



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



**LUIZ HENRIQUE DINIZ ARAUJO**

**A EFETIVAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS INSCRITOS NA  
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

Dissertação de Mestrado

Recife  
Fevereiro, 2013

**LUIZ HENRIQUE DINIZ ARAUJO**

**A EFETIVAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS INSCRITOS NA  
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional  
Linha de pesquisa: Jurisdição e processos constitucionais

Orientador: Francisco Ivo Dantas Cavalcanti

Recife,  
Fevereiro de 2013.

Catalogação na fonte  
Bibliotecária Eliane Ferreira Ribas CRB/4-832

**A663e**

Araujo, Luiz Henrique Diniz

A efetivação judicial dos direitos sociais inscritos na Constituição da República Federativa do Brasil / Luiz Henrique Diniz Araujo. – Recife: O Autor, 2013.

129 f.

Orientador: Francisco Ivo Dantas Cavalcanti.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2013.

Inclui bibliografia.

1. Direitos sociais constitucionais - Brasil. 2. Brasil. [Constituição (1988)] - Direitos sociais. 3. Direitos sociais - Aplicabilidade - Efetivação judicial. 4. Direito constitucional. 5. Princípio da dignidade da pessoa humana - Brasil. 6. Direito - Interpretação constitucional - Aplicação - Direitos sociais prestacionais na Constituição do Brasil. 7. Direitos fundamentais. 8. Políticas públicas - Controle judicial - Brasil. 9. Direito social comparado. 10. Brasil. Supremo Tribunal Federal - Direitos sociais - Jurisprudência. 11. Mandado de segurança - Direitos sociais. 12. Mandado de injunção - Direitos sociais. I. Cavalcanti, Francisco Ivo Dantas (Orientador). II. Título.

344.81 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2013-006)

**Luiz Henrique Diniz Araújo**

**“ A Efetivação Judicial dos Direitos Sociais Inscritos na Constituição da República Federativa do Brasil”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/ Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de Concentração: **Teoria e Dogmática do Direito.**

Orientador: Dr. **Francisco Ivo Dantas Cavalcanti.**

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: \_\_\_\_\_

Professor Dr. **Sérgio Torres Teixeira** (Presidente)

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor Dr. **Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha** (1º Examinador interno/UFPE)

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor Dr. **André Vicente Pires Rosa** (2º Examinador interno/UFPE)

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Recife, 19 de fevereiro de 2013.

Vice-Coordenadora Profa. Dra. **Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza.**

A meus pais, Teresinha e Helvecio  
A Amanda  
A Maria Letícia e Isadora

## AGRADECIMENTOS

Primeiro, agradeço a meus pais, Teresinha e Helvecio, que sempre investiram na minha educação e me incentivaram ao estudo. A Amanda, pelo amor. A Maria Letícia, com um ano e alguns meses de vida, e a Isadora, ainda na barriga da mãe, pelo enorme espaço que já ocupam na minha vida. A meus irmãos, Luiz Eduardo e Maria Lúcia, pelo companheirismo, a Flaviana, minha cunhada, pela amizade, e a Alice, Livia e Lara, minhas sobrinhas, pela alegria que trazem à família.

A meus sogros, Lucena e Josélia, pelo incentivo e por me terem cedido um cômodo de sua casa para, durante seis meses, pesquisar e redigir este trabalho.

Agradeço, outrossim, a meu orientador, Prof. Francisco Ivo Cavalcanti Dantas, pela generosidade, pelo estímulo, pelas horas que dedicou à minha pesquisa e às obras que nunca se furtou a me ceder.

Aos Professores André Rosa, Leonardo Cunha, Sérgio Torres, Marcelo Labanca e Francisco Cavalcanti, que aceitaram participar da minha banca examinadora, sempre com sugestões valiosas que muito me serviram à vida acadêmica e a este trabalho.

A todos os demais professores do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco dos quais fui aluno ou que, de alguma forma, tiveram participação na elaboração deste trabalho e na minha formação acadêmica.

Ao Dr. César Caúla, que me emprestou obras de sua coleção particular da autoria de professores portugueses, que enriqueceram bastante o trabalho.

Ao amigo de quase vinte anos, Domingos Paiva, Doutor pela Universidade de Sorbonne (Paris I, França), que muito colaborou, desde a escolha do tema da dissertação, muito antes ainda do meu ingresso no Curso de Mestrado.

A Julio Dubeux, também amigo de longa data, pela enriquecedora troca de ideias.

Ao amigo Arthur Orlando Lins, professor de Direito Processual Civil, pelas opiniões e por me ter cedido várias obras para consulta.

A Zhang Li, professora na China, que me emprestou diversos textos sobre o Direito Constitucional Francês.

À Advocacia-Geral da União e à Escola da AGU, que me concederam dois meses de licença-capacitação, para dedicar-me exclusivamente a este trabalho.

Aos colegas da AGU Renato Vieira, Miguel Longman e Hudson Pinheiro, que providenciaram os encaminhamentos administrativos necessários à licença.

Às colegas do Curso de Mestrado em Direito, Ingrid Zanella, Roberta Araujo, Gina Gouveia e Renata Dayane, que muito me ajudaram, seja cedendo fontes de consulta, seja trazendo ideias para a pesquisa.

Por fim, neste agradecimento, mas não na importância, agradeço aos funcionários da Pós-Graduação em Direito da UFPE, na pessoa de Maria do Carmo de Aquino (Carminha) e de Gilka Santos.

ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. **A efetivação judicial dos direitos sociais inscritos na Constituição da República Federativa do Brasil**. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

## RESUMO

O trabalho estuda os direitos sociais inscritos na Constituição da República Federativa do Brasil, a sua imediata aplicabilidade e efetivação judicial. Começa abordando a formação do Estado Constitucional e a Constitucionalização dos Direitos Sociais. Estuda, em seguida, sob a ótica da hermenêutica constitucional, a ponderação de princípios, o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, para demonstrar que esses direitos são judicializáveis. O estudo também analisa a questão da efetivação judicial em relação à separação de poderes, bem como ao custo dos direitos e à reserva do possível. Nos dois últimos capítulos, analisa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema, bem como os instrumentos processuais que dizem mais diretamente com a efetivação judicial desses direitos: o mandado de segurança e o mandado de injunção.

Palavras-chave: efetivação judicial, direitos sociais, constituição.

ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. **Judicial effectivity of the social rights written in the Brazilian Constitution**. 129 f. Dissertation (Master's Degree of Law) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

#### ABSTRACT

The text analyses the social rights written in the Brazilian Constitution (1988) and their judicial effectivity. In the initial chapters, it discusses the origins of the constitutional states and the social rights constitutionalization. After that, regarding the constitutional interpretation, the text studies the balance of principles, the dignity of the human being and the *existenzminimum* from the German system, to show that the social rights can be judicialized. The study also discusses the separation of powers, as well as the cost of rights. The last two chapters study the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal), as well as two important procedural instruments directly linked to the social rights effectivity: the *mandado de segurança* and the *mandado de injunção*.

Keywords: judicial effectivity, social rights, constitution.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. RAZÕES PARA A ESCOLHA DO TEMA. A POSSIBILIDADE DA ANÁLISE CIENTÍFICA DO DIREITO. O DADO COMO LIMITE PARA O PESQUISADOR.....	9
1. Razões para a escolha do tema de pesquisa.....	9
2. A possibilidade da análise científica do Direito.....	10
3. A metodologia utilizada para o desenvolvimento do tema.....	11
CAPÍTULO I. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	14
CAPÍTULO II. DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONAIS: DIREITOS FUNDAMENTAIS DE 2. <sup>a</sup> GERAÇÃO COM CARÁTER PRESTACIONAL.....	18
1. Direitos de liberdade e direitos sociais. Os direitos sociais na Constituição da República Federativa do Brasil.....	18
2. Os direitos sociais são fundamentais?.....	22
CAPÍTULO III. A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS, O MÍNIMO EXISTENCIAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	30
1. A fluidez da interpretação jurídica.....	30
2. A concretização judicial das normas constitucionais.....	33
3. Os princípios como norteadores da interpretação.....	37
4. A interpretação dos direitos sociais, o princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial como princípios norteadores.....	43
CAPÍTULO IV. A DIMENSÃO SUBJETIVA DOS DIREITOS SOCIAIS E A SUA IMEDIATA APLICABILIDADE.....	48
CAPÍTULO V. O MITO DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA: DIFICULDADES PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	55
1. O mito da constituição dirigente e os direitos sociais.....	55
2. A constitucionalização simbólica e os direitos sociais.....	58
CAPÍTULO VI. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS PELO PODER JUDICIÁRIO.....	64
CAPÍTULO VII. A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS. MICROCOMPARAÇÃO COM OS DIREITOS COLOMBIANO, FRANCÊS, PORTUGUÊS, ALEMÃO E NORTE-AMERICANO.....	75
1. Direito Colombiano.....	76

2. Direito Francês.....	78
3. Direito Português.....	83
4. Direito Alemão.....	86
5. Direito Norte-Americano.....	88

CAPÍTULO VIII. A EFETIVAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL.....	91
------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

CAPÍTULO IX. O MANDADO DE SEGURANÇA, O MANDADO DE INJUNÇÃO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.....	97
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

1. O mandado de segurança e a efetivação judicial dos direitos sociais.....	97
2. O mandado de injunção, as omissões inconstitucionais e a efetivação dos direitos sociais prestacionais.....	100

CAPÍTULO X. A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	107
---------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

CONCLUSÃO.....	115
----------------	-----

REFERÊNCIAS.....	118
------------------	-----

# **INTRODUÇÃO. RAZÕES PARA A ESCOLHA DO TEMA. A POSSIBILIDADE DA ANÁLISE CIENTÍFICA DO DIREITO. O DADO COMO LIMITE PARA O PESQUISADOR.<sup>1</sup>**

## **1. Razões para a escolha do tema de pesquisa.**

A primeira causa para a escolha do tema desta dissertação é a intensa controvérsia no meio jurídico acerca da possibilidade ou não da judicialização dos direitos sociais constitucionais, tendo como pano de fundo o caráter fundamental desses direitos.

Como destaca SARLET (2009/10), no Brasil não se discute se o Poder Judiciário, presentes os pressupostos, pode ou não conceder uma ordem de *habeas corpus*, ou se pode ou não assegurar o direito à propriedade, sob o argumento de que não há uma estrutura normativa adequada disponível. Todavia, muitos questionam se é possível o Poder Judiciário, na ausência de regulamentação infraconstitucional, condenar o Estado ao fornecimento de prestações materiais. Essa é a primeira razão a demonstrar que a distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais não é apenas acadêmica, mas, ao contrário, está cercada de um relevante interesse prático.

Outra relevante razão para o estudo do tema está relacionada à segregação social que ainda existe de forma acentuada nos países de desenvolvimento tardio, como é o caso do Brasil. Na realidade brasileira, há um claro déficit de realização de direitos sociais.

Não é o espaço para que sejam tecidos diagnósticos sócio-econômicos, mas, apenas a título ilustrativo, matéria veiculada no Diário de Pernambuco (2011) dá conta de que o Brasil figura na pouco lisonjeira 84.<sup>a</sup> posição, entre 187 países, no que

---

<sup>1</sup> Quando se menciona, neste trabalho, constituição, entenda-se que se está a falar de constituição em teoria. Quando se menciona a constituição específica de um Estado Nacional, fala-se em Constituição do Brasil, Constituição da França, Constituição da Colômbia, entre outras mencionadas no trabalho.

concerne ao Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), anualmente divulgado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). O IDH mede o grau de desenvolvimento nacional em saúde, educação e renda (PNUD, 2012).

Entendeu-se, assim, que essas duas razões principais (viva controvérsia no meio jurídico acerca da possibilidade de efetivação judicial dos direitos constitucionais e a falta, no Brasil, de garantia de direitos sociais mínimos a uma grande parte da população) justificam a escolha do tema de pesquisa.

## **2. A possibilidade da análise científica do Direito.**

Este trabalho adota como um de seus pressupostos o entendimento de que a ciência não difere de outros âmbitos cognitivos, pois se vale de ações ou linguagem definidas por um critério de validade aceito pela comunidade, no caso, científica (MATURANA, 1998). Dessa forma, a metodologia se propõe a sistematizar os critérios de validade aceitos pela comunidade científica.

Entende-se, nesse sentido, a metodologia como um meio “para desenvolver teoria que está enraizada em informação sistematicamente recolhida e analisada” (SONEIRA, 2006), constituindo-se o dado em “um limite para o delírio”, na expressão de POSSENTI (2004). A análise do discurso concebe que os dados preexistem ao analista e que, dessa forma, o dado limita a divagação ou o “subjetivismo desvairado” (POSSENTI, 2004). No entanto, isso não quer dizer que o dado não possa ou não deva ser interpretado, ao contrário.

