentada na dignidade da pessoa humana passam, inevitavelmente, pela consagração dos direitos sociais no catálogo dos direitos fundamentais (CASTRO, 2003).

Nesse sentido, a distinção entre direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais, ou simplesmente direitos sociais, não resulta de uma diferença de natureza entre estes dois tipos de normas. Ambos são direitos fundamentais, pois a medida e a intensidade da vinculação jurídica de cada norma, seja do primeiro grupo ou do segundo, depende do caráter mais concreto ou mais abstrato da norma e da identificação dos destinatários (QQUEIROZ, 2006).

Os direitos fundamentais apresentam uma dupla perspectiva, sendo considerados direitos subjetivos individuais e elementos objetivos fundamentais da comunidade, tratando-se de uma das mais importantes formulações do constitucionalismo contemporâneo (SARLET, 2009). Além disso, são pressupostos essenciais para uma vida digna e livre, tanto para os indivíduos quanto para a comunidade em que vivem. Nesse aspecto, além de constituírem direitos subjetivos de defesa, constituem, também, uma função legitimadora do Estado de Direito, pois representam um conjunto de valores de natureza jurídico-objetiva que indicam as diretrizes a serem alcançadas pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (ANDRADE, 2009; LUÑO, 1995).

Considerando que grande parte dos direitos fundamentais sociais caracteriza-se por serem direitos de defesa, de cunho negativo, não há que se falar em problemas para a sua concretização, sendo considerados, deste modo, normas autoaplicáveis e, conseqüentemente, plenamente eficazes, produzindo todos os seus efeitos jurídicos. Entretanto, o mesmo não ocorre com as normas de direitos sociais que configuram direito a prestações, na medida em que existem diversos argumentos com um peso considerável na tentativa de impedir ou limitar a eficácia dos direitos fundamentais sociais.

Nesse contexto, este estudo centrou-se em identificar a eficácia dos direitos sociais a prestações à luz dos novos direitos fundamentais do homem,



levando-se em consideração os limites que impedem a sua realização, passando pela análise do posicionamento do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, em relação a não concretização dos direitos prestacionais.

1 NATUREZA DOS DIREITOS SOCIAIS: SUA FUNDAMENTALIDADE

Há uma parcela da doutrina que utiliza a estrutura heterogênea dos direitos sociais como argumento para afirmar que não se trata de direitos dotados de fundamentalidade, pois, sob a denominação de direitos sociais estão compreendidos direitos que ora se apresentam sob a forma de direitos de liberdade clássicos, ora como direitos que refletem o conteúdo do Estado Social de Direito. Em razão da função que podem desempenhar, apresentam-se como direitos de defesa ou direitos a prestações, tendo em vista o valor que propugnam direitos de liberdade ou de igualdade, ou até, pela atividade que lhes é imposta, podem, esses direitos, caracterizarem-se por uma abstenção por parte do Estado ou uma prestação.

Carlos Miguel Herrera (2010, p. 5) traz a opinião sustentada, segundo ele, pela maior parte da doutrina estrangeira, sobretudo europeia, afirmando que os direitos sociais “não seriam autênticos direitos, exigíveis no sentido técnico-jurídico do termo, mas pelo contrário “objetivos”, “fins”, “princípios”, não justiciáveis perante (e pelos) tribunais”. Desta forma, não seriam direitos garantidos constitucionalmente e, por conseguinte, direitos subjetivos, mas princípios dirigentes, isto é, norteadores da ação estatal. Diante disso, afirma que possuem uma natureza jurídica distinta dos direitos individuais, não se tratando, assim, de autênticos direitos fundamentais, o que se torna um obstáculo à completa caracterização jurídica dos direitos sociais e à sua realização efetiva.

Nesse sentido, pode-se afirmar que bastou o reconhecimento constitucional dos direitos sociais, especificamente os prestacionais, direitos que necessitam, para sua concretização, do investimento do Estado em políticas públicas, para que fosse questionada a sua condição como direito fundamental. Tal fato coloca-se como uma “resistência” em se atribuir fundamentalidade a essa categoria de direitos. Defender esse ponto de vista caracteriza uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa

humana, já que os direitos de defesa e os de cunho prestacional em conjunto têm por fim último a proteção daquele princípio constitucional. Trata-se de direitos sociais que se complementam para que este resultado seja atingido, de tal sorte que este argumento não se sustenta.

A maior parte da doutrina pátria reconhece nos direitos sociais a natureza de direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais, políticos e à nacionalidade. Assim, na tentativa de encontrar argumentos que contribuam para incluir os direitos sociais na categoria dos direitos fundamentais, há que se analisar a natureza daqueles direitos, no sentido de revesti-los da fundamentalidade necessária a torná-los aptos a produzirem o efeito objetivado por seu conteúdo.

Silva (2008), ao tratar do tema, afirma que:

Certa corrente concebe os direitos sociais não como verdadeiros direitos, mas como garantias institucionais, negando-lhes a característica de direitos fundamentais. A doutrina mais consequente, contudo, vem refutando essa tese, e reconhece neles a natureza de direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais, políticos e do direito à nacionalidade. São direitos fundamentais do *homem-social* (...). Caracterizam-se como prestações positivas impostas às autoridades públicas pela Constituição (Silva, 2008, p. 151).

Do ponto de vista estrutural, os direitos sociais constituem tanto obrigações de prestação positivas, em que sua satisfação fica a cargo do poder público, quanto “direitos de natureza negativo-defensiva”. Estes, por sua vez, não possuem conteúdo prestacional e têm como destinatário os cidadãos, assim como ocorre com os direitos individuais. Os clássicos direitos de defesa, entretanto, como o direito de voto e a liberdade de expressão, requerem uma abstenção por parte do Estado, no sentido de uma não interferência do poder público, mas também obrigações de “prover a numerosas e complexas condições institucionais do respectivo exercício e garantia”. Para o direito constitucional português, da mesma forma que ocorre na Carta Magna, podem existir direitos negativos com pretensões positivas, ensejando a criação de leis prestacionais por parte do legislador, quando ocorrer falta de um objeto determinado, que possa fundamentar a realização desses direitos (QUEIROZ, 2006, p. 16).



Ao contrário dos direitos de liberdade, portanto, há direitos sociais que não possuem um conteúdo determinado ou determinável, impondo essa obrigação ao poder público. Desta forma, a distinção entre direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais, ou simplesmente direitos sociais, não resulta de uma diferença de natureza entre estes dois tipos de normas. Ambos são direitos fundamentais, pois a medida e a intensidade da vinculação jurídica de cada norma, seja do primeiro grupo ou do segundo, depende do caráter mais concreto ou mais abstrato da norma e da identificação dos destinatários. Identificar uma norma como pertencente ao primeiro ou ao segundo grupo acaba resultando, em alguns casos, numa decisão a critério do legislador (QUEIROZ, 2006, p. 17-18).

É o que se depreende da simples interpretação literal da CF/88, ao verificar que o legislador constituinte incluiu os direitos sociais entre os direitos fundamentais no Título II da Carta. Nesse sentido, Sarlet (2009, p. 66) destaca que “a acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais”.

Os objetivos traçados na CF/88 de construir uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza, fundamentada na dignidade da pessoa humana passam, inevitavelmente, pela consagração dos direitos sociais no catálogo dos direitos fundamentais. O atual Estado Democrático de Direito consubstancia-se em um Estado de abertura constitucional enraizado no postulado da dignidade do ser humano. “É, assim, uma instituição de ilimitada absorção das aspirações e conquistas sociais” (CASTRO, 2003, p. 18).