Nas palavras de ADEODATO (2011, p. 38):

Novas pesquisas sobre o cérebro humano apontam para um claro contraste entre como ele efetivamente lida com o ambiente e essa perspectiva, milenar e profundamente arraigada no senso comum, de que o mundo está lá para ser observado tal como é, “dado”. A psicologia da percepção também tem desempenhado papel importante, ao revelar que o dado é construído e que não existem propriamente ilusões e decepções perceptivas, o que implicaria uma experiência “correta”, mas sim diferentes percepções.

Como segundo pressuposto se admite nesta dissertação a *cientificidade do Direito*. Há certo entendimento de que não só o Direito, mas as assim chamadas ciências sociais, como gênero, carecem ainda do caráter científico. Dessa forma pensam, por exemplo, os individualistas metodológicos (AGUILLAR, 1999), que defendem que para dotar as ciências sociais de cientificidade, deve-se abandonar, entre outros, o método indutivo, a generalização e a pluralidade de respostas.

No entanto, esta dissertação admite que o Direito, construção social que é (CAMPENHOUDT, 2003), pode ser analisado cientificamente. Parte-se da concepção de JIMÉNEZ (2008) de que *para que um enunciado tenha caráter científico basta que seja racional e que seja dotado de um princípio que lhe confira coerência interna*. Como explica a autora, é uma concepção lata de ciência, que exige apenas que o conhecimento científico esteja “metodológica e sistematicamente organizado”.

Dito de outra forma, o Direito é ciência, porquanto um “conjunto organizado de conhecimentos, regidos por princípios e conceitos próprios”, dotado de um objeto próprio (BARROSO, p. 290, 2003).

O terceiro pressuposto deste trabalho, por sua vez, é que o Direito é linguagem dotada de unidade e comporta uma coerência interna; no entanto, não quer isso dizer que há a exigência de um único significado para os seus enunciados (STAMFORD DA SILVA, 2009).

### **3. A metodologia utilizada para o desenvolvimento do tema.**

A dissertação tenta partir da análise de teorias jurídicas que envolvem o tema da interpretação constitucional e da aplicação do Direito, particularmente dos direitos sociais prestacionais inscritos na Constituição do Brasil. Após, busca-se fazer uma análise de teorias referentes à força normativa da constituição (a constitucionalização

simbólica, por exemplo), bem como se trazem pontualmente decisões de algumas Cortes Constitucionais estrangeiras sobre a efetivação dos direitos sociais. Por fim, analisa-se o papel do mandado de segurança e do mandado de injunção na efetivação dos direitos sociais, no penúltimo capítulo, e, no último, estudam-se diversas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema da dissertação.

Procurou-se evitar o problema do *regresso epistêmico* (BURDZINSKI, 2007); por consequência, tentou-se ancorar as conclusões nas teorias adotadas (no campo da hermenêutica constitucional, da constitucionalização simbólica, da teoria dos custos dos direitos e da judicialização da política), bem como em decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal e de Tribunais Constitucionais estrangeiros. Dessa forma, pretende-se evitar o comum equívoco dos pesquisadores mencionado por BAUER e GASKELL (2004) quanto ao tamanho dos *corpora* da pesquisa, que por muitas vezes não serem bem delimitados, impedem uma análise adequada por parte do pesquisador.

O trabalho não se absteve de expor as críticas a seu entendimento, tentando pôr em prática a noção de que a ciência deve ser aberta ao questionamento de suas conclusões (OMNÉS, 1996). Conforme JIMÉNEZ (2008), ao explicitar o entendimento de POPPER, ancorado no falseamento, a crítica e a demonstração das evidências contrárias são essenciais à comprovação científica. Caso o argumento crítico prevaleça, demonstrando que a tese é equivocada, supera-se a tese; caso contrário, a tese se confirma.

Ao longo do seu texto, a dissertação demonstra que os direitos sociais constitucionais são fundamentais, imediatamente exigíveis, geram direitos subjetivos para os cidadãos e impõem obrigações para o Estado, independentemente de intermediação legislativa, entendimento que se verifica estar prevalecendo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Feita esta introdução, passa-se, em seguida, a desenvolver os tópicos da dissertação.

## **CAPÍTULO I. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.**

Apesar de desde a Idade Antiga se falar em constituição, essa expressão não tinha o significado jurídico presente no século XX, como um documento com a condição de lei superior que rege todo o ordenamento jurídico de um Estado. Àquele tempo, a expressão ou era mencionada pelos filósofos ou tinha meramente um caráter político, como era o caso da Constituição de Atenas (DALLARI, p. 28).

O aparecimento da constituição em sentido jurídico é constatado na Inglaterra, na segunda metade da Idade Média. Haveria surgido quando, na tentativa de solucionar seus conflitos, pessoas poderosas alegaram que antigos costumes tinham força de impedir decisões contrárias (DALLARI, 2010, pp. 29 e 30).

Em um largo salto histórico, passamos ao século XVI, quando começaram a surgir “determinações normativas, incluindo leis e pactos formais, nas quais eram fixadas as regras fundamentais sobre determinados aspectos da vida social, inclusive o governo (...)” (DALLARI, 2010, p. 32). Esse era o embrião do que viria a ser a constituição escrita do século XVIII.

A constituição escrita não decorreu da elaboração de teóricos ou políticos, mas da realidade social. Dessa forma, não foi fruto de decisões de juristas, ou de decisões racionalmente planejadas. Assim, “a constituição de fato está nos fundamentos da Constituição em sentido jurídico” (DALLARI, 2010, p. 29).

As primeiras constituições escritas que apareceram na História no século XVIII, no sentido jurídico acima mencionado, consagraram os direitos de liberdade ou direitos individuais, de feição, em regra, negativa (sobre este tema se tratará com mais detalhes no próximo capítulo).

Representativa desse período e vigente ainda nos dias atuais é a Constituição dos Estados Unidos da América, consagradora de direitos fundamentais de primeira geração

(direitos de liberdade ou direitos fundamentais negativos), especialmente os patrimoniais (DALLARI, 2010, p. 231).

Como bem destaca NOVAIS (2010, p. 67), a essa época os bens jurídicos conhecidos hoje como direitos sociais (direito à saúde, à habitação, à educação, entre outros) talvez até fossem considerados essenciais, mas o cidadão-burguês da época podia buscá-los no mercado, pagando por eles. Assim, o cidadão não necessitava de uma especial proteção jurídica em relação a esses direitos. Além disso, havia um custo que possivelmente o estado burguês não podia ou não se dispunha a suportar.

Dessa forma (NOVAIS, 2010, p. 68):

Direitos fundamentais eram basicamente os direitos de liberdade, que garantiam ao cidadão-burguês uma esfera de liberdade e autonomia individuais livres da intervenção do Estado, e, esses direitos sim, necessitados de protecção jurídica contra um Estado que, pelo menos no plano da sua direcção política e administrativa, gozava ainda de uma autonomia resistente ao novo *peso* do órgão da *vontade geral*. Daí a importância concomitante da necessidade de *domesticação* de um tal Estado através do *império da lei*, aprovada pelo órgão da representação popular, e do princípio da legalidade da administração. (grifos do autor)

Os direitos sociais só foram reconhecidos em plano constitucional pioneiramente pela Constituição do México, em 1917, e pela Constituição da República Alemã (de Weimar, 1919), após a revolução industrial do século XIX, iniciada na Inglaterra, e como consequência das primeiras conquistas do movimento sindical.

Nessa época, também se desenvolveu uma concepção característica do constitucionalismo do período pós-primeira guerra mundial, de que era preciso reposicionar a abrangência dos direitos fundamentais, alargando-se o conceito de cidadania e operando-se a alteração no conceito de dignidade da pessoa humana.

Sobre a Constituição do México de 1917, escreve REIS (2003, p. 20):

O famoso e extenso artigo 27 da Constituição mexicana, por exemplo, operou verdadeira reviravolta no regime da propriedade, que passou a experimentar a prevalência do interesse público. A nacionalização dos bens da Igreja e as normas referentes à reforma agrária e à definição da pequena e da grande propriedade, tudo isso dilatou o campo de incidência da Constituição, para além da formulação individualista dos direitos fundamentais (de liberdade).

A partir daquelas duas constituições consideradas como pioneiras, às quais DANTAS acresce as de 1921 da Polônia e da Iugoslávia (2007, p. 50), assistiu-se, em uma escala global, à ampliação do conceito material de constituição, com o reconhecimento dos direitos sociais (DANTAS, 2007, p. 13). No Brasil, essa categoria de direitos foi reconhecida pela primeira vez na Constituição de 1934 (KRELL, 2002, p. 19).

Sobre o assunto, ADEODATO menciona que (2011, p. 53)

A pouco e pouco foram-se atribuindo mais e mais tarefas ao Estado, a ponto de Jellinek já falar de um Estado “social” no século XIX, depois do “democrático”, um estado que precisa “cuidar” de seus cidadãos. Nos anos 1970, Bobbio, por sua vez, já menciona a passagem do Estado “garantista” para o Estado “dirigente” (*dirigista*) e a conseqüente metamorfose do direito de um instrumento de *controllo sociale* para um instrumento de *direzione sociale*.

Os direitos sociais (ou de segunda geração), como chamam a atenção MURCIA, SERRANO, BARRIOS E PATRÓN (2009, p. 40), decorreram em escala mundial de uma reivindicação própria do movimento socialista, cujos pensadores foram severos críticos da abrangência restrita dos direitos de primeira geração (ou direitos de liberdade).

Uma corrente mais radical, liderada por MARX (MURCIA, SERRANO, BARRIOS E PATRÓN, 2009, p. 40), propugnava que os direitos sociais não seriam úteis aos que não detivessem propriedade, uma vez que a proteção de direitos segundo o juspositivismo se prestava apenas à exploração capitalista.

Por outro lado, pensadores mais moderados como BLOCH, LASSALE E BERNSTEIN (MURCIA, SERRANO, BARRIOS E PATRÓN, 2009, p. 40) entendiam que os direitos sociais complementavam a proteção conferida aos cidadãos pelos direitos civis e políticos.

Esse modelo de constituição garantidora dos direitos sociais será um modelo bastante presente até os anos 1980, quando ganham força as teorias de tendência neoliberal (DANTAS, 2007, p. 48).

Em relação ao Direito brasileiro sob a Constituição de 1988, estudar-se-á com mais detalhes a distinção entre os direitos sociais e econômicos, de um lado, e os direitos de liberdade, de outro, bem como se é possível dizer que os primeiros demandam uma ação do Estado, em contraposição aos segundos, que impõem uma omissão estatal (DANTAS, 2007, p. 113).

Além disso, analisar-se-á se os direitos sociais podem ser efetivados pelo Poder Judiciário, independentemente de normas infraconstitucionais.

## **CAPÍTULO II. DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONAIS: DIREITOS FUNDAMENTAIS DE 2.<sup>a</sup> GERAÇÃO COM CARÁTER PRESTACIONAL.**

Cabe, neste Capítulo II, definir o que neste trabalho se entende por *direitos sociais*, bem como analisar se esses direitos podem ser qualificados como fundamentais.

### **1. Direitos de liberdade e direitos sociais.<sup>2</sup> Os direitos sociais na Constituição da República Federativa do Brasil.**

A definição dos direitos sociais é, por vezes, realizada em confronto com aquela outra espécie de direitos fundamentais, os direitos de liberdade. Dessa forma, a definição dos direitos sociais é feita destacando-se os pontos de divergência entre as duas espécies (NOVAIS, 2010, p. 36).

Assim, destaca-se, comumente, que os direitos de liberdade seriam autênticos direitos fundamentais e teriam natureza vinculativa; os direitos sociais, por outro lado, não seriam fundamentais nem teriam natureza vinculativa, segundo um determinado tipo de compreensão (NOVAIS, 2010, p. 36).

Para outra corrente, não há diferenças importantes entre essas espécies, sendo ambas abrangidas pelo conceito de direitos fundamentais e ambas detendo o atributo de ter efeitos vinculativos (NOVAIS, 2010, p. 36).

Além disso, não raro ocorre, em ordenamentos em que a própria constituição não estabelece a distinção entre as duas categorias de direitos, de se fundamentar a diferenciação em pactos internacionais no âmbito da ONU. Assim, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos trataria dos direitos de liberdade, ao passo que o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais enumeraria os direitos sociais (NOVAIS, 2010, p. 36).

---

<sup>2</sup> Nesta dissertação, emprega-se a expressão direitos sociais prestacionais para designar os direitos de segunda geração que implicam uma prestação por parte do Estado (DANTAS, 2007, p. 113) (em francês, *créances*, em alemão, *Leistungrechte*).