Mais do que positivar os direitos sociais, cabe ao legislador conferir efetividade ao seu conteúdo, não bastando o reconhecimento formal do direito, no intuito de evitar uma desvalorização da Constituição, como adverte Karl Loewenstein (1976, p. 222). É imprescindível executá-la integralmente, e não apenas nos pontos em que se mostra conveniente à disponibilidade do poder público. Existem conteúdos dos direitos sociais que são tão essenciais em razão de seu objeto, como o direito à saúde, por exemplo, que não podem correr o risco de serem desconsiderada a sua fundamentalidade, sob pena de comprometer mais que a dignidade humana.



Nestes casos, o bem protegido é a própria vida. Ademais, a estreita relação que os direitos sociais guardam com o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República, evidencia sua importância para a construção da cidadania e a garantia de uma ordem jurídica justa. O princípio da dignidade da pessoa humana “constitui-se no direito proflero por excelência” (CASTRO, 2003, p. 20), ensejando o surgimento de novos direitos que conquistaram o *status* de fundamentalidade constitucional. Assim, os direitos sociais “são também fundamentais, com todas as consequências dessa sua natureza” (KRELL, 2002, p. 48-49).

1.1 A dupla perspectiva dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais apresentam, conforme salienta a doutrina, uma dupla perspectiva, sendo considerados direitos subjetivos individuais e elementos objetivos fundamentais da comunidade, tratando-se de uma das mais importantes formulações do constitucionalismo contemporâneo (SARLET, 2009, p. 141). Do conteúdo da norma de direito fundamental social podem surgir deveres impostos ao Estado, que se referem a uma dimensão objetiva desta norma, assim como pretensões subjetivas ao cumprimento desses deveres (Novais, 2003, p. 139). Sobre esses dois aspectos, Andrade (2009) traz o seguinte esclarecimento:

Os preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida através da ação estadual (Andrade, 2009, p. 108-109).

O autor recorda que os direitos fundamentais são pressupostos essenciais para uma vida digna e livre tanto para os indivíduos quanto para a comunidade em que vivem. Nesse aspecto, ressalta a existência do duplo caráter, ou dupla função



destes direitos, já que hodiernamente não constituem apenas direitos subjetivos, mas também direito objetivo.

1.1.1 Perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais

Na medida em que os direitos fundamentais estão presentes na ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos, Luño (1995, p. 21) menciona o significado axiológico objetivo dos direitos fundamentais que legitima o Estado de Direito, estabelecendo as bases diretivas que irão orientar as ações estatais e a garantia dos interesses dos indivíduos. Os direitos fundamentais, portanto, além de constituírem direitos subjetivos de defesa, constituem, também, uma função legitimadora do Estado de Direito, pois representam um conjunto de valores de natureza jurídico-objetiva que indicam as diretrizes a serem alcançadas pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Esta compreensão denota a relevância da dimensão objetivo-valorativa também para os deveres do Estado e destaca outro desdobramento desta perspectiva, relativo à “eficácia dirigente” (SARLET, 2009, p. 146) que desencadeiam em relação aos órgãos estatais, pois:

A vinculação de todos os poderes aos direitos fundamentais contém não só uma obrigatoriedade negativa do Estado de *não fazer* intervenções em áreas protegidas pelos Direitos Fundamentais, mas também uma obrigação *positiva* de fazer tudo para a sua realização, mesmo se não existir um direito público subjetivo do cidadão (KRELL, 2002, p. 78).

A perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais implica, portanto, na vinculação do Estado, no sentido de atribuir a ele a obrigação permanente de concretizar os direitos fundamentais, o que não afasta, por sua vez, a existência de normas de cunho impositivo que impõem ao legislador a realização de tarefas e programas necessários à concretização do conteúdo das normas de direitos sociais.

Além de atribuir o sentido de uma ordem de valores objetivos aos direitos fundamentais, a sua perspectiva objetiva acarreta também o reconhecimento de funções distintas a esses direitos, motivo pelo qual a doutrina caracteriza essa perspectiva também como uma espécie de “mais-valia jurídica no sentido de um



reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais” (SARLET, 2009, p. 144).

No que concerne aos direitos sociais especificamente, Canotilho (2010, p. 434) apresenta a dimensão objetiva das normas de direitos sociais, econômicos e culturais sob dois aspectos complementares e que não se confundem: a obrigatoriedade de uma atuação positiva por parte do legislador, “criando as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos”, denominada “*imposições legiferantes*” e o fornecimento de prestações “densificadoras da dimensão subjetiva essencial destes direitos e executoras do cumprimento das imposições institucionais”. Assim, os direitos sociais não se perdem em um preceito constitucional ou em uma norma programática. Utilizando o exemplo dado pelo autor, pode-se dizer que o direito à saúde é um direito social, independentemente das imposições legiferantes destinadas a assegurar a sua eficácia e das prestações fornecidas pelo poder público para assegurá-lo.

Logo, os efeitos inerentes aos direitos fundamentais devem ser considerados “sob um ângulo individualista, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade” (SARLET, 2009, p. 145). Nesse sentido, a Constituição coloca ao poder público alguns deveres com o intuito de garantir, realizar e promover a dignidade da pessoa humana através dos direitos sociais.

A dimensão objetiva é caracterizada por uma função valorativamente vinculada dos direitos fundamentais. Sarlet (2009, p. 145-146) discorre sobre “responsabilidade comunitária dos indivíduos”, na medida em que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais se refere a uma “função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado”. Sob o aspecto objetivo, os direitos fundamentais limitam os direitos subjetivos individuais em prol do interesse comunitário, ao mesmo tempo em que contribuem para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que preservando seu núcleo essencial.



A dimensão objetiva dos direitos fundamentais também pode se manifestar como uma estrutura produtora de efeitos jurídicos, complementando a dimensão subjetiva, ao atribuir ao poder público alguns deveres com o intuito de “garantir, realizar e promover a dignidade da pessoa humana centrada em posições subjectivas” sem, contudo, assegurar aos beneficiários de tais imposições a atribuição dos direitos correspondentes. É o que Andrade (2009, p. 135) coloca como “deveres sem direitos”.

Há, ainda, que salientar a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, no sentido do “alargamento das dimensões objectivas dos direitos fundamentais, isto é, da sua eficácia enquanto fins ou valores comunitários” (ANDRADE, 2009, p. 135), pois estes direitos direcionam a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, consubstanciando-se em uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, consoante a já tradicionalmente utilizada interpretação conforme a Constituição.

1.1.2 Perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais

As normas jurídicas de direitos fundamentais, ao possuírem função normativa, trazem consigo uma série de consequências advindas dessa função, sendo que, para fins deste estudo, a mais importante delas é a aptidão para estabelecer uma presunção relativa da existência de um direito subjetivo fundamental.

Concebidos inicialmente como instrumentos de defesa dos cidadãos frente à onipotência do Estado, considerou-se que os direitos fundamentais não tinham razão de ser nas relações entre sujeitos da mesma categoria onde se desenvolvem as relações entre particulares. Essa consideração pertencia a uma concepção puramente formal de igualdade entre os diversos membros da sociedade. Na sociedade neocapitalista essa igualdade formal não supõe uma igualdade material, e a fruição plena dos direitos fundamentais se vê, muitas vezes, mitigada pela existência, na esfera privada, de centros de poder tão importantes quanto aqueles correspondentes aos órgãos públicos. É nesse contexto que a transição do Estado Liberal para o Estado Social de Direito ensejou a extensão da incidência dos direitos



fundamentais a todos os setores do ordenamento jurídico e, portanto, também ao seio das relações entre particulares. As transformações vivenciadas pelo Estado de Direito determinaram uma ampliação do âmbito de eficácia dos direitos fundamentais, além do alargamento de seu conteúdo (LUÑO, 1995, p. 22-23).

A perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais refere-se à possibilidade do titular desses direitos fazer valer judicialmente os “poderes, as liberdades ou as competências”², no sentido de direito a ação, que lhe foram concedidos pela norma que consagrou o direito fundamental em questão. Assim sendo, diz respeito à possibilidade de o cidadão exigir seus interesses via ação judicial.

Nessa medida, os direitos fundamentais determinam, em sua dimensão subjetiva, o regimento jurídico dos cidadãos tanto em suas relações com o Estado quanto nas relações entre si. Diante disso, pode-se dizer que o direito subjetivo é uma categoria jurídica que atribui ao indivíduo a condição de ser portador de um poder, uma faculdade, pretensão, ou imunidade, podendo pleiteá-lo perante o Estado que, por sua vez, tem o dever de assegurá-lo. Dentre as categorias de direitos subjetivos estão os direitos fundamentais, que podem se apresentar como direitos fundamentais de defesa (negativos) e a prestações (positivos).

No primeiro caso, em se tratando de situações que colocam o Estado em uma posição de abstenção, dirigindo-se a um comportamento omissivo por parte deste, a realização dos direitos de defesa não depende de uma atuação estatal. A eles aplica-se o princípio da aplicabilidade imediata, enunciado na CF, no §1º do seu art. 5º, atribuindo-se plena eficácia a esses direitos, já que independem da atuação do legislador para que possam se concretizar, pois receberam dele normatividade suficiente, configurando-se, segundo a clássica concepção de Ruy Barbosa, em normas autoexecutáveis. Assim, geram para o seu titular direito subjetivo

² A noção de direito fundamental relacionada à perspectiva subjetiva apresenta diversas possibilidades doutrinárias. A proposta formulada por Robert Alexy, baseada na formulação de Bentham, mostra-se adequada ao nosso sistema constitucional, na medida em que estabelece uma divisão em direitos a algo, liberdades e competências, tendo sido a adotada também pelo constitucionalista português Gomes Canotilho.



assegurando, por conseguinte, a sua plena Justiciabilidade (SARLET, 2009, p. 274-275).

Por outro lado, quando se trata dos direitos a prestações a questão da eficácia torna-se um pouco mais complexa. Estes, podem se manifestar como direitos derivados e direitos originários a prestações. No primeiro caso, nasce um direito subjetivo de natureza defensiva para o particular, que pretende viabilizar o acesso a uma prestação já existente e da qual este particular foi arbitrariamente excluído. Assim, somente o tratamento desigual que configure uma discriminação pode ensejar um direito subjetivo derivado. Além disso, é necessário que se refira a uma prestação já existente. Tal direito tem fundamento no princípio da isonomia, de modo que, caso o Estado tenha beneficiado alguns particulares com uma prestação, esta deverá ser estendida a todos, não sendo permitida a exclusão de nenhum grupo (Sarlet, 2009, p. 301).

Em outro contexto, tem-se o reconhecimento de direitos subjetivos originários a prestações sociais. Nesse caso, Canotilho (2010) argumenta a favor desse reconhecimento, no seguinte sentido:

Com base na indiscutível dimensão subjetiva dos direitos “sociais” afirma-se a existência de *direitos originários a prestações* quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos; (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade do cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos. [...] A expressa consagração constitucional de direitos económicos, sociais e culturais não implica, de forma automática, um *modus de normatização uniforme* ou seja, uma estrutura jurídica homogênea para todos os direitos. Alguns direitos económicos, culturais e sociais, são verdadeiros direitos *self-executing* (ex.: liberdade de profissão, liberdade sindical, direito de propriedade); outros são direitos a prestações dependentes da actividade mediadora dos poderes públicos (ex.: direito à saúde, direito ao ensino) (Canotilho, 2010, p. 435).

A normatização heterogênea dos direitos sociais, que os coloca como direitos autoexecutáveis por um lado e dependentes de atuação estatal de outro, implica na circunstância de que as peculiaridades de cada caso, isto é, a norma que será



aplicável em cada situação, é que determinará a derivação um direito subjetivo ao titular do direito.

Em contrapartida, há uma argumentação que leva em conta a reserva do possível e que se mostra contrária ao reconhecimento dos direitos subjetivos a prestações. Nesse ponto, há que mencionar o fato de que a realização dos direitos sociais depende, em grande medida, de recursos financeiros que são subordinados ao orçamento estatal. Todavia, o Poder Público não está autorizado a recorrer à cláusula da reserva do possível com o intuito de se eximir dolosamente da sua responsabilidade de cumprimento das obrigações constitucionais, correndo o risco de, caso o faça, entrar em um “preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita”. É o que se depreende da parte da decisão publicada no acórdão retirado do informativo n. 582 do STF:

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, 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. [...] O desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado.

A questão discutida neste estudo se refere ao princípio da separação dos poderes e à indisponibilidade orçamentária, de modo que esta argumentação encontra apoio na alegação, por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, a quem cabe a criação e implementação de políticas públicas de concretização dos direitos sociais, de não haver disponibilidade orçamentária para tal. Além disso, sob a justificativa de não estar incluída no âmbito das funções do Poder Judiciário a implementação destas políticas, este também não poderia suprir essa falha, na medida em que os juízes não dispõem de critérios seguros, já que não possuem conhecimento técnico suficiente a respeito de fatores macroeconômicos que a

questão orçamentária envolve, para decidir a respeito, devendo ser observada a separação dos poderes.

No que tange à titularidade dos direitos subjetivos, Andrade (2009, p. 116-118) menciona a essência dos direitos fundamentais, destacando que se trata de atributos da personalidade, na medida em que os direitos individuais devem ser estendidos às pessoas coletivas, pois, atrelada à personalidade coletiva está sempre “essa realidade mais profunda que é a pessoa humana, a pessoa de direito”. Sendo assim, um dos elementos caracterizadores do direito subjetivo fundamental seria a sua “*individualidade*, a possibilidade da sua referência a homens individuais”, característica essencial desses direitos, que não se altera em relação aos direitos fundamentais de titularidade coletiva.

1.2 O art. 5º, §1º, da CF/88 e a eficácia (jurídica) dos direitos sociais a prestações

A primeira regra especialmente destinada aos direitos econômicos, sociais e culturais encontra-se relacionada com a tarefa fundamental do Estado de promovê-los, tornando-os efetivos.

O art. 5º, §1º, da CF/88 dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, expressando uma formulação genérica referente a todos os direitos e garantias fundamentais. O legislador constituinte buscou em outros textos constitucionais a inspiração para inserir em nossa Constituição o preceito em análise, entretanto, parte da doutrina pátria ainda não concedeu a este dispositivo a importância que ele merece.

Pela simples razão da existência desse dispositivo no texto constitucional, a primeira afirmação que se pode fazer é a de que todos os direitos dotados de fundamentalidade estejam eles inseridos na Constituição ou não, conforme se depreende da regra do art. 5º, §2º, constitui direito imediatamente aplicável, estando aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos.