Mas, NOVAIS (2005, p. 37) destaca que esses critérios de diferenciação não são o de melhor técnica:

Porém, esta opção, justificada historicamente até no facto da influência que os Pactos tiveram na conformação do texto de novas Constituições, não parece a mais adequada no Direito Constitucional. Há que atender à necessidade dogmática de separar, em geral, direitos fundamentais no plano constitucional e direitos humanos no plano do Direito internacional e, por outro lado, qualquer ensaio de tratamento conjunto ou simplesmente paralelo dos *direitos humanos*, no plano internacional, e dos direitos fundamentais, no plano constitucional, negligenciaria o facto de que, pela sua própria natureza de pactos ou acordos internacionais, estes últimos documentos se orientam essencialmente, pelo menos numa primeira fase, pela consideração dos direitos enquanto obrigações de realização que impendem sobre os Estados e não como direitos subjectivos públicos do indivíduo face ao Estado.

Por essas razões e tendo-se em conta que a intenção, no âmbito do Direito Constitucional, é identificar as características dos direitos sociais enquanto direitos dos cidadãos em relação ao Estado, não se deve simplesmente transpor o sistema internacional de direitos humanos para a esfera intraestatal.

Como destacam HOLMES e SUNSTEIN, os direitos fixados em pactos internacionais são direitos “sem dentes”, pois não raro carecem de tribunais competentes para determinar a sua aplicação. Dessa forma, são direitos diferentes dos direitos previstos no âmbito de um Estado (HOLMES e SUNSTEIN, 2011, p. 36/7).

Não se pode desconsiderar, assim, que os pactos adotam por critério de diferenciação o objeto do direito. No Direito Constitucional, no entanto, mais interessa analisar as “eventuais diferenças de estrutura, de natureza e, conseqüentemente, de força vinculativa das posições jurídicas constitucionalmente protegidas de que, sustentados nesses direitos, os particulares usufruem no seu relacionamento com o Estado” (NOVAIS, 2010, p. 38).

Dessa forma, analisar-se-á se há diferenças de natureza ou de estrutura que justifiquem um tratamento da justiça constitucional em relação aos direitos sociais diferente daquele conferido aos demais direitos fundamentais (direitos de liberdade ou da primeira geração). Ou seja, se há razão que justifique, “da parte dos tribunais, diferentes densidades de controlo das actuações ou omissões dos poderes públicos e,

logo, diferentes força jurídica vinculativa e capacidade de resistência face ao Estado” (NOVAIS, 2010, p. 39).

Muitos autores defendem que a expressão direitos sociais designa “direitos fundamentais que dependem, para sua efetividade, do aporte de recursos materiais e humanos” (SARLET, 2007), e que demandam, em regra, uma atuação do Estado na direção da igualdade entre os cidadãos, tais como os direitos à educação, à saúde, à habitação, à assistência e à previdência social, entre outros. Os direitos de liberdade, ao contrário, imporiam uma omissão do Estado.

Todavia, o critério não é tão preciso, pois nem todos os direitos sociais impõem um agir estatal. Como ressalta MORAES (2009, p. 330), há direitos sociais que podem ser satisfeitos pela via da omissão, como é o caso do direito de greve (arts. 9.º, 37, VII, e 142, § 3.º, IV, da Constituição Federal).

Por outro lado, há direitos que não são classificados como direitos sociais e que demandam o aporte de recursos materiais e humanos, bem como a ação do Estado, como é o caso do direito ao voto.

HOLMES e SUNSTEIN (2011), ao demonstrar a sua tese de que os direitos de liberdade e os direitos sociais não diferem de uma forma tão visível como às vezes se imagina, citam o caso do incêndio em Westhampton (E.U.A.), em 26 de agosto de 1995, que, para ser debelado, demandou o esforço conjunto de forças locais e nacionais e o custo aproximado de 2,9 milhões de dólares.

Esse exemplo bem demonstra que a defesa da propriedade (direito classificado como de primeira geração) pode demandar a ação do Estado, bem como o aporte de vultosas somas.

Não se olvide, tampouco, o custo e a atividade estatal que representa todo o aparato burocrático voltado à defesa da liberdade e da propriedade, como é o caso, por exemplo, dos Tribunais.

Assim, para precisar adequadamente o conceito da expressão direitos sociais, é importante que se diga que são direitos sociais que têm por finalidade realizar o ideal da igualdade mediante a garantia do “mínimo existencial”<sup>3</sup> aos cidadãos, normalmente demandando um agir estatal.

Conforme leciona o professor Ivo DANTAS (2007, p. 112), os direitos sociais estão vinculados às chamadas *gerações de direitos*, sendo direitos de segunda geração, ou direitos de igualdade, enquanto os direitos de primeira geração são os direitos de liberdade.

Na Constituição brasileira de 1988, os direitos sociais estão previstos de forma difusa e assistemática. O art. 6.º dispõe:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Há, outrossim, o Título VIII, no qual estão os arts. 193 a 232, dispondo sobre a “Ordem Social”. Em seus oito capítulos, esse Título trata da seguridade social (capítulo II), da educação, da cultura e do desporto (capítulo III), da ciência e tecnologia (capítulo IV), da comunicação social (capítulo V), do meio ambiente (capítulo VI), da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso (capítulo VII) e dos índios (capítulo VIII).

Conforme ressalta DANTAS (2007, p. 114), em razão do § 2.º do art. 5.º e do *caput* do art. 7.º, deve-se admitir que existem outros direitos sociais “espalhados” pela Constituição Federal, entre eles alguns incisos do art. 37, arts. 38, 39 e 42, além dos direitos consagrados no Título VIII (saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, assistência aos desamparados, entre outros) (DANTAS, 2007, p. 114).

Conforme demonstrado, apesar de haver notas distintivas entre os direitos de primeira (direitos de liberdade) e os de segunda geração (direitos sociais), vê-se que não

---

<sup>3</sup> O conceito de “mínimo existencial” será melhor explorado no próximo capítulo.

há diferenças essenciais entre essas duas classes de direitos. Partindo-se dessa constatação, analisar-se-á, em seguida, se os direitos sociais podem, assim como os direitos de liberdade, ser classificados como direitos fundamentais.

## 2. Os direitos sociais são fundamentais?

Cabe fixar, de logo, a fim de se evitarem as confusões terminológicas, a diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos (SARLET, 2009/2010):

A propósito, convém registrar, desde logo, que o próprio Constituinte de 1988 consagrou expressamente esta distinção terminológica, o que já bastaria para que se a devesse levar a sério. Tal distinção – em que pese outros possíveis fundamentos – já encontra sua razão de ser na existência de diversos planos ou esferas de posituação, notadamente na constatação – chancelada por expressiva doutrina – de que o termo “direitos fundamentais” aplica-se para aqueles direitos da pessoa reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se atribuem ao ser humano como tal (hoje já reconhecendo-se a pessoa como sujeito de direito internacional), independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, revelando um inequívoco caráter supranacional.

Como destaca HESSE (2009, p. 26), os direitos fundamentais “iniciaram sua carreira triunfal no fim do século XVIII com as magnas Declarações de Direitos Humanos, os *Bill of Rights* na América e as Declarações francesas de 1789 a 1795”.

No pós-segunda guerra mundial, estabeleceu-se a consciência de que os governos ditatoriais que se propunham a corrigir graves problemas sócio-econômicos, na verdade, tinham ignorado os princípios jurídicos e levado a cabo graves agressões às pessoas. Essa consciência possibilitou a consagração da jurisdição constitucional e a passagem do Estado de legislação para o Estado de jurisdição, confirmando a ideia do Estado de Direito como Estado de direitos fundamentais (NOVAIS, 2006, p. 38).

Como registra AMARAL (2001, p. 99):

O tema dos Direitos Fundamentais tomou vulto após a hecatombe ocorrida durante a primeira metade deste século, associada à constatação de que o homem havia conseguido a capacidade de varrer da face da terra sua própria existência. Somando-se a condicionantes históricas que facilitaram em muito

a propagação de anseios e reivindicações fundadas em justiça, voltadas para o estabelecimento de elementos mínimos de garantia para uma existência digna que foram o acesso à cultura e instrução, a aglomeração urbana e as facilidades de comunicação decorrentes da revolução industrial, os direitos humanos entraram na ordem do dia do jurista, juntamente com o domínio da ideia-valor de democracia.

Os direitos fundamentais se apresentam como conteúdo essencial do Estado de Direito no seu mister de limitação ao poder político. Nesse sentido, os direitos fundamentais funcionam como uma força contrária ao princípio democrático, uma vez que podem fundamentar decisões judiciais contrárias às deliberações do Parlamento. Funcionam como expressão da força normativa da constituição e como um freio às forças majoritárias, por consistentes que sejam.

Nada obstante isso, a democracia é o ambiente que possibilita a existência dos direitos fundamentais, pois admite a existência de direitos intocáveis de titularidade dos cidadãos.

Nesse sentido, os direitos fundamentais funcionam como uma “armadura”, no dizer de NOVAIS (2006, p. 33), que não cede mesmo ante as pressões da maioria que está no exercício circunstancial do poder. Eles possibilitam às minorias “o mesmo direito que têm todos de escolher livre e autonomamente os seus planos de vida” (NOVAIS, 2006, p. 35). No caso dos direitos sociais prestacionais, são uma armadura ajustável às condições fáticas e jurídicas.

O *status* diferenciado de que desfrutam os direitos fundamentais nos ordenamentos que os reconhecem decorre de terem esses direitos surgido de um consenso qualificado. Dessa forma, a maioria que pretende posteriormente suprimi-los ou modificá-los deverá igualmente ser uma maioria qualificada, não uma mera maioria parlamentar.

Assim também em relação aos direitos sociais fundamentais. O modelo de direitos sociais adotado em diversos ordenamentos é expressão da ideia de que os direitos fundamentais são garantidos constitucionalmente, positivando-se a concepção de que a

aprovação ou não desses direitos não pode ser deixada à deliberação de uma mera maioria parlamentar (ALEXY, 1994, p. 465).

No entanto, como ressalta SILVA (2009, p. 77), a proteção aos direitos fundamentais de liberdade difere radicalmente da proteção dos direitos sociais prestacionais, o que, como exposto no tópico 1 acima, deve ser visto com temperamentos:

Se “proteger direitos sociais” implica uma exigência de ações estatais, a resposta à pergunta “o que faz parte do âmbito de proteção desses direitos?” tem que, necessariamente, incluir ações. “Proteger direitos”, nesse âmbito, significa “realizar direitos”. Por isso, pode-se dizer que o *âmbito de proteção* de um direito social é composto pelas *ações estatais que fomentem a realização desse direito*.

Analisando-se as relações entre Estado de Direito, democracia e direitos fundamentais, utiliza-se a interessante concepção de NOVAIS (2006, p. 17), com base em DWORKIN, no sentido de que o direito fundamental, em um Estado de Direito, é como um trunfo em um jogo de cartas. Dessa forma, o direito fundamental funciona como uma carta que tem valor superior às outras, levando o seu detentor a “vencer o jogo”.

No caso do Estado de Direito, (NOVAIS, 2006, p. 18), o direito fundamental é o trunfo conferido ao cidadão face ao Estado. No sistema democrático (baseado na regra da maioria), o direito fundamental pode ter a função de proteger o cidadão contra o Estado, o que, em última análise, pode significar conferir ao cidadão um “trunfo contra a decisão da maioria”.

Assim, os direitos fundamentais representam uma “desconfiança” para com o legislador (QUEIROZ, 2000, p. 13). Dessa maneira, a constituição representa uma manifestação da vontade suprema (do povo) em detrimento da vontade da maioria episódica (parlamentar).

Os direitos fundamentais, conforme expõe NOVAIS (2010, p. 58), apresentam um “duplo caráter”, a dimensão objetiva e a dimensão subjetiva. A primeira se apresenta

sob o caráter institucional, como garantias constitucionais juridicamente ordenadas e consagradoras de valores objetivos da ordem constitucional. A segunda, por seu turno, enfatiza o caráter jurídico-individual dos direitos fundamentais, garantindo aos seus titulares um direito subjetivo público.

Esse duplo caráter é a essência dos direitos fundamentais. Na perspectiva subjetiva, são direitos subjetivos públicos, enquanto na perspectiva objetiva, institutos. A perspectiva dos direitos fundamentais como direitos subjetivos é uma concepção mais comum, centrada na perspectiva dos direitos do homem, bem como de garantias jurídicas de liberdade e de autodeterminação.

Aqui se toma o aspecto objetivo dos direitos fundamentais sob a ótica da teoria social dos direitos fundamentais (NOVAIS, 2010, 65). Segundo essa teoria, ao lado da proteção intensiva dos direitos de defesa, há uma intenção de proteção extensiva, com a consequente ampliação qualitativa do objeto e do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Assim, o Estado tem um dever de prestar assistência aos cidadãos, bem como garantir a participação nas prestações e instituições estatais.