Nesse sentido, os direitos de liberdade podem ter aplicabilidade imediata, uma vez que representam pretensões jurídicas concretas facilmente identificáveis. Os



direitos sociais, por outro lado, não costumam apresentar um conteúdo facilmente identificável, fato que pode dificultar a sua concretização. Essa natureza aberta e a “vagueza” de seu conteúdo podem remeter à conclusão de que, a princípio, não seriam direitos imediatamente aplicáveis. Esclarecendo melhor a distinção entre estas categorias de direitos, o constitucionalista português Jorge Reis Novais (2003) traz a seguinte definição:

Os direitos de liberdade, em confronto com os direitos sociais, como direitos que constituem na esfera jurídica do titular um espaço de autodeterminação através da garantia constitucional de um conteúdo juridicamente determinável de acesso ou fruição de um bem de direito fundamental. (...) Diferentemente, os direitos sociais não constituem na esfera jurídica do titular uma autodeterminação no acesso ou fruição de um bem jurídico, mas antes uma pretensão, *sob reserva do possível*, a uma prestação estatal, de conteúdo indeterminado e não

directamente aplicável, sendo o correspondente dever que é imposto ao Estado de realização eventualmente diferida no tempo (Novais, 2003, p. 148-149).

Diante da argumentação do constitucionalista português, tendo em vista que os direitos sociais não possuem um conteúdo constitucionalmente determinado, apenas aos direitos de liberdade se poderia atribuir a característica da aplicabilidade imediata. A própria Constituição Portuguesa consagrou a regra da aplicabilidade como um regime especialmente destinado a uma proteção privilegiada dos direitos, liberdades e garantias, excluindo deste grupo, portanto, os direitos sociais de um modo geral.

Outro aspecto que pode ser considerado como um obstáculo à sua aplicabilidade refere-se à multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que os classifica em direitos de defesa e direitos a prestações. O problema se manifesta ao tratar da eficácia e aplicabilidade dessas diferentes categorias de direitos, surgindo aí a necessidade de se verificar, inicialmente, o sentido que pode ser atribuído à norma do art. 5º, §1º, da CF/88.

Considerando que grande parte dos direitos fundamentais sociais caracteriza-se por serem direitos de defesa, de cunho negativo, não há que se falar em problemas para a sua concretização, sendo considerados, deste modo, normas



autoaplicáveis e, conseqüentemente, plenamente eficazes, produzindo todos os seus efeitos jurídicos.

Entretanto, não é o que ocorre com as normas de direitos sociais que configuram direito a prestações. A esse respeito, Andreas Krell (2002, p. 38) esclarece que o dispositivo em análise adquire outra função, visto que tais normas se comportam de maneiras distintas conforme o grupo a que pertença. Em razão do seu modo de positivação e por se referirem a pretensões que têm como destinatário o Estado, possuem aplicabilidade distinta dos direitos sociais de defesa, na medida em que são comumente positivadas como normas de cunho programático, o que interfere diretamente na sua aplicabilidade, pois, no caso desses últimos, esta é imediata e a sua eficácia é plena, enquanto os direitos a prestações necessitam de uma atuação por parte do legislador para produzirem efeitos.

Ainda que parte da doutrina queira negar a existência das normas de princípio programático da Constituição Brasileira, não se pode contestar a existência de preceitos que estabelecem finalidades e programas e que reivindicam uma atuação estatal para sua concretização, “visando à realização dos fins sociais do Estado” (Silva, 2010, p. 138). As normas programáticas consistem em uma exigência do Estado Social, representado compromissos políticos de natureza ideológica que objetivam atender às necessidades dos diversos grupos sociais. Deste modo, os direitos sociais prestacionais constituem verdadeiramente programas e tarefas de ação social, sendo instrumentos de defesa dos menos favorecidos, que objetivam a fruição das garantias de liberdades, assegurando a existência digna e, conseqüentemente, a justiça social. Pode-se citar como exemplos de normas programáticas elencadas na Constituição Brasileira os arts. 6º e 7º, incisos II, III, IV, XI, XII e XIV, além dos arts. 194, 196, 205 e 215.

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social repercutiu no texto das constituições contemporâneas, inclusive na brasileira, ao se preocupar em manter o compromisso com as conquistas do liberalismo e, ao mesmo tempo, estabelecer uma evolução política e social, atribuindo fins ao Estado esvaziado por aquele conjunto de ideias de liberdade. Por esse motivo, contém normas caracterizadas por uma considerável imprecisão, na medida em que reivindicam providências

posteriores por parte do legislador ordinário e do poder público. São normas de eficácia limitada. Tais enunciados traduzem-se em princípios que contemplam os fins e objetivos do Estado, dificultando a sua imediata aplicabilidade. Nesse contexto, a afirmação do caráter jurídico e positivo destas normas não se mostra suficiente para que produza os efeitos pretendidos em seu conteúdo (Silva, 2010, p. 137-139).

As normas programáticas estão localizadas na categoria das normas de eficácia limitada, o que poderia conduzir à ideia de que o texto da Carta Magna estaria repleto de normas que configuram intenção, como se não fossem normas jurídicas dotadas de imperatividade, pois não geram por si só os efeitos pretendidos em seu conteúdo. Entretanto, apesar de possuírem sua eficácia limitada dependendo de uma lei ordinária para que os efeitos produzam seus efeitos, as normas programáticas não perdem o seu caráter jurídico e o seu valor.

Os direitos fundamentais sociais em sua dimensão de normas programáticas desempenham importante papel, ao representarem a positivação das esperanças e objetivos do povo de uma nação. Possuem uma “função sugestiva, apelativa, educativa e, acima de tudo, conscientizadora”, consolidando-se em uma real necessidade que se consubstancia em apontar valores e fins a serem buscados e cumpridos pelo Estado (Krell, 2002, p. 28).

Como já se afirmou, não há que se falar em norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade, todavia, a medida da eficácia de cada direito a prestação depende, além das características de seu objeto (conduta positiva por parte do Estado), de sua forma de positivação no texto constitucional e, também de circunstâncias de natureza econômica.

No que concerne ao alcance do disposto na norma, cada vez mais a doutrina vem uniformizando entendimento no sentido de que o argumento que pretende limitar o alcance do dispositivo que trata da aplicabilidade das normas de direitos fundamentais não se sustenta mais, restando claro, que o legislador constituinte não pretendeu limitar este alcance a determinadas categorias de direitos ou garantias ou, até mesmo, excluir de sua abrangência os direitos sociais, cuja fundamentalidade não cabe mais questionar. Logo, não há que se falar em interpretação restritiva do

âmbito de aplicação do dispositivo. Uma aplicação restrita a apenas determinadas categorias de direitos fundamentais não corresponde, nesse sentido, à literalidade do dispositivo, devendo este abranger inclusive aqueles direitos que se encontram expressos em outras partes do texto constitucional e em tratados internacionais, conforme determina o art. 5º, §2º, da CF/88.

Diante destes argumentos, entende-se que o princípio da aplicabilidade imediata enunciado no art. 5º, §1º, da CF/88 alcança todas as normas de direitos fundamentais, independentemente de se referirem a direitos de defesa ou direitos a prestações e, também, de sua forma de positivação, estando, portanto, aí incluídas as normas que constituem princípios programáticos, devendo, entretanto, ser aplicado de forma distinta conforme a categoria a que pertence a norma. Nesse sentido, opta-se pela interpretação segundo a qual o dispositivo da aplicabilidade “impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais e criar condições materiais para sua concretização” (Krell, 2002, p. 38), considerando, portanto, que este postulado pode ser compreendido como um “mandado de otimização” de sua eficácia, impondo ao Poder Público a “aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível” (Sarlet, 2009, p. 366).