Os direitos fundamentais não ficam limitados ao seu caráter negativo, passando a garantir pretensões positivas, de forma a assegurar o mínimo existencial.

Como ressalta ADEODATO (2009.1, pp. 87 e 88), o campo semântico da expressão direitos fundamentais, em seu aspecto de direito positivo e no que concerne aos debates doutrinários, se ampliou bastante, abrangendo, entre outros, os direitos sociais. Quando se trata de direitos sociais prestacionais, fala-se de direitos fundamentais que envolvem um dever de ação por parte do Estado, tarefas a serem desenvolvidas normativamente pelos poderes legislativo, executivo e judiciário.

Assim, os direitos sociais são definições dos objetivos do Estado, ou seja, normas constitucionais que estabelecem tarefa e sentido presentes e futuros para o Estado,

limitando a liberdade do legislador, da administração e da jurisdição (HESSE, 1999, p. 91). Mas, são também uma garantia para o cidadão.

No entanto, há quem, como TORRES (2001, p. 282), discorde de que os direitos sociais sejam vistos como direitos fundamentais:

Os direitos sociais e econômicos estremam-se da problemática dos direitos fundamentais porque dependem da concessão do legislador, estão despojados do *status negativus*, não geram por si só a pretensão às prestações positivas do Estado, carecem de eficácia *erga omnes* e se subordinam a ideia de justiça social. Revestem eles, na Constituição, a forma de princípios de justiça, de normas programáticas ou de *policy*, sujeitos sempre à *interpositio legislatoris*, especificamente na via do orçamento público, que é o documento de quantificação dos valores éticos, a conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social, o balanço das escolhas dramáticas por políticas públicas em um universo fechado de recursos financeiros limitados.

Não se pode deixar de registrar, tampouco, o entendimento que nega a esses direitos o *status* de direitos fundamentais com base na análise econômica do direito. Conforme salientam ROSA e MARCELINO JR. (2009, p. 11), especialmente em HAYEK (um dos pensadores que lançou as bases da doutrina neoliberal), o Direito Constitucional é concebido como uma ordem que trata de normas gerais de conduta, mas não de normas justas, com conteúdo marcadamente ético.

Segundo essa linha de pensamento, os direitos fundamentais são exclusivamente os direitos de liberdade ou individuais, particularmente os que dizem com a propriedade privada. Os direitos fundamentais sociais, ao contrário, não fazem qualquer sentido, por demandarem uma ação do Estado, que leva a um indesejável crescimento desse ente, desequilibrando a espontaneidade da evolução.

Por outro lado, há os que defendem que os direitos sociais são direitos fundamentais, mas de um caráter “inferior” ao dos direitos de garantia ou liberdade, como explica AÑÓN (2008, pp. 21), ao escrever que a concepção mais tradicional é no sentido de que os direitos sociais são diferentes dos demais direitos fundamentais. Essa diferença, segundo os que a defendem, assenta em alguns pontos:

- a) os direitos sociais são, diversamente dos demais direitos fundamentais, direitos a uma prestação;
- b) assim, os direitos sociais demandam uma atuação estatal, diferentemente dos demais direitos fundamentais, ou de liberdade, que demandam uma não atuação estatal;
- c) os direitos sociais dependem, para a sua implementação, de leis ordinárias, diversamente dos demais direitos fundamentais, cuja efetividade decorre diretamente da Constituição.

Dessa forma, como expõe a autora, resta uma compreensão dos direitos sociais como “derechos rebajados o minusvalorados” (AÑÓN, 2008, p. 22).

Nessa mesma linha, de que os direitos econômicos, sociais e culturais são direitos fundamentais de uma categoria inferior, ALEXANDRINO (2007, P. 42), analisando o Direito Português (Constituição Portuguesa de 1976):

No plano analítico, há duas linhas principais de construção da distinção (que se podem referir como ‘critério da determinabilidade constitucional do conteúdo e da natureza dos condicionamentos que afectam a realização de cada tipo de direitos:

i) em primeiro lugar, a protecção dos direitos, liberdades e garantias está associada ao carácter de direitos subjectivos (e o conteúdo jurídico destes direitos depende apenas de uma *concretização interpretativa* da Constituição); ao invés, a protecção dos direitos económicos, sociais e culturais está associada a um dever do legislador na respectiva promoção (estando o respectivo conteúdo dependente de uma concretização política da Constituição);

ii) em segundo lugar, a protecção dos direitos, liberdades e garantias constitui uma obrigação permanente, irrecusável e incondicionada do Estado (sem essa protecção ficaria afectada a própria existência de uma sociedade aberta e diferenciada) – são claramente direitos fortes; diversamente, a realização dos direitos económicos, sociais e culturais depende não só do debate político como de factores materiais que o Estado em grande medida não domina – por essa via, pode-se falar em direitos fracos (por estarem sob reserva do possível, por terem um conteúdo indeterminado e por dependerem de uma realização necessariamente móvel e gradual).

Um dos fortes argumentos contrários a esse entendimento de que os direitos sociais são direitos fundamentais defende que os direitos sociais constitucionais têm por característica uma “indeterminabilidade congénita”. Por essa razão, segundo essa linha de argumentos, não há meio de, por interpretação, definir o conteúdo preciso dessa

categoria de direitos e, conseqüentemente, identificar quais as obrigações do estado no que lhes concerne (NOVAIS, 2010, p. 141).

Neste trabalho, no entanto, adota-se a compreensão de que os direitos sociais são direitos fundamentais de categoria tão elevada quanto aquela dos direitos de liberdade, uma vez que, conforme já demonstrado no subitem 1 supra, essas duas classes de direitos não apresentam qualquer distinção que justifique uma diferença de tratamento.

No entanto, não se deixa de reconhecer que assume relevo importante a questão da busca da efetividade dos direitos sociais, ou seja, a inconsistência de tais direitos no plano fático (ADEODATO, 2009.1, p 88), problema que em nossa realidade é agravado por razões sócio-jurídicas, destacadas por OLIVEIRA (2009, p. 121/2).

Conforme KRELL (2002, p. 49), os direitos sociais, segundo qualquer regra de interpretação que se adote, são direitos fundamentais e evidentemente não perdem essa característica em razão da circunstância fática de não serem adequadamente cumpridos.

Assim se pronuncia BONAVIDES (2007, p. 564) sobre os direitos fundamentais de segunda geração:

De juridicidade questionada nesta fase (início do século XX), foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Por essas razões é que BONAVIDES (2007, p. 565) defende que esses direitos tendem a se tornar tão judicializáveis quanto os de liberdade ou de primeira geração. Dessa forma, não se pode mais argumentar a favor de sua baixa normatividade, ou seu caráter programático, que retiram a sua efetividade. Assim, passa a ser superada a concepção de que tais direitos constitucionais têm uma aplicabilidade mediada pelo Poder Legislativo.

Nessa mesma linha, destacam SILVA e WEIBLEN (2007):

Todavia, conforme o artigo 5º, §1º da Constituição de 1988, que determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, não foi feita diferenciação no tratamento dos direitos fundamentais, sejam eles negativos ou positivos. Portanto, os direitos sociais, a princípio, teriam eficácia equivalente à das demais garantias fundamentais, e caberia ao operador do direito o dever de tornar esses direitos efetivos, através de um esforço hermenêutico inovador.

Dessa forma, a aplicação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário é possível (e dela se tratará ao longo do trabalho, especialmente nos dois últimos capítulos), pois se trata de efetivar os direitos fundamentais inscritos na constituição. Como ressalta MÂNICA (2007, p. 179): “Em verdade, não se trata de definição de políticas públicas (pelo Poder Judiciário), mas de simples respeito à Constituição”.

### **CAPÍTULO III. A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS, O MÍNIMO EXISTENCIAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.**

#### **1. A fluidez da interpretação jurídica.**

Os intérpretes muitas vezes não fundamentam suas decisões em um padrão argumentativo mais ou menos definido. Ao contrário, existe uma certa fluidez na interpretação jurídica, o que STRECK (2012) chama de “jogo interpretativo ad hoc” (STRECK, 2012). Se se quer julgar em determinado sentido, fundamenta-se no texto legal; se se busca outro sentido, fundamenta-se na ponderação de valores ou em outros instrumentos teóricos, desembocando uma certa falta de critérios.

SCHLIEFFEN (2011), ao tentar demonstrar como os conceitos e normas jurídicas são manipuláveis pelo intérprete, analisa seguinte exemplo:

No caso do “estudante de medicina extemporâneo”, decidiu um Tribunal Administrativo contra um autor que, após longa atuação no ramo de táxi, conseguiu se preparar em um curso noturno, na idade de 59 anos, se candidatou a uma vaga na Faculdade de Medicina com fundamento na Lei Federal de Assistência à Educação (BAfög). O tribunal fundamentou a sua rejeição no § 10 *Abs. 3 Satz 1* da lei. Segundo essa disposição, atinge-se a idade limite para financiamento ao se completarem os trinta anos de idade. Todavia, a *Satz 2* isenta os estudantes de escolas secundárias noturnas desse limite de idade; assim, o texto legal em si confere direito ao postulante. O tribunal decidiu, no entanto, em razão do “significado e propósito” da norma, por uma redução teleológica:

“Em consideração ao objetivo da lei, de incentivar os jovens, e à expectativa do legislador, de que a pessoa tenha tempo para exercer a profissão, a câmara faz, a partir das disposições do § 10 *Abs 3 Bafög*, uma redução teleológica. Dessa forma, a assistência será recusada em qualquer caso, se o aluno, ao terminar os estudos, estiver com mais de 65 anos e, assim, tiver atingido o limite de idade genérico para a aposentadoria.”

Essa argumentação do Tribunal Administrativo Alemão fundamenta a decisão “o autor não tem direito ao subsídio para a educação” e “o pedido deve ser indeferido”. No entanto, não é isso o que a Lei Geral da Educação Alemã dispõe, mas exatamente o contrário: que os alunos de escolas secundárias noturnas podem receber o subsídio

independentemente da idade. Assim, o Tribunal Administrativo “construiu” uma argumentação para chegar a conclusão oposta ao que dispõe a lei.

SUNSTEIN (2005, p. 7), por sua vez, analisa como a Constituição dos Estados Unidos foi interpretada de forma diversa, mesmo discrepante, ao longo do tempo:

Os Estados Unidos são governados por uma única Constituição? Quase todos pensam que sim. Mas, em certo sentido, eles estão errados. Como sugere o juiz Ginsburg, nossas divergências políticas produzem mudanças fundamentais na nossa Carta Política. Com a eleição de um novo presidente, o significado da Constituição muda dramaticamente, alterando os nossos direitos e instituições mais básicos.

Demonstrando sua tese, SUNSTEIN (2005, p. 63) explica, referindo-se à realidade dos Estados Unidos da América, que o entendimento original sobre o mesmo texto constitucional poderia levar às seguintes conclusões, consideradas absurdas nos dias de hoje:

- discriminação pelos estados em matéria de gênero seria inteiramente aceitável. Se um estado proibisse as mulheres de exercerem certas profissões, não haveria qualquer problema de inconstitucionalidade;
- o governo federal poderia discriminar levando em consideração a característica racial. Assim porque a Cláusula da Igualdade da 14.<sup>a</sup> Emenda, que é a cláusula que proíbe a discriminação racial, por seus termos literais, apenas se aplicaria aos estados-membros, não ao governo federal. Dessa forma, por uma interpretação à época da edição da Emenda, poder-se-ia entender que o governo federal poderia implantar uma política de segregação nas escolas públicas, nas forças armadas *etc.*;
- os estados poderiam estabelecer igrejas oficiais;
- seria possível a esterilização de criminosos.

Verifica-se, assim, a grande relevância de se identificarem/estabelecerem os princípios que possam levar a uma maior coerência interpretativa. Essa relevância talvez

seja ainda maior no caso de Direitos Fundamentais, comumente contidos em enunciados pouco delimitados e com baixa densidade normativa.

Com fundamento nessas constatações, (a) de que é possível haver mais de uma interpretação para um mesmo problema jurídico e (b) de que é importante haver critérios para que se chegue a uma decisão mais adequada ou a decisões mais adequadas é que se tenta, neste capítulo, com base na análise dogmática da interpretação (hermenêutica jurídica), estudar a possibilidade de um método ou de métodos de interpretação.

Na seara do Direito Constitucional, a interpretação toma um caráter especialmente importante, dado o caráter amplo e aberto das normas constitucionais. Desse modo, os problemas de interpretação aparecem com uma frequência maior do que em outros ramos do Direito, problema potencializado ainda mais nos ordenamentos dotados de uma jurisdição constitucional ampla (HESSE, 2009, p. 102).

Conforme registra MORAIS (2011, p. 225), “a Constituição, sendo lei, carece de um método jurídico para ser interpretada, sem prejuízo da existência de especificidades interpretativas próprias”.

SOUSA (1994, p. 19) tece em relação aos “conceitos indeterminados” do Direito Administrativo (“idoneidade”, “aptidão”, “ordem e segurança públicas” *etc.*) um raciocínio que entendemos inteiramente aplicável à questão da interpretação constitucional:

Estamos perante um dos mais sérios problemas com que se defronta a teoria e a prática do direito administrativo moderno. Efetivamente, de há largas décadas que a interpretação e aplicação destes chamados “conceitos indeterminados” está no centro de uma ampla e cerrada discussão doutrinal – particularmente quanto ao seu controlo jurisdicional – a qual está longe de chegar ao fim. As inúmeras e grandes dificuldades que a este propósito se suscitam são evidenciadas pelas vastíssimas e mais ou menos frustradas tentativas que de há muito, e um pouco por toda a parte, têm sido feitas para a sua resolução.

Apesar desse inconveniente dos conceitos jurídicos indeterminados, todavia, como aponta MARINONI (2010, p. 87), esses conceitos se prestam à dinâmica da adaptação do Direito à realidade, pela via da criação judicial do Direito, uma vez que é

impossível ao Poder Legislativo ou ao Poder Constituinte fixar no quadro normativo todas as possibilidades do “mundo dos fatos”.

## 2. A concretização judicial das normas constitucionais.

A tendência à superação do Positivismo Jurídico a partir da década de 50 do século XX leva ao reconhecimento do Direito judicial como produtor de normas autônomo e paralelo do Poder Legislativo. Esse fenômeno produziu considerável valorização do poder do juiz.

Como destaca CAPPELLETTI (1999, p. 21):

Especialmente no fim do século passado (séc. XIX) e no curso do nosso (séc. XX), vem se formando no mundo ocidental enorme literatura, em muitas línguas, sobre o conceito de interpretação. O intento ou o resultado principal desta amplíssima discussão foi o de demonstrar que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só à interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana, como a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia *etc.*

Quando se trata de interpretação da constituição, a limitação ao texto positivado pode ser vista como um comportamento enclausurante, que reduz o Direito à norma. A proposta é um agir interpretativo diferente, que confira às normas constitucionais uma significado ampliativo do seu texto, com incremento inclusive para a efetividade do texto constitucional.

ROCHA aborda a questão (2008, p. 217):

Os modernos métodos de interpretação constitucional caracterizam-se pelo abandono do formalismo clássico e pela construção de uma hermenêutica material da Constituição. Ensina Canotilho que, atualmente, a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas filosóficas, metodológicas, epistemológicas diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares, o que confirma o caráter unitário da atividade interpretativa.

Parte-se, então, da constatação de HESSE (2009, p. 12), no sentido de que muito mais importante do que a vontade dos constituintes, para a efetivação da constituição, é a

disposição da sociedade (governantes e governados) para aceitá-la como imperativa e para lhe dar a interpretação mais adequada à sua efetividade.

Não se pode perder de vista, tampouco, que a função da constituição hoje é diferente da que teve nas suas origens. Com efeito, no século XVIII, era essencialmente a de limitar um poder estatal absoluto, constituindo, assim, um poder previamente limitado e democraticamente legítimo (HESSE, 2009, p. 16).

Hoje, a função da constituição é mais do que isso, apresentando-se não só como um instrumento para garantir a liberdade dos cidadãos, mas também uma vida digna. Assim, os direitos fundamentais não devem apenas garantir a inexistência de um Estado absoluto, mas um programa a ser eficazmente executado e que assegure aos cidadãos acesso a serviços e prestações estatais que lhes possibilitem usufruir de uma ordem justa e a políticas de compensação social.

KRELL (2002, p. 71), nesse sentido, afirma um sério obstáculo à “proteção mais efetiva dos Direitos Fundamentais no Brasil é a atitude ultrapassada de grande parte dos juristas para com a interpretação constitucional, cuja base até hoje consiste no *formalismo* jurídico”. Essa forma de interpretar, conforme analisado acima, decorre do Jus-Positivismo e prestigia a operação meramente lógica, em detrimento dos fins que deve buscar a atividade do intérprete e da consideração da realidade social subjacente.

CAPPELLETTI (1999, p. 21) destaca que o mais importante não é a dicotomia evidente entre interpretação e criação do Direito. O mais importante é enfrentar o problema “do *grau de criatividade* e dos *modos, limites e aceitabilidade* da criação do direito por obra dos tribunais judiciários”.

Tenta-se de certa forma reinterpretar o Poder Judiciário, abandonando a visão de que é um mero defensor objetivo e independente da Ordem Constitucional. Na verdade, assume-se aqui o Juiz Constitucional como uma “contra-estrutura instituída”, um “contra-poder”, contra as maiorias episódicas (QUEIROZ, 2000, p. 14).

No Brasil, especificamente, a Constituição Federal de 1988, com o reconhecimento de inúmeros princípios, conferiu ao juiz uma ampla possibilidade de fundamentação de suas decisões. Essa margem de liberdade do juiz inexistia anteriormente e rompe com a doutrina clássica, que propugna que o juiz é um aplicador da norma ao fato, em uma operação silogística.

Além dos aspectos suscitados acima, deve-se ter em conta que a constituição não pode ser interpretada como uma categoria estritamente jurídica, apartada de seu caráter político. Assim, devem-se considerar as questões políticas como determinantes e resultantes da Constituição (BERCOVICI, 2010, p. 96).

A ser vista a constituição como uma mera realidade jurídica, reduz-se a democracia a um mero princípio, com prejuízo à efetivação da constituição e à implantação adequada dos direitos fundamentais no plano fático. Não se pode perder de vista que a adequada implantação da constituição decorre de uma *luta* de interesses.

Não se pode esquecer, como destaca DANTAS (2007, p. 34), que a constituição, em seu sentido jurídico, “é a positivação do Direito, que, por sua vez, nutrirá a Ideologia Constitucional daquele momento”. Dessa forma, a constituição incorpora os valores de dada sociedade em seu texto e, além de diploma jurídico, é um “fato social” (p. 37).

Com a finalidade de limitar a prevalência da vontade no ato processo interpretativo, não basta aceitar a ultrapassagem do Positivismo como ciência jurídica. Muito mais do que isso, é necessário construir uma Teoria da Constituição, um “discurso sobre o método” (*juristische Methodik*), um conceito conjunto que “compreende uma dogmática jurídica, uma metodologia” (QUEIROZ, 2000, p. 19). Assim, a interpretação visa não a um fim qualquer, mas a um fim correto, justo e adequado.

Na busca por esse método de interpretação da constituição, HÄBERLE (2002, p. 13) sustenta que deve ser um método que contemple intérpretes não apenas ligados aos órgãos estatais encarregados de aplicar a constituição, mas também a sociedade:

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

E desenvolve sua tese, dizendo que quem vive a realidade da norma necessariamente a interpreta ou a co-interpreta – “*Wer die Norm ‘lebt’, interpretiert sie auch (mit)*”. Assim, há uma interpretação anterior à interpretação judicial, realizada por diversos atores sociais (“*Im Vorfeld juristischer Verfassungsinterpretation der Richter*”).

Evidentemente, nesse sentido, não é possível se falar em um método interpretativo, uma vez que se trata de uma interpretação espontânea, não programada. O método só seria possível quando se tratar de uma interpretação intencional, consciente e deliberada.

Mas, na sociedade aberta, estão em ação as forças produtivas de interpretação (“*interpretatorische Produktivkräfte*”), que envolvem os agentes que realizam interpretação espontânea e os agentes que realizam interpretação programada e deliberada.

É importante ressaltar que a tese de HÄBERLE leva a repercussões no âmbito da interpretação material da constituição. Isso porque o Direito Constitucional material – “vívido” – decorre de diversas funções “corretamente” executadas pelo legislador, pelo juiz constitucional, pela opinião pública, pelo cidadão, pelo governo, pela oposição *etc* (2002, p. 52).

Em uma perspectiva funcional-processual, a adoção de um procedimento “correto” pelos diversos atores pode levar a decisões diversas. Então, a interpretação

“correta” decorrerá de “cada órgão, do procedimento adotado, de sua função e de suas qualificações” (2002, p. 52).

O que se pretende demonstrar em seguida é que, apesar das complexidades acima expostas no que concerne à interpretação da constituição, há princípios que podem de certa forma limitar a vontade no ato de interpretar, conferindo uma maior coerência na aplicação das normas constitucionais, especificamente, para o nosso estudo, das normas que albergam direitos sociais.

### **3. Os princípios como norteadores da interpretação.**

Neste tópico, releva analisar como é possível reduzir a margem da vontade na interpretação das normas jurídicas a partir da aplicação dos princípios.

DWORKIN (1978, p. 81) defende uma teoria para os casos difíceis (*hard cases*), dizendo que mesmo quando não há uma regra clara aplicável ao caso concreto, uma das partes terá direito a vencer a causa. Cabe, então, ao juiz, mesmo em tais *casos difíceis*, descobrir quais são os direitos das partes, não inventá-los retrospectivamente.

A teoria de DWORKIN não se propõe a criar regras para que se encontre a *única solução possível para os casos difíceis*. Na verdade, a teoria supõe que advogados e juízes discordarão sobre os direitos e tenta demonstrar que perguntas devem ser feitas, mas sem se comprometer com a hipótese de que todos encontrarão o mesmo resultado.

Embora trate assim a questão, sob a ótica de que é natural que os atores envolvidos na interpretação constitucional cheguem a conclusões diversas, até mesmo antagônicas, diante de um caso concreto, DWORKIN (1978, P. 279) defende que existe sempre uma única resposta correta para questões complexas envolvendo o Direito e a

moralidade pública. Assim é porque o resultado não é uma escolha, mas uma decisão guiada pela razão.

Essa concepção de que a solução jurídica é uma decisão guiada pela razão também é a adotada neste trabalho. Em relação à interpretação dos direitos sociais inscritos na Constituição do Brasil, demonstrar-se-á que a interpretação racional está ligada à influência dos princípios.

Um ponto que releva abordar, relacionado diretamente ao tema da dissertação, é a diferença entre normas-regra e normas-princípios. EGAS (2011, pp. 58 e ss.) traz interessante definição sobre esses conceitos. Explica que o Direito Constitucional anterior ao Estado Constitucional contemporâneo se estruturava como um Direito por regras, enquanto, atualmente, se estrutura como um Direito por princípios. Essa é uma realidade que faz bastante diferença para a proteção judicial dos direitos e para a interpretação das normas constitucionais.

Tanto os princípios como as regras são normas de direito positivo e têm a finalidade de criar direitos subjetivos. Mas, quais são as diferenças entre umas e outros?

As regras se organizam com hipóteses e preceitos de conduta, dizendo como se deve, não se deve ou se pode agir em situações concretas, determinadas e específicas. Normalmente, as regras estão presentes em diplomas legislativos, sem prejuízo, no entanto, de sua presença em constituições.

Os princípios, por sua vez, estão contidos em normas constitucionais por excelência. Não contêm a hipótese como elemento estrutural, apenas contendo o preceito de conduta.

Essa diferenciação entre regras e princípios enseja grandes diferenças em relação à interpretação.

Assim, segundo ensina EGAS (2011, pp. 60/1), a interpretação das regras deve obedecer aos métodos da Ciência do Direito, uma vez que se tentam explicar as palavras utilizadas pelo legislador na formulação do preceito de conduta.

Por outro lado, a interpretação dos princípios não requer a aplicação de nenhum método especial; os princípios apenas implicam uma tomada de posição frente a eles, merecendo a adesão do destinatário ao valor que expressam.

Conforme ressalta ALEXY (2008.2, p. 85), o ponto fundamental de distinção entre regras e princípios é que esses últimos impõem o seu cumprimento deve ser realizado na máxima medida da possibilidade fática e jurídica. A possibilidade jurídica é o limite entre princípios e regras em colisão.

As regras, por sua vez, são satisfeitas ou não satisfeitas, na medida do que elas exigem. Assim, contêm “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (ALEXY, 2008.2, p. 91).

Segundo o autor, o conflito entre regras se resolve tão-somente se há uma outra regra eliminando o conflito ou se uma das regras em choque for declarada nula. Já no caso da colisão de princípios, um deles tem que ceder. Todavia, não há necessidade de regra de exceção de conflito, tampouco que um princípio ceda em benefício do outro. Um dos princípios, dadas determinadas condições, deverá ceder.

Dessa forma, pode-se dizer que os conflitos entre regras se resolvem na dimensão da validade, enquanto os conflitos de princípios se revolvem na dimensão do peso nas circunstâncias concretas.