Assim, é a própria CF/88 que, utilizando-se da disposição expressa no art. 5º, §1º resolve a questão, ao dispor que as normas de direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata.

2 LIMITES À EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

Apresentamos três argumentos colocados pela doutrina como limites à eficácia jurídico-constitucional dos direitos sociais. O primeiro deles foi a natureza desses direitos, tendo sido comprovado pelos posicionamentos doutrinários, especialmente de autores nacionais, que se tratam de autênticos direitos fundamentais. Tal fato pôde ainda, ser corroborado pela estreita relação que os direitos sociais guardam com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, sem o qual não é possível uma existência digna.



Além da discussão em torno da fundamentalidade dos direitos em estudo, a estrutura heterogênea que possuem, que varia em torno do valor que expressam, da atividade imposta ou da função que lhes é atribuída, mostra-se como mais um fato a dificultar a concretização e produção de efeitos por parte desses direitos. O terceiro argumento apresentado é a forma de positivação dos direitos sociais, pois, apesar da aplicabilidade imediata determinada pelo art. 5º, §1º, da CF/88, falta aos direitos a prestações uma especificação concreta de seu conteúdo, já que este não é constitucionalmente determinado, sendo necessária a existência de uma lei ordinária para que produzam seus efeitos.

Seguindo nesse contexto, existem outros argumentos que apresentam um peso considerável na tentativa de impedir ou limitar a eficácia dos direitos fundamentais sociais. São eles os mecanismos processuais utilizados para a tutela desses direitos, o “elevado *quantum* utópico” dos textos legais, além da restrição que o próprio Poder Judiciário coloca para si, tendo em vista o Princípio da Separação dos Poderes. Considerando o aspecto social da argumentação, a doutrina coloca o custo dos direitos sociais, a limitação trazida pela reserva do possível e a existência de um direito ao mínimo existencial.

O abismo existente entre o ideal de transformação da CF/88 e a inércia demonstrada pelos costumes políticos e sociais da história recente do Brasil, ressaltam o quanto o Estado e a sociedade estão falhando ao garantir as condições mínimas de existência humana digna, sem as quais se torna inviável o gozo e a fruição dos direitos fundamentais, frustrando-se a efetividade da maioria das normas constitucionais.

Cinde-se a eficácia social da Constituição, que passa a operar seletivamente: efetiva-se para uma minoria em condições de desfrutar em plenitude os direitos básicos à dignidade humana, mas esmorece para aqueles destituídos de meios para viver no cotidiano o padrão existencial idealizado pela Lei Maior. É como se os fatos e as diferenças sociais discriminassem a Constituição, debilitando sua força normativa, para utilizar a expressão de Konrad Hesse (Castro, 2003, p. 281).



Sem alimentação suficiente, sem saúde adequada, sem educação, sem trabalho e sem condições de satisfazer as necessidades essenciais de sua família, o ser humano acaba materialmente impedido de conseguir se inserir no meio social dignamente, além de tornar-se impossível a fruição das expressões naturais do homem, como a expressão livre do pensamento, a Constituição de uma família, inserção no mercado de trabalho, manifestação de opinião, viajar dentro e fora do território nacional, dentre outras. Além de todas essas limitações, fica também impedido de exercer alguns deveres constitucionais, dentre os quais, a obrigação atribuída aos pais de educar, assistir e criar os filhos menores e o dever de amparo aos familiares idosos, conforme determinam os arts. 220 e 230, da Carta Magna (Castro, 2003, p. 282).

As liberdades públicas, de conteúdo negativo, concretizadas pelos direitos civis e políticos, e as liberdades de conteúdo positivo, que concebem os direitos sociais, econômicos e culturais, representam constitucionalmente o mínimo existencial para se exercer a condição humana dignamente, na medida em que se relacionam com a pobreza. Entretanto, as inúmeras Declarações de Direitos e, posteriormente, Constituições, ainda não conseguiram erradicar a violação destes direitos fundamentais, conforme se pôde perceber nas informações do IBGE já descritas.

2.1 O problema dos custos dos direitos sociais a prestações e a reserva do possível

Os direitos fundamentais sociais objetivam precipuamente a consagração da igualdade, mas não apenas uma igualdade formal, no sentido de equiparação no tratamento jurídico, mas, principalmente, no sentido material, buscando uma distribuição equitativa dos recursos. Nessa medida, o valor da igualdade tem sido considerado, ao lado dos valores da liberdade e da dignidade, o postulado fundamental da construção dos direitos fundamentais sociais.

Ocorre que existem pretensões baseadas nos direitos fundamentais cuja satisfação depende da disponibilização de recursos financeiros. Todavia, esses recursos não são suficientes para satisfazer a todas as necessidades. Vem daí o



problema da eficácia dos direitos sociais a prestações, já que a sua positivação no texto constitucional tem como consequência a sua proteção, mas não significa que tais direitos se tornaram “realidades jurídicas efetivas”. Assim, o que se nota na verdade, é uma enorme distância entre a positivação dos direitos sociais nas constituições ocidentais mais recentes e a eficácia e aplicabilidade desses direitos, esperadas pelos cidadãos.

Para que as determinações constitucionais não se esgotem em um texto vazio, sem concretude, é necessário interpretar a norma resgatando a imperatividade da Constituição e atribuindo a ela o máximo de eficácia e aplicabilidade, pautando-se na circunstância de que o legislador constitucional se mostra, na maioria das vezes, mais progressista do que o legislador ordinário. Com efeito, um direito fundamental não pode sofrer uma limitação a ponto de ser privado de um mínimo de eficácia, pois a garantia de proteção de seu núcleo essencial designa uma parcela de conteúdo que garante essa eficácia.

O reconhecimento de direitos subjetivos a prestações está diretamente relacionado à questão dos limites do Estado, na medida em que constitui uma exigência deste na busca pela realização da justiça social, ao mesmo tempo em que se vincula à questão da escassez de recursos para prover esses direitos.

Assim, a questão primordial é encontrar um equilíbrio entre aquilo que determina a Constituição, e a capacidade financeira do Estado de tornar real essa pretensão.

A “reserva do possível” demonstra um significativo relevo notadamente no que se refere à eficácia e dos direitos sociais prestacionais, cujo adimplemento impõe ao Poder Público uma atuação no sentido de fornecer prestações estatais positivas aptas a concretizar as prerrogativas contidas naqueles direitos, mas depende de recursos financeiros, estando, portanto, subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado. Conforme preceitua referida cláusula, esta não pode ser utilizada para eximir o Poder Público da responsabilidade constitucional de cumprir suas obrigações, exceto no caso de ocorrência de motivo justo, principalmente se desse fato resultar comprometimento do núcleo básico dos direitos fundamentais.



Todavia, a Constituição da República não contém dispositivo que tenha por finalidade impedir a efetividade dos direitos sociais prestacionais baseada na falta de previsão no orçamento. Pelo contrário, o próprio legislador constitucional criou mecanismos para impedir a omissão do poder público, como é o caso da Ação Direta de inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção.