Uma outra distinção fundamental entre regras e princípios é que esses últimos se concretizam por um processo de “densificação sucessiva”, no qual interagem princípios mais específicos e subprincípios, até atingir a concretização das regras (SARMENTO, 2001, p. 51).

Além disso, como corolário do princípio da coerência interna, o sistema não admite antinomias entre regras, o que não ocorre com os princípios. Esses, como dito acima, podem representar soluções antagônicas no caso concreto sem qualquer dano à unidade do ordenamento jurídico (SARMENTO, 2001, p. 53).

SARMENTO (2001, p. 56) sugere uma técnica de ponderação no caso concreto:

Ao realizar a ponderação, deve o aplicador do Direito, em um primeiro momento, verificar se o caso concreto está efetivamente compreendido na esfera de proteção de mais de um princípio, o que pode ser feito através da interpretação dos cânones em jogo. Caso se constate que a hipótese realmente é tutelada por mais de um princípio, passa-se à fase ulterior, da ponderação propriamente dita: aí o intérprete, à luz das circunstâncias concretas, impõe ‘compressões’ recíprocas sobre os bens jurídicos protegidos pelos princípios em disputa, objetivando lograr um ponto ótimo, onde a restrição a cada bem seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro.

De qualquer forma, a compressão mencionada acima não deve chegar ao ponto de ferir o núcleo essencial do princípio. Todavia, há casos em que os princípios se contrapõem e se faz necessário renunciar a um deles. Veja-se o exemplo abaixo, trazido por SARMENTO (2001, p. 61):

(...) um jornal descobre que certo político importante é homossexual e planeja publicar reportagem sensacionalista a tal respeito. O político toma conhecimento deste plano, e, antes da publicação, propõe medida judicial postulando a proibição da reportagem, ao argumento de que ela viola o seu direito de privacidade, e que se for publicada ocasionará dano moral impassível de recomposição por via patrimonial. O jornal defende-se com base no princípio que assegura a liberdade de imprensa. Ao juiz do caso, então, restarão duas alternativas: vedar a reportagem, prestigiando o direito à privacidade em desfavor da liberdade de imprensa, ou permitir a publicação, consagrando a liberdade de imprensa em detrimento do direito à privacidade. *Tertium non datur.*

Neste contexto, a Hermenêutica Constitucional se vale de novos signos a serem trazidos a lume pelo Juiz Constitucional, tais como “limitação” e “restrição” de direitos, “conteúdo essencial” e a “ponderação de bens”, dentre outros.

A ponderação de princípios, operação que leva a delimitações dos princípios quando de sua aplicação no caso concreto, nem sempre é possível em tese, ou seja, nem sempre é

possível fazer delimitações no sentido e no alcance de cada princípio abstratamente para, assim, evitar os conflitos nos casos concretos. Em muitas questões constitucionais, há a possibilidade de aplicação de princípios diversos, cada um oferecendo uma solução que pode até mesmo ser oposta ou incompatível com a oferecida pelos outros.

Para HESSE (1991), o objetivo da interpretação apenas relativamente pode consistir na tentativa de revelar a vontade preexistente na constituição. É que não se pode presumir que a constituição ou o constituinte tenham tomado uma *decisão prévia para todas as questões controversas* que pudessem surgir no futuro. Mas se pode supor ao menos que tenham se limitado a imaginar alguns *pontos de apoio* para a tomada futura dessas decisões. Dessa forma, onde não se definiu nada de modo inequívoco não é possível revelar uma *vontade autêntica*.

Um dos princípios citados por HESSE (2009, p. 136) como fundamentais à preservação da força normativa da constituição é o princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Assim, a “interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”. Dessa forma, a constituição pode se converter em “força ativa que influi e determina a realidade política e social” (HESSE, 2009, p. 137).

Tomando em consideração as ponderações expostas ao longo deste capítulo, cabe a pergunta: é possível um método para interpretar os direitos sociais constitucionais? Esse método deverá levar a uma melhor promoção do o bem estar dos cidadãos mediante custos suportáveis pelo Estado?

DWORKIN (2002, p. 307), especificamente tratando do direito à saúde, lança uma reflexão intrigante, que pode ser aplicada aos demais direitos sociais: qual o nível de assistência à saúde que uma sociedade decente deve disponibilizar a cada cidadão? Não deve o Estado ser obrigado a prover os cidadãos dos cuidados que o mais rico pode

ter. Como estabelecer o nível mínimo de dignidade na assistência à saúde? É uma questão difícil de ser resolvida.

Assim, lança DWORKIN (2002, p. 310) outra pergunta: alguém *precisa* de um tratamento que *pode* salvar sua vida, mas que é altamente improvável que consiga atingir a sua finalidade? A necessidade de uma pessoa em relação a um tratamento que possa salvar a sua vida é afetada pela qualidade que a sua vida teria se o tratamento fosse bem sucedido? A idade do paciente é relevante, ou seja, um idoso merece o mesmo tratamento que uma pessoa jovem? Porquê? Como equilibrar a necessidade de muitos para aliviar suas dores ou incapacidades contra a necessidade de poucas pessoas em relação a tratamentos que podem salvar suas vidas?

Outra questão importante sobre o tema é baseada no conceito de igualdade de oportunidades, trazido por BOBBIO (1995, p. 26). Segundo BOBBIO, o princípio de igualdade de oportunidades elevado a princípio visa a colocar todos os membros de uma determinada sociedade na condição de participar da vida social partindo de condições iguais. Mas, à medida que não é economicamente possível fornecer a todos os que demandem direitos sociais os provimentos de que necessitam, fornecer a uns e não a outros não geraria uma situação anti-isonômica?

A questão é complexa, como explicita BOBBIO: em matéria de educação, é suficiente o livre acesso a escolas iguais? Mas a que escolas e de que grau? Deve-se instituir uma medida de desigualdade para promover a igualdade? Trazendo para o nosso caso, então, deve-se considerar a capacidade econômica do demandante para se estabelecer se terá direito ou não à concessão judicial de um direito social?

Vê-se, assim, que a interpretação dos direitos sociais é carregada de complexidades e questões éticas, que demandam a adoção de um/alguns princípio(s) norteadores.

Cabe trazer, outrossim, o que explicita NOVAIS (2010, p. 66), no sentido de que a partir da objetivação do conceito de direitos fundamentais, há uma superação do plano da relação jurídica do binômio Estado/indivíduo. Assim, os direitos fundamentais passam a ser vistos como valores objetivos da ordem jurídico-constitucional, devendo se compatibilizar com outros valores constitucionais. Por consequência, passa a surgir uma discussão em torno dos métodos, em decorrência do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Dessa forma, há uma libertação dos direitos fundamentais em relação ao conceito de direito subjetivo, passando a ser necessário levar em consideração o seu peso e valor relativo em relação ao peso e valor de outros bens constitucionalmente protegidos, com os quais podem entrar em colisão.

É necessário, então, que o intérprete se utilize de um método para compatibilização dessas normas-princípio, com o recurso à ponderação, à valoração, mediante a participação da Justiça Constitucional e a reavaliação da visão clássica sobre a separação dos poderes.

Assim, a interpretação valorativa envolve a flexibilização da literalidade do texto. Todavia, a valoração “não deve ser *subjetiva* no sentido de se basear sobretudo na subjetividade do operador, mas *objetiva* enquanto confira prevalência aos valores que o sistema jurídico integra” (KRELL, 2002, pp. 82/3).

#### **4. A interpretação dos direitos sociais, o princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial como princípios norteadores.**

Conforme demonstrado no tópico precedente, os princípios funcionam como um norte interpretativo, pois têm por característica se irradiar por todo o sistema, influenciando na interpretação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais.

Como leciona SARMENTO (2011, p. 50),

Os princípios, na acepção clássica, constituem os mandamentos nucleares do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o setor do ordenamento em que radicam. Revestem-se de um grau de generalidade e de abstração superior ao das regras, sendo, por consequência, menor a determinabilidade do seu raio de aplicação. Ademais, os princípios possuem um matiz axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam.

Conforme KRELL (2002, p. 81), com a superação do Jus-Positivismo, ao qual ainda está apegada a maior parte da doutrina e jurisprudência brasileiras, o Pós-Positivismo parte do pressuposto do “Direito por princípios”, no qual a *valoração* goza de grande prestígio na interpretação de princípios fundamentais e normas principiológicas, inclusive irradiando (*ausstrahlend*) para outros ramos do Direito, a exemplo do Direito Administrativo e do Direito Civil.

O autor ainda chama atenção para o fato de que essa *nova forma de interpretar* tem amplas condições de ser exercitada no Brasil, país onde *todos os juizes exercem jurisdição constitucional*.

O princípio de maior importância a pautar a interpretação dos direitos sociais é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º da Constituição Federal).

Segundo BARROSO (2010, p. 4),

A dignidade da pessoa humana, na sua acepção contemporânea, tem origem religiosa, bíblica: o homem feito à imagem e semelhança de Deus. Com o Iluminismo e a centralidade do homem, ela migra para a *filosofia*, tendo por fundamento a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo. Ao longo do século XX, ela se torna um objetivo *político*, um fim a ser buscado pelo Estado e pela sociedade. Após a 2ª. Guerra Mundial, a idéia de dignidade da pessoa humana migra paulatinamente para o mundo *jurídico*, em razão de dois movimentos. O primeiro foi o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista. O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos. Convertida em um conceito jurídico, a dificuldade presente está em dar a ela um conteúdo mínimo, que a torne uma categoria operacional e útil, tanto na prática doméstica de cada país quanto no discurso transnacional.

Como diz ainda BARROSO (2010, p. 10), consolidou-se no Direito a ideia de que para solucionar os *casos difíceis (hard cases)*, ou seja, aqueles para os quais o

direito positivo não oferece uma solução clara, é necessário abandonar os modelos de interpretação tradicionais e buscar elementos na filosofia moral e na filosofia política. Nesse contexto, os princípios, e em particular o princípio da dignidade da pessoa humana, ganharam, entre outros, o papel de guias do processo interpretativo.

Um outro ponto importante é que a dignidade da pessoa humana não é ponderável em relação aos demais princípios fundamentais; na verdade, detém um *status* superior, funcionando como “parâmetro de ponderação”, no caso de colisão entre outros princípios (BARROSO, 2010, p. 14).

Conforme NOVAIS (2004, p. 51), essa é a concepção jurídica do princípio, não a concepção moral. Como expõe o professor – tecendo em relação à Constituição Portuguesa um raciocínio que pode ser aplicado à realidade jurídica brasileira – a constitucionalização do princípio, sem perder a condição de valor moral legitimador da força normativa da Constituição, passa a ser um mandamento jurídico, vinculando todos os poderes do Estado.

Esse entendimento suscita a importante questão de saber quais os efeitos jurídicos concretos que decorrem dessa natureza.

Como expõe NOVAIS (2004, p. 51), no pós-segunda guerra mundial o princípio da dignidade da pessoa humana, dadas as experiências totalitárias anteriores e o impulso dado pelas Nações Unidas, floresceu como princípio jurídico.

Assim é que foi acolhido na Constituição Alemã de Bonn, tendo sido depois incluído em diversas constituições pelo mundo, como foi o caso da Constituição Portuguesa de 1976 (art. 1.º) e da Constituição Brasileira de 1988.

Escreve NOVAIS (2004, pp. 51/2) que:

Nessa qualidade, o princípio da dignidade da pessoa humana desenvolve consequências jurídicas em várias direções, designadamente enquanto tarefa ou obrigação jurídica a cargo do Estado e enquanto limite e parâmetro da sua atividade. Por outro lado, na medida em que é fim do Estado de Direito e princípio fundamental da sua ordem de valores, constitui-se igualmente em padrão identificador da natureza do relacionamento entre Estado e indivíduo, com enormes consequências, desde logo, na interpretação da natureza e alcance dos direitos fundamentais.

Diz ainda NOVAIS (2004, pp. 52/3) que o princípio da dignidade da pessoa humana “confere unidade de sentido explicativo ao chamado sistema constitucional de direitos fundamentais e orienta as margens de abertura e actualização do respectivo catálogo”.

Segundo analisa o professor ALEXANDRINO (2006, p. 312), referindo-se à Constituição Portuguesa, mas com ideias inteiramente aplicáveis à realidade constitucional brasileira, o princípio da dignidade da pessoa humana sobrepõe ao domínio dos direitos fundamentais, constituindo-se em “um elemento de base de toda a ordem constitucional”.

Assim figurando a dignidade da pessoa humana como elemento de base da Ordem Constitucional, ou, no caso da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como um dos fundamentos da República, já enunciado no artigo 1.º, pode-se entender que a organização política deve servir e assegurar “o *valor* da pessoa humana, nessa qualidade de *pessoa*, como titular por excelência de direitos e obrigações (...)” (ALEXANDRINO, 2006, p. 314).