Nesse contexto, há que se mencionar a teoria do “Pensamento do Possível” desenvolvida por Peter Haberele, sobre a Constituição na sociedade moderna, que apresenta-se como uma “teoria constitucional das alternativas”. O pluralismo das sociedades atuais, que é composta por indivíduos com objetivos, reflexões e interesses distintos, mas sem força suficiente para se sobrepor em relação aos demais, atribui à Constituição a tarefa, melhor dizendo, mais do que isso, na verdade o desafio de realizar o seu conteúdo da melhor forma possível, de modo a alcançar a igualdade material objetivada. Em razão disso, o pensamento do possível surge como alternativa a ser adotada na interpretação e realização constitucional.

Vale & Mendes (2009) ressaltam que a doutrina de Peter Haberele tem sido incorporada no desenvolvimento da teoria constitucional moderna no Brasil, desde o âmbito acadêmico até a jurisprudência dos tribunais. Nesse contexto, a adoção da teoria do pensamento do possível sugere uma interpretação da Constituição de forma aberta, alcançando novas alternativas na medida em que, como esclarece o Ministro Gilmar Mendes:

Incentiva a adaptabilidade do texto à evolução social constante de uma sociedade complexa e plural, constitui também um modo de pensar sobre a relação entre tempo e Constituição (*Zeit und Verfassung*) e, desse modo, sobre o fenômeno da mutação constitucional, cujo tratamento pela obra de Peter Haberele tem sido incorporado pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil (Vale, Mendes, 2009, p. 7).

É possível que se reconheça nessa teoria constitucional moderna fundamentada no “pensamento do possível” um caminho alternativo e promissor para se chegar a soluções, por parte dos tribunais, mais próximas da realidade social e capazes de conceder aos particulares a fruição e o efetivo gozo dos direitos



sociais prestacionais, na medida em que acompanha o fenômeno da mutação constitucional, bem como as transformações sociais.

2.2 Teoria do direito ao mínimo existencial

O conceito de direitos fundamentais é composto também pelo mínimo existencial, também denominado mínimos sociais, conforme a lei 8742/1993 que dispõe sobre a organização da assistência social, direitos constitucionais mínimos, ou ainda, mínimo social. Não se trata de um valor ou princípio, portanto, mas de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

O mínimo existencial está diretamente relacionado com a pobreza e a sua proteção remete à época do Estado Patrimonial. Por direito ao mínimo existencial entende-se “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas” (Torres, 2009, p. 8). Nesse aspecto, “a ideia de mínimo existencial, por conseguinte, coincide com a de direitos fundamentais sociais em seu núcleo essencial” (Torres, 2009, p. 42). O mínimo existencial relaciona-se diretamente, portanto, com o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que objetiva estabelecer condições básicas para um desenvolvimento social ao menos razoável. A esse respeito, Canotilho (2010) traz a seguinte contribuição:

Das várias normas sociais, económicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem económico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (*minimum core of economic and social rights*), na ausência do qual o estado português se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas. Nesta perspectiva, o ‘rendimento mínimo garantido’, as ‘prestações de assistência social básica’, o ‘subsídio de desemprego’ são verdadeiros direitos sociais originariamente derivados da Constituição sempre que eles constituam o standart mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito (Canotilho, 2010, p. 470).



Existem conteúdos insertos no texto da Constituição que são tão essenciais que não podem correr o risco ter sua importância diminuída, sob pena de se colocar em risco o mínimo existencial, conseqüentemente, a possibilidade de fruição de qualquer direito e até, em último caso, a própria vida humana. Constitui tarefa fundamental do Estado, deste modo, promover os direitos sociais, concretizando-os, pois a razão de ser da atuação estatal que irá fazê-lo é a natureza social dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, o conceito atribuído ao mínimo existencial pode ser encarado, de certa forma, como uma possível solução para o problema da eficácia social dos direitos sociais a prestações, ao garantir uma existência humana com o mínimo necessário à sobrevivência e o exercício dos deveres constitucionais, como o amparo à família.

Diante da realidade orçamentária e do contexto econômico e financeiro que se conhece, a abertura aos interessados em participarem, parece corresponder à melhor forma de promover a efetivação dos direitos sociais prestacionais, estabelecendo uma maior abertura democrática, conforme salienta Siqueira Castro (2003):

A questão da efetividade das normas constitucionais é, no fundo, uma questão das relações entre democracia e Constituição ou, se se preferir, de operacionalidade do regime constitucional democrático em cada país, de que depende a força normativa da Constituição, segundo a conhecida expressão de KONRAD HESSE. Constituição e democracia são, assim, categorias de imbricações sócio-político-jurídicas, que interagem e reciprocamente se condicionam para a consecução de projetos de organização social. A Constituição define princípios, organiza metas e distribui tarefas, que a instituição estatal deve pôr em execução junto ao tecido social, como condição de realização da democracia (Castro, 2003, p. 284).

Nesse sentido, a efetividade, isto é, a eficácia social da Constituição depende da efetividade da democracia e vice-versa, conforme a maior ou menor integração entre as normas constitucionais e a realidade social. Os indivíduos têm direito às prestações positivas por parte do Estado, pois é por meio delas que serão satisfeitas



as suas necessidades mínimas, sem as quais não é possível ter uma vida humana digna.

3. O NOVO PAPEL DO JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Até meados da década de 1990, um dos fatores que restringiam a atuação judicial em relação aos direitos sociais era o entendimento predominante por parte dos juristas no sentido de que as prestações sociais só se tornavam exigíveis juridicamente mediante determinação do legislador, que definia os parâmetros segundo os quais o poder executivo deveria atuar. Na última década, entretanto, a justiciabilidade dos direitos sociais tem desencadeado um redimensionamento da tradicional relação entre os poderes do Estado. Ao poder judiciário tem-se atribuído um encargo que caberia, *a priori*, aos poderes legislativo e executivo, qual seja, transformar as promessas sociais constantes do texto da CF/88 em realidades fáticas, aptas a possibilitar a existência humana de forma digna.

Neste sentido, é preciso considerar uma concepção de Constituição que seja capaz de atender às necessidades sociais, caminhando em um contexto progressista de realização dos direitos sociais que dependem de prestações materiais, fazendo-o em harmonia com o princípio da separação dos poderes e com fundamento na democracia e na realização dos direitos fundamentais, pilares do Estado Democrático de Direito. Os excessos põem em risco a própria continuidade das políticas públicas, ao se ater a uma visão individualista dos problemas sociais. Luís Roberto Barroso (2008) resume bem tal constatação, ao afirmar que:

O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos (Barroso, 2008, p. 4).

Desta forma, acerca da justiciabilidade dos direitos sociais, Christian Courtis (2010) esclarece que consiste em:



A possibilidade de pessoas que se consideram vítimas de violações a esses direitos (*direitos econômicos, sociais e culturais*) ajuizarem demandas perante uma autoridade imparcial e requererem remédios legais ou reparação adequados em face de uma violação ou ameaça de violação a esses direitos (Courtis, 2010, p. 487).

Essa justiciabilidade passa desta forma a assumir um importante papel intervencionista para a realização dos conteúdos sociais. Segundo ressalta Barroso (2008), as causas da judicialização são as seguintes: 1) a *redemocratização* do país, que fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira; 2) a *constitucionalização abrangente*, que incluiu no texto da CF/88 inúmeras matérias que até então ficavam a cargo da legislação ordinária e; por último, 3) o *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*, que apresenta características dos sistemas norte-americano, de controle incidental difuso, europeu, de controle por ação direta, consistindo, portanto, em um sistema híbrido e mostrando-se como um dos mais abrangentes do mundo. Diante disso, praticamente qualquer questão pode ser levada ao STF.

Nesse contexto, a facilitação do acesso à justiça tem levado ao STF demandas cujo mérito exige deste Tribunal uma atuação no sentido de aplicar de forma direta e imediata normas constitucionais relativas a direitos sociais a prestações materiais que deveriam ter sido observadas por outro poder. As decisões que determinam ao poder público a entrega gratuita de medicamentos a particulares e a questão do acesso à educação mostram-se como um claro exemplo disso.

A concretização judicial dos direitos sociais tem sido fato comum na rotina das decisões dos tribunais. Todavia, Cláudio Pereira de Souza Neto (2010) ressalta a importância de se ter em mente que não é possível extrair diretamente da Constituição a conclusão de que o judiciário pode condenar a Administração, obrigando-a a prover bens e a implementar políticas sociais. O autor argumenta que o texto da Carta comporta interpretações distintas. Nesse sentido, não se trata apenas de um problema de interpretação do direito, mas de uma decisão política, no sentido de que é o contexto em que as instituições funcionam que irá definir qual a melhor opção metodológica, o particularismo ou o formalismo, conceitos que foram apresentados da seguinte forma:

O particularismo, que passa a ostentar pretensões hegemônicas com a teoria contemporânea dos princípios, tende a produzir decisões mais justas, por permitir que juízes considerem particularidades que o legislador, ao editar normas gerais e abstratas, não é capaz de prever. A metodologia jurídica oposta, o formalismo, que vincula o juiz à aplicação da lei, tende a prover maior segurança jurídica, ao reduzir a discricionariedade judicial. A opção por um ou outro método depende da confiança que os cidadãos depositam nos juízes: se confiam plenamente na capacidade dos julgadores de tomarem decisões justas, tendem a optar pelo particularismo; se não confiam, a opção segura é o formalismo. Trata-se de decisão política.

[...]

Da mesma forma, atribuir aos juízes competência para concretizar direitos sociais para além do que está definido em lei, aplicando diretamente princípios abertos positivados na Constituição, também depende de uma decisão política. O problema não é apenas de interpretação constitucional: sua superação demanda uma avaliação contextual, sobretudo quando há na Constituição referências normativas que servem para legitimar tanto a atuação quanto a abstenção do Judiciário (Souza Neto, 2010, p. 517-518).

É possível defender que os juízes têm legitimidade para discutir políticas públicas e, ainda assim, afirmar que esse ativismo está limitado por razões como a falta de preparo dos juízes para tal tarefa, a falta de estrutura dos tribunais, além do fato de que os procedimentos judiciais não foram concebidos para tarefas como esta. É o que Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 596) chama de “ativismo judicial despreparado”. Nesse sentido, conclui o autor, somente com uma série de mudanças na estrutura da educação jurídica será possível decidir acerca dos direitos sociais de forma coletiva.

Silva (2010) compreende a responsabilidade que tem sido atribuída ao judiciário brasileiro, mas pondera que os juízes não foram instruídos para decidir sobre essas questões, o que traz certas limitações a essa atuação, motivo pelo qual ressalta a necessidade do foco na educação jurídica, no que tem razão. O judiciário brasileiro, especialmente o STF, é instigado a se manifestar em situações que o fazem agir ora com os olhos voltados para a conquista de sua independência, ora de forma submissa, outras vezes entre a democracia e o elitismo, em outras, se perde entre a lei e o arbítrio.

Krell (2002, p. 90) argumenta que a nova percepção da divisão dos poderes leva a uma concepção material do Estado de Direito, segundo a qual as ações



estatais advindas dos três poderes somente serão legítimas e terão validade se vierem respaldadas por “todo um contexto jurídico-social, dominado pela nota da efetividade”. Contudo, importa ressaltar que a garantia dos direitos sociais não pode estar respaldada em argumentos puramente ideológicos. Ela deve estar pautada em atitudes conscientes por parte do poder judiciário, e deve ser caracterizada pela objetividade e método nas decisões, sob pena de privilegiar poucos cidadãos, em situações pontuais, e ferir os direitos fundamentais de outros.

Em uma visão democrática da questão ora analisada, destaca-se o posicionamento segundo o qual o judiciário pode exercer um papel importante na garantia das liberdades básicas e dos direitos fundamentais sociais, capacitando os cidadãos para uma participação pública efetiva. A democracia torna mais rica a deliberação que antecede as decisões em um regime democrático e “incrementa a racionalidade das decisões públicas” (Souza Neto, 2010, p. 523).

Os direitos fundamentais sociais estão na base do regime democrático, na medida em que atuam como fatores que fomentam a democracia, possibilitando que os cidadãos exerçam influência sobre os destinos da comunidade. Sem acesso à educação, por exemplo, é mais difícil compreender as questões que envolvem a comunidade e influenciar a vida pública. Portanto, atuando na concretização judicial dos direitos sociais, o poder judiciário contribui para que a cidadania tenha lugar (Souza Neto, 2010, p. 523-524).

Considerando esse ponto de vista, o poder judiciário, notadamente o STF, tem desempenhado um papel fundamental para a democracia brasileira, ao determinar a implementação dos direitos fundamentais sociais, possibilitando, desta forma, a conquista da cidadania pelos cidadãos, por meio da fruição de seus direitos, inserção no mercado de trabalho, acesso à educação e saúde adequadas, enfim, o exercício pleno da cidadania, como mencionado no final do capítulo anterior, ao tratar da relação entre Constituição e democracia. A judicialização, portanto, tem se tornado o recurso das minorias para conquistar a cidadania social.

Diante das constatações ora apresentadas, poder-se-ia dizer que o Brasil está diante de uma supremacia do poder judiciário, situação esta que, em um primeiro momento, não foi uma escolha dos juízes. Fatores externos como a promulgação da



CF/88, a acolhida em seu texto de um extenso rol de direitos sociais, o aumento das competências do judiciário, questões orçamentárias, inércia e omissão dos poderes legislativo e executivo, insuficiência das políticas públicas, dentre outros motivos apresentados pelos juristas, contribuíram para isso, imprimindo no judiciário, inclusive no STF, a responsabilidade de atuar ativamente na resolução de questões inerentes aos outros dois poderes.

Essa escolha foi feita pela própria sociedade, ao exigir uma resposta para seus anseios que não eram atendidos, pois, diante do contexto brasileiro em que as políticas públicas vêm sendo realizadas, a concretização dos direitos sociais depende não só do governo, mas principalmente da mobilização da sociedade civil.

Importa ressaltar nesse contexto que, ao atuar na garantia e realização dos direitos sociais, o poder judiciário deve estar atento à realidade econômica do país. Além disso, ele não pode se colocar acima da coletividade, usurpando o caráter democrático que deve embasar suas decisões. É preciso que, ao se manifestar, ele consiga visualizar até que ponto pode avançar, sob pena de frustrar a legitimidade de suas decisões, pois o desejo constitucional somente se realiza quando a decisão proferida é fundamentada em uma interpretação que considera o seu texto e a realidade.

Nesse contexto, Souza Neto (2010) propõe um parâmetro para a limitação do avanço do poder judiciário:

A atuação do Judiciário na concretização dos direitos sociais deve se circunscrever à garantia das “condições necessárias” para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública) (Souza Neto, 2010, p. 535).