E complementa, em esclarecedora passagem (ALEXANDRINO, 2006, p. 316):

Como princípio e regra constitucional, o seu conteúdo normativo parece dever corresponder ao cerne de uma parte substancial do sistema de direitos fundamentais, em particular ao cerne dos direitos, liberdades e garantias: por um lado, pelo conjunto de subprincípios (sejam materiais, adjectivos ou instrumentais) que o concretizam e complementam e em torno dos quais, a um segundo nível, ocorre a estruturação desse sistema; por outro, pelo fenómeno de sobreposição e recíproco esclarecimento entre o conteúdo dessa norma de base, por um lado, e a generalidade dos direitos fundamentais; por fim, uma vez que toda a ordem jurídica e toda a ordem constitucional estão estruturalmente orientadas ao respeito e à promoção da dignidade, é à sua luz que, em termos de unidade da Constituição, se procede à integração das exigências da liberdade com as exigências da realização dos demais bens constitucionalmente protegidos.

Entende-se aqui como uma visão inadequada compreender a dignidade da pessoa humana como um princípio de feição meramente negativa. Ao contrário, a dignidade da pessoa humana, em uma concepção afinada com a máxima valorização do princípio consoante as exigências da sociedade moderna hipercomplexa, deve

fundamentar a criação de condições materiais para uma vida livre e em que esteja presente a possibilidade de bem estar.

Em relação a esse ponto, cabe referir que o entendimento de DANTAS (2007, p. 114) é o de que existe uma hierarquização interna da própria Constituição Brasileira, segundo a qual os direitos fundamentais estão em um plano de *superioridade* em relação às demais normas constitucionais.

O princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta o direito a um padrão mínimo de existência digna, significando que o indivíduo não pode ser privado do mínimo e, mais ainda, que goza de direito a prestações que assegurem esse padrão (NOVAIS, 2004, p. 64).

Como registra TORRES (2001, p. 266):

*Os mínimos sociais*, expressão acolhida pela Lei n.º 8.742/93, ou *mínimo social (social minimum)*, da preferência de John Rawls, entre outros, ou *mínimo existencial*, de larga tradição no direito brasileiro e no alemão, ou *direitos constitucionais mínimos*, como dizem a doutrina e a jurisprudência americanas, integram também o conceito de cidadania. Há 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.

Como explica ainda o professor, o mínimo existencial não tem um conteúdo predefinido. Na verdade, dadas as situações concretas é que se pode evidenciar se a pessoa vive ou não em um estado de pobreza atentatório à sua dignidade, ou seja, em um estado em que as condições de existência se situam em um nível afrontoso à aceitabilidade geral.

Também se deve ter em conta que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais envolve a ideia de um padrão mínimo de realização (NOVAIS, 2010, p. 76), a *Untermassverbot* do Direito Alemão. Caso não se atinja o padrão mínimo, entende-se que há a violação da norma constitucional, surgindo o direito do indivíduo ao provimento do padrão mínimo pela via judicial.

#### **CAPÍTULO IV. A DIMENSÃO SUBJETIVA DOS DIREITOS SOCIAIS E A SUA IMEDIATA APLICABILIDADE.**

Os direitos fundamentais, conforme expõe NOVAIS (2010, p. 58), apresentam um “duplo caráter”: a dimensão objetiva e a dimensão subjetiva. A primeira é a dimensão institucional, garantias constitucionais juridicamente ordenadas e consagradoras de valores objetivos da ordem constitucional. A segunda, por seu turno, enfatiza o caráter jurídico-individual dos direitos fundamentais, garantindo aos seus titulares um direito subjetivo público.

Esse duplo caráter é a essência dos direitos fundamentais. Na perspectiva subjetiva são direitos subjetivos públicos, enquanto na perspectiva objetiva, institutos jurídicos (NOVAIS, 2010, p. 59).

Nos anos 70 do século XX é que se coloca de forma mais presente a questão de saber se os direitos sociais detêm *status* constitucional (QUEIROZ, 2006, p. 25). Assim, estuda-se o seu caráter duplo, como direitos subjetivos, de um lado, e, de outro, como elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade (SGARBOSSA, 2010, pp. 60/1).

Em relação à dimensão subjetiva, cabe referir que o conceito de direito subjetivo, *facultas agendi*, assume o sentido de algo de que se dispõe, afetado ao sujeito. É uma faculdade de fazer, não fazer e impedir que se faça, protegida nas normas de agir (*normas agendi*).

Partiremos, neste trabalho, do conceito de direito subjetivo de DUGUIT (1908, p. 14), que o define como “o poder reconhecido de uma pessoa se impor como tal a outras pessoas, qualquer que seja a pessoa considerada, individual ou coletiva”.

Conforme KOSELLECK, o surgimento da ideia de direito subjetivo remonta ao advento da inteligência burguesa, que tem como ponto de partida o foro interior privado ao qual o Estado havia confinado seus súditos. Assim, o Iluminismo triunfa na medida

em que expande o foro interior privado ao domínio público (KOSELLECK, 1999, p. 49), surgindo a concepção de direito subjetivo.

Alexandre DA MAIA fala da “primeira planificação de identidades na modernidade: por meio da representação do homem como súdito, o que coloca o Estado como juiz racional de homens irracionais”. Assim é que se pode chegar à almejada pacificação social, a ser alcançada pelo controle da moral pela política (MAIA, 2009, p. 6).

A pobreza, por sua vez, faz surgir a concepção do Estado social, que protege os direitos fundamentais sociais, de segunda geração. No contexto de constitucionalização dos direitos sociais, as constituições se amplificam, passando a enumerar os direitos dessa natureza. Como exemplos pioneiros, a Mexicana de 1917, a Alemã de 1919 e, como aponta DANTAS, as de 1921 da Polônia e da Iugoslávia (2007, p. 50).

Nesse processo, a Primeira Guerra Mundial e as misérias que acarretou reforçaram ideias contrárias ao individualismo capitalista. Além da expansão desses direitos, ocorreu também uma hermenêutica extensiva a seu respeito, que ampliou o seu alcance semântico (ADEODATO, 2009, p. 88).

A proteção dos direitos fundamentais é agora garantida pelos tribunais e, em particular, pelos tribunais de justiça constitucional, cabendo-lhes a coordenação dessas esferas de liberdade e pretensões em caso de conflito prático.

Dessa forma, as possibilidades de concretização dos direitos fundamentais abrangem desde a constatação de uma violação da constituição, pela fixação de um prazo dentro do qual deverá ser editada a norma conforme a constituição, até o direto provimento judicial do mandamento constitucional (QUEIROZ, 2006, p. 67).

A questão de saber se uma determinada norma garante direitos subjetivos é de fundamental importância para a efetivação judicial dos direitos sociais, pois há normas constitucionais que impõem obrigações ao Estado, mas não definem se determinada

pessoa tem direito à realização da ação estatal ou de que maneira ou sob que limites ela se dará.

Dessa forma, como chama atenção ALEXY (2008.2, p. 182), para demonstrar “que *a* tem um tal direito são necessárias premissas adicionais, que podem ser, na esteira da teoria das normas de proteção para o Tribunal Administrativo Federal, aquelas da interpretação teleológica”. O problema aqui é que se faz necessário realizar deduções para além do “material normativo”.

KRELL (2002, p. 33) aponta que o direito fundamental social à educação, por exemplo, “não é norma meramente programática”, uma vez que o art. 205 da Constituição de 1988 o regulamentou estabelecendo expressamente que proporcionar a educação é um dever do Estado e da família e um direito subjetivo dos indivíduos. O art. 208, por sua vez, fixa como esse direito será efetivado, estabelecendo, em seu artigo 1.º, que o acesso ao ensino obrigatório é um *direito público subjetivo*.

O direito à saúde, outrossim, é regulamentado com detalhes pela Constituição de 1988, que dispõe em seu art. 196 que ela é “direito de todos e dever do Estado (...)”, incluindo esse direito o acesso igualitário e universal aos serviços. Quanto à saúde, todavia, a Constituição não se refere à expressão direito público subjetivo.

O art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal de 1988, dispõe que as normas sobre direitos fundamentais são de aplicação imediata. Conforme explica KRELL (2002, p. 37), dispositivos semelhantes existem na Constituição de Portugal (artigo 18/1) e na Constituição Alemã (art. 1, III).

Para KRELL, da norma contida no mencionado art. 5.º, § 1.º, decorre que os direitos fundamentais têm caráter preceptivo e não programático, podendo, independentemente de lei, ser imediatamente invocados. Conforme expõe, uma lei nada acrescentaria ao conteúdo desses direitos, verdadeiros direitos subjetivos.

Como ressalta AMARAL (2001, p. 101)

Dessa evolução (dos direitos fundamentais, com as suas gerações) cumpre destacar a posição atual, de que tais direitos são efetivamente direitos, são normas cogentes, reivindicáveis judicialmente, ao menos no seu núcleo mínimo.

Assim, destaca PEDRA (2008, p. 53) que a aplicação direta das normas constitucionais é uma das facetas do novo constitucionalismo e depende “de uma difusão no seio da cultura jurídica de uma dada concepção da Constituição, bem como da postura dos magistrados”.

REIS (2003, pp. 44/5) faz uma interessante exposição da origem do equívoco em se confundirem normas constitucionais programáticas com normas constitucionais que albergam direitos sociais. Ele chama atenção para dois aspectos: a) essas duas espécies de normas constitucionais surgiram mais ou menos na mesma época da história das constituições, quer dizer, início do século XX; b) essas normas guardam uma certa semelhança de desideratos, ou seja, “conformar a ordem econômica e social a certos postulados de justiça social e realização espiritual, para proteger os indivíduos das desigualdades de cunho econômico e elevar-lhes as condições de vida”.

A distinção tem um forte interesse prático, uma vez que o descumprimento de normas programáticas, a princípio, não faz surgir o direito a um provimento judicial. No caso de normas não programáticas, ao contrário, o prejudicado tem direito a buscar satisfação pela via do Poder Judiciário.

CANOTILHO (2008, p. 117/8), em uma linha de argumentação que leva à conclusão oposta, explica que a expressão “directamente aplicável” utilizada inicialmente pela Constituição Alemã (de Bonn) e depois exportada para as Constituições Portuguesa, Espanhola e Brasileira (art. 5.º, LXXVII, 1.º), suscita uma incompreensão teórica.

O professor explica que a expressão insculpida no art. 1.º/3 da *Grundgesetz* (*Unmittelbar geltendes Recht*) quer dizer que a Constituição se impõe como lei no âmbito dos direitos fundamentais, não podendo esses ser interpretados como meras

normas programáticas. Não quer a expressão dizer, no entanto, que as normas constitucionais que albergam direitos fundamentais prescindam, para a sua concretização, de uma densificação legislativa.

Partindo dessas considerações, CANOTILHO critica expressamente a aplicação imediata de direitos sociais constitucionais, sem necessidade de intermediação legislativa, como uma decorrência da cláusula de aplicabilidade imediata contida no art. 5.º, LXXVII, 1.º, da Constituição do Brasil.

Esse também o entendimento de CAÚLA (2010, p. 92), para quem a realização fática do direito social não decorre de seu caráter de direito fundamental, mas da condição de que todos os elementos necessários à produção de efeitos fáticos estejam presentes, o que, segundo o autor, normalmente não ocorre. Nesse caso, necessária a atuação do legislador para estabelecer as prioridades na destinação de recursos públicos.

Por essa vertente (CAÚLA, 2010, pp. 98 e 99), a eficácia jurídica das normas que albergam direitos sociais geram os seguintes efeitos, mas não sua invocabilidade independentemente de mediação legislativa: a) imposição de legislar, podendo a inércia gerar omissão inconstitucional passível de controle; b) inconstitucionalidade de normas que contrariem as normas que protegem direitos sociais; c) a legislação deve observar os contornos dados pelas normas constitucionais.

O mesmo entendimento é defendido por EGAS (2011, p. 55), em relação ao Direito Equatoriano, afirmando que a eficácia direta do direito fundamental deve ser entendida como uma precedência lógica desse direito em relação ao legislador. Fundamenta sua afirmação na Constituição Equatoriana, art. 11.3, que dispõe que os direitos são de “directa e inmediata aplicación”, mas seu exercício está condicionado aos requisitos que determine “la Constitución o la ley”.

EGAS (2001, p. 56) defende que os direitos fundamentais que não necessitam de mediação legislativa, podendo ser aplicados diretamente pelo Poder Judiciário, são os

direitos de proteção ou defensivos (presunção de inocência, tutela judicial, direito de defesa *etc.*).

Em interessante lição, NOVAIS (2010, p. 97) argumenta que a concepção subjetiva dos direitos fundamentais (os direitos fundamentais geram direitos subjetivos) merece reservas, no sentido de que só há sentido falar em direitos subjetivos se há a perspectiva da judicialização.

Mas, segundo o autor, a judicialização suscita questões referentes à separação dos poderes (necessidade de se construir um equilíbrio na relação entre os Poderes Judiciário e Legislativo), bem como no que concerne à viabilidade prática do Poder Judiciário.

Sobre essa última questão é que fala na necessidade de restringir o acesso ao “portão generoso do conceptualismo garantista” (NOVAIS, 2010, p. 97), por uma questão pragmática. Argumenta, então, que inviabilizar o Poder Judiciário por um excesso de demandas para garantir direitos fundamentais equivale a não garantir a efetivação desses direitos.

Assim, a conclusão é de que, no entendimento do professor, do qual discordamos, ao dever jurídico do Estado nem sempre corresponde um direito subjetivo do indivíduo.

Defende, então, NOVAIS (2010, p. 141), que a judicialização dos direitos sociais “— e a correlativa existência de verdadeiros direitos subjetivos — pressuponha, em princípio, uma concretização e determinação prévias de seu conteúdo por parte do legislador”.

KRELL (2002, p. 22), por sua vez, na linha do entendimento adotado neste trabalho, defende que o não cumprimento do mínimo aceitável em relação aos direitos sociais constitucionais equivale a uma renúncia a seu caráter de direitos. Propugna que o estado tem uma verdadeira “obrigação” de executar as políticas públicas necessárias a

suprir as necessidades primárias das pessoas em relação a emprego, alimentação, habitação, saúde, educação *etc.* Dessa maneira, as normas constitucionais que albergam direitos sociais são fontes de direitos, admitindo a intervenção do Poder Judiciário em caso de omissões lesivas à constituição.

As considerações tecidas neste capítulo levam, portanto, a pelo menos duas constatações principais: a) é possível entender que as normas constitucionais que albergam direitos sociais fundamentais dão origem a direitos subjetivos e dispensam maior densidade normativa para a sua aplicação, sob a forma de regulamentação infraconstitucional, especialmente no direito brasileiro, em razão do art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal; b) os direitos sociais fundamentais fixados na Constituição da República Federativa do Brasil, são judicializáveis e passíveis de efetivação pelo Poder Judiciário.

Fixadas essas conclusões, estudar-se-á, no capítulo seguinte, a possibilidade de efetivação dos direitos sociais fundamentais, tomando-se por base os conceitos de constituição dirigente e de constitucionalização simbólica.

## **CAPÍTULO V. O MITO DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA: DIFICULDADES PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.**

No presente capítulo, analisar-se-ão alguns elementos dificultadores para a efetivação dos direitos sociais nos Estados “periféricos”, como é o caso do Brasil. Em relação ao tema, abordar-se-á o mito da constituição dirigente e a questão da constitucionalização simbólica.

### **1. O mito da constituição dirigente e os direitos sociais.**

Nos países da Europa continental, especialmente na França e nos ordenamentos por ela influenciados, como decorrência do ideal revolucionário de 1789, se firmou a supremacia do parlamento e não, da constituição. “É o que STÉPHANE RIALS designa, de forma sugestiva, por dois séculos de ‘légicentrisme’ (:sacralização da lei), e BERTRAND DE JOUVENEL por uma ‘soberania indefinidamente legislativa’” (QUEIROZ, 2000, p. 10).

Superando a concepção ‘legictrista’, a constituição passa a ser o limite supremo entre o lícito e o ilícito, sobrepassando a todo o direito infraconstitucional. Passa a ser, então, parâmetro de legitimidade de todo o ordenamento jurídico. Como registra o professor SABATER (2010, p. 39), a constituição, no sentido de um conjunto de normas jurídicas, torna-se um instrumento supremo que regula todo o ordenamento jurídico de um Estado, bem como dirige o funcionamento de suas instituições.

No entanto, a vontade do Poder Constituinte não fundamenta a força normativa, a vigência real da constituição (HESSE, 2009, p. 96). A força normativa decorre muito mais da “possibilidade de realização dos conteúdos da constituição”, que está atrelada à adequação da constituição ao “estágio de desenvolvimento espiritual, social, político ou econômico do seu tempo”.

Assim, a “força vital e operativa” da constituição está fortemente relacionada à sua “capacidade para conectar-se com as forças espontâneas e às tendências vivas da época” (HESSE, 2009, p. 97). Além disso, a força normativa da constituição é uma decorrência da “vontade constante, dos implicados no processo constitucional, de realizar os conteúdos da constituição” (HESSE, 2009, p. 97).

Como foi exposto nos capítulos anteriores, são requisitos para a efetivação dos direitos sociais a sua previsão constitucional, bem como uma interpretação que conduza à sua efetivação.

No entanto, esses elementos não “garantem” uma adequada efetivação dos direitos sociais. Como ensina CANOTILHO (2008, p. 31), uma das crises da constituição dirigente é que pressupõe uma *autossuficiência normativa*, a insinuar que bastam as disposições constitucionais para que os seus *programas* adquirissem “força normativa”.

O professor constata que as constituições dirigentes padecem de uma grave inconsistência ao colocar o Estado como um “homem de direção” exclusiva da sociedade, utilizando-se do Direito como seu instrumento. Assim, tenta conformar a realidade político-econômica pelo direito estatal estruturado de forma piramidal, em uma operação que, na prática, revela as suas inconsistências.

Explica que, por essa razão, países que já atingiram o “desenvolvimento” estariam vivenciando uma superação da ideia de constituição dirigente. Mas, diversamente, como aponta CANOTILHO (2008, p. 137), se o estudo é relativo aos Estados que ainda não resolveram os problemas das violências física, política e social, não é possível bem divisar nem “eclipse do Estado de Direito”, nem a dissolução do constitucionalismo dirigente.

Para o autor, nos países de “modernidade tardia”, como é o caso do Brasil, a constituição dirigente guarda papel de grande relevância em relação às “tarefas do estado” (estado social, estado ecológico, estado de saber *etc.*). Ademais, pretende-se que

a constituição fixe os instrumentos e métodos para que se obtenham as finalidades do Estado.

Sobre esse ponto, é interessante trazer a ponderação de HESSE (2009, p. 12), no sentido de que um dos pressupostos necessários à preservação da força normativa da constituição e à sua efetividade é a sua adequação à realidade. Esse atributo constitucional diz com questões externas, por exemplo, a realidade histórica, bem como o nível de desenvolvimento do meio em que a constituição tem vigência. Assim,

Quanto mais conecte o Direito Constitucional com tais circunstâncias, quanto melhor assumam as forças e tendências de cada época, melhor poderá exibir seus efeitos. Quando tenta apegar-se a formas historicamente superadas ou quando, pelo contrário, se proponha a uma utopia, fracassará inevitavelmente ante a realidade.

Muito mais importante, então, do que a vontade do legislador, para a adequada efetividade do texto constitucional, é a disponibilidade da sociedade (governantes e governados) para aceitar como imperativa a Ordem Constitucional (HESSE, 2009, p. 12). Esse consenso fundamental, para que a constituição seja efetiva, deve sobrepair aos momentâneos antagonismos e conflitos no seio da sociedade.

Assim, a força normativa e a eficácia constitucionais não podem ser analisadas sem tomar em consideração os seus pressupostos sociais, econômicos e culturais, com a complexa realidade de indivíduos e grupos que não se adequam espontaneamente a um esquema jurídico-constitucional.

Não se pode desconsiderar, quanto ao tema, que a efetividade da constituição é vista na América Latina diferentemente de nos Estados Unidos e na Europa. Essa distinção residiria no fato de que nos países latino-americanos há uma verdadeira obsessão constitucionalista, ou seja, há uma crença de que a constituição magicamente possa mudar a realidade dos fatos e da política (WALDMANN, 2006, p. 77).

Assim, as constituições, nesses países, formam parte de sua “mitologia política”, sem qualquer vínculo com a realidade. Na verdade, existe um conflito tácito ou mesmo

aberto entre a prática quotidiana e o direito sancionado pelo Estado. Dessa forma, melhor seria fazer menos reformas e, em seu lugar, tentar praticar os mandamentos constitucionais.

Conforme expõe HESSE (2009, pp. 130/2),

(...) somente a Constituição que se vincula a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se. (...) (A Constituição) não logra produzir nada que já não esteja assente na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). (...). A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente.

Apesar dessas considerações, HESSE (2009, p. 132) deixa claro que a força da constituição não decorre apenas da sua adequação à realidade, mas também da imposição de tarefas, as quais, no entanto, devem assentar na “natureza singular do presente”.

HESSE aponta (2009, pp 134/5) como fundamental para o desenvolvimento da força normativa da Constituição a “vontade de constituição” (*Wille zur Verfassung*), ou seja, o sentimento dos partícipes da vida constitucional de que a constituição resguarda valores importantes e que deve ser cumprida, mesmo quando o cumprimento se revelar incômodo. Dessa forma, é necessária disposição para sacrifícios no sentido de cumprir a constituição, envolvendo inclusive a renúncia por parte dos cidadãos de pleitos justos.

## **2. A constitucionalização simbólica e os direitos sociais.**

Conforme mencionado, o texto constitucional e o mundo dos fatos se interrelacionam de forma permanente no processo de concretização. Marcelo NEVES (2007) destaca, nesse processo, na teoria constitucional alemã, os modelos criados por Friedrich Müller e Peter Häberle.

Segundo o modelo de Müller (NEVES, 2007, p. 84), o conceito de norma jurídica abrange os dados linguísticos, que é o programa normativo, bem como os dados reais, que é o âmbito normativo. Dessa forma, a norma é uma resultante desses dois elementos.

Por essa razão, a aplicação ou concretização da norma (no caso, a norma constitucional) não corresponde a uma interpretação aplicadora do texto constitucional. Na verdade, o texto é passível de muitas interpretações. A concretização normativa, ao final, decorrerá do texto, mas também do “conjunto de dados reais normativamente relevantes para a concretização individual”.

A compreensão de Häberle corresponde à de Müller. Segundo o entendimento daquele autor, exposto no ensaio “A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” (NEVES, 2007, p. 85), todos os órgãos estatais estão potencialmente envolvidos na interpretação constitucional, assim como todos os cidadãos e grupos. Dessa forma, o Direito Constitucional material decorre de diversos interesses e funções, sendo o texto constitucional em si apenas uma parte dessa engrenagem.

Pode-se dizer, então, que, para Häberle, a normatividade do texto constitucional advém da “inclusão do público pluralisticamente organizado no processo interpretativo” (NEVES, 2007, p. 90).

Dessa exposição, enuncia NEVES (2007, p. 91) uma de suas teses, segundo a qual a constitucionalização simbólica se caracteriza, dentre outras razões, pelo fato de que o texto constitucional em abstrato não detém suficiente concretização normativo-jurídica. Citando Müller, esclarece que “do texto normativo mesmo – ao contrário da opinião dominante – não resulta nenhuma normatividade”.

Segundo expõe, o problema não está restrito à desconexão entre o texto constitucional e o comportamento dos agentes públicos e privados. Não é, assim, um problema simplesmente de eficácia, mas “uma ausência generalizada de orientação das

expectativas normativas conforme as determinações dos dispositivos da Constituição”, faltando ao texto constitucional normatividade, ou seja, insuficiente integração entre o programa normativo (dados linguísticos) e o domínio normativo (dados reais). (NEVES, 2007, p. 95). Analisando o caso brasileiro, KRELL (p. 18, 2002) ressalta que a Constituição sempre esteve em relação de tensão com a realidade.

Ocorre, dessa forma, uma supervalorização da dimensão simbólica em relação à realização jurídico-instrumental do texto constitucional. Assim, o texto constitucional não implica uma normatividade jurídica generalizada, uma abrangente concretização do texto.

Da tese de Marcelo NEVES (2007, p. 98) decorre que a expectativa normativa com base no texto constitucional só poderia se tornar realidade a partir de profundas transformações no mundo fático.

A constitucionalização simbólica é, assim, um fenômeno de gravidade para os sistemas social, temporal e material, uma vez que toda a estrutura operacional do sistema jurídico é afetada. Assim é que as regras constitucionais referentes aos direitos sociais, no Brasil, são desconectadas da fruição desses direitos na vida real.

Vê-se que a Constituição do Brasil é muito abrangente quanto ao reconhecimento de tais direitos prestacionais, bem como garantidora do devido processo necessário ao seu provimento por decisão judicial, caso não atendidos espontaneamente pelo Estado.

No entanto, grave problema ocorre no plano da concretização constitucional, ou seja, na correspondência entre o que a Constituição prevê em relação ao atendimento à saúde, à moradia, à educação *etc.* e o que é oferecido (ou negado) aos cidadãos na prática.

É relevante a ponderação de KRELL (2002, p. 25), de que o Direito tem os seus limites, não podendo “normatizar o inalcançável”. Os elementos fáticos