Assim, o poder judiciário possui legitimidade para a realização dos direitos sociais além das condições mínimas. O critério de fundamentalidade material desses direitos alcança não só os “meios de subsistência”, mas também a “igualdade de meios para agir”. A garantia judicial dos direitos sociais não deve se limitar, por isso, a uma “ajuda para a autoajuda”. Como se nota, trata-se de um parâmetro distinto do



mínimo existencial, cujo conceito refere-se a uma abordagem relacionada à dignidade humana, mostrando-se como núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Adotando ou não a teoria do mínimo existencial, ao judiciário é conferido o privilégio de concretizar os direitos fundamentais sociais “em sua esfera mínima, independentemente das políticas públicas formuladas e executadas pelo Executivo e pelo Legislativo” (Souza Neto, 2010, p. 537). Nesse contexto, o que parece ser uma atitude equivocada, conforme afirma Daniel Sarmiento (2010, p. 585), com toda razão, é “a adoção de dois pesos e duas medidas pelo Judiciário brasileiro em matéria de direitos sociais, que tem primado pela generosidade nas ações individuais e pela parcimônia nas ações coletivas”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao positivar os direitos sociais em seu texto, a CF/88 os reconhece como direitos fundamentais sujeitos à produção de efeitos, dependendo, no caso dos direitos a prestações, de uma atuação positiva por parte do Legislativo e do Executivo para que isso ocorra.

Verificou-se que a CF/88 atribuiu aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais sociais, criando as condições materiais necessárias para sua realização. Logo, cabe aos poderes públicos a realização dos direitos fundamentais, outorgando-lhes a maior eficácia possível. Nesse sentido, é dever da Administração Pública desenvolver e implementar políticas públicas que tenham por finalidade atender ao interesse público e, conseqüentemente, cumprir a determinação constitucional.

No intuito de atender a tarefa de realização dos direitos fundamentais sociais assegurados constitucionalmente, é necessário que cada um dos três poderes se comprometa com a sua função precípua, tornando possível a criação e execução das políticas públicas. Ocorre, todavia, que a Administração nem sempre cumpre tal dever, omitindo-se em sua tarefa constitucional de concretização dos direitos sociais prestacionais, ensejando, desta forma, a provocação do poder judiciário para se manifestar a respeito da omissão.



Para atender à determinação constitucional de realização dos direitos sociais, o Judiciário acaba tendo que atuar suprindo esta omissão e afrontando, portanto, o Princípio da Separação dos Poderes, ao exercer um papel que caberia, inicialmente, aos outros dois poderes, evitando assim que o texto constitucional se torne promessas vazias.

A dignidade humana, atualmente definida como um princípio informador do Direito desempenha um papel de extrema importância na vida econômica e social dos indivíduos. Sabendo que a finalidade do Direito e do Estado é de servir e resguardar o homem, o princípio da dignidade da pessoa humana torna-se um meio de alcançar o bem-estar social e proteger o indivíduo. Sem a garantia e a implementação da dignidade humana, não há que se falar em liberdade e igualdade. Por outro lado, também não existem liberdade e igualdade efetivas quando não se observa o mínimo necessário para a garantia da dignidade humana.

Em um país de dimensões continentais e intensa desigualdade social como o Brasil, é notório que o gozo e fruição, por parte da população, dos direitos sociais, seja um problema constante, suscitando um debate mais político do que jurídico, pois envolve questões muito variadas como orçamento, alocação de recursos, fixação de despesas, discricionariedade do Poder Público e dignidade humana.

Diferentemente dos direitos fundamentais de primeira geração, não existe consenso acerca da aplicabilidade e efetividade imediatas dos direitos sociais a prestações e, tampouco, em relação ao caráter de direito subjetivo que, porventura, possam expressar.

Por dependerem de prestações positivas por parte do Estado, estes direitos acabam por esbarrar nas limitações de recursos materiais e financeiros que condicionam a Administração Pública e, ainda, enfrentam as especificidades contidas no orçamento, que fixa as previsões de receita e define as despesas a serem efetuadas. Nesse ponto, a efetivação dos direitos sociais encontra-se subordinada à teoria da reserva do possível, na medida em que o Poder Público somente poderá implementar as políticas públicas dentro de sua capacidade financeira.



Por outro lado, a reserva do possível não deve se tornar um óbice à preservação do mínimo necessário para a garantia da dignidade humana. Sem o mínimo existencial, não há que se falar em liberdade e/ou igualdade, pois a dignidade humana é o alicerce e o ponto de partida para a efetivação de qualquer direito fundamental. Nessa ponderação de valores, é essencial a busca por um equilíbrio entre a reserva do possível e o mínimo existencial, impedindo, assim, o retrocesso nas conquistas sociais.

O mínimo existencial deve ser garantido a todo cidadão não de forma individualizada, mas sim como objeto de políticas públicas bem definidas e condizentes com a noção de Estado Democrático de Direito.

Diante deste contexto, a efetivação das políticas públicas encontrou limites na reserva do possível, na medida em que ao Estado cumpre a responsabilidade pela justiça social, dentro de suas limitações e reservas orçamentárias. Tais limitações, entretanto, não podem inviabilizar ou anular a garantia das necessidades básicas para a sobrevivência do indivíduo, dentro do conceito de mínimo existencial, sob pena de afronta ao princípio da dignidade humana, pilar de toda a sistemática dos direitos humanos e fundamentais.

Nesse sentido, o poder judiciário e, especialmente, o STF, tem desempenhado um papel incontestavelmente mais ativo na vida institucional do país, na medida em que questões de grande repercussão social estão sendo tratadas pelo poder judiciário, e não pelo legislativo e pelo executivo.

ABSTRACT

SOCIAL RIGHTS: an analysis about the limits to their effectiveness

This work presents a study on the efficacy of social rights in Brazil, in special the rights to benefits and justiciability in front of judiciary. This study begins by the analysis of social rights as fundamental rights, their applicability and limits the efficacy of rights to benefits, grouping elements that can justify the increasing role of Judiciary, especially the Supreme Court in the economic and social set, according to



his new role into the Separation of Powers, that is, comply with realization of social rights that belongs first to the legislature and the executive. The research sources are doctrinal, besides the study of some constitutional rules relevant to the theme and the jurisprudence selected mainly on the judged from the Supreme Court.

KEYWORDS: EFFICACY. FUNDAMENTAL RIGHTS. SOCIAL RIGHTS. JUSTICE

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. alemã, traduzida por Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANDRADE, J. C. V. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

BARROSO, L. R. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2008. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil – Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 56 de 20 de dezembro de 2007**. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/con1988/CON1988_20.12.2007/CON1988.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2008.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Indicadores Socioeconômicos. In: _____. **Indicadores e dados básicos – Brasil – 2005**. Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2005/CapituloB.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2010.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2010.

CASTRO, C. R. S. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: Ensaio sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno e Comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COURTIS, C. Critérios de Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.



FERREIRA FILHO, M. G. **Direitos humanos fundamentais**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HERRERA, C. M. Estado, Constituição e Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

KRELL, A. J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (Des) Caminhos de um Direito Constitucional "Comparado"**. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 48-49.

LOEWENSTEIN, K. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1976. p. 222.

LUÑO, A. E. P. **Los Derechos Fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. 2008. **Curso de Direito Constitucional**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOVAIS, J. R. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

QUEIROZ, C. **O Princípio da não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais: Princípios Dogmáticos e Prática Jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra, 2006.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, D. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, J. A. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, V. A. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOUZA NETO, C. P. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais – Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.



TORRES, R. L. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VALE, A. R.; MENDES, G. F. **A influência do pensamento de Peter Häberle no STF**. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 10 mar. 2010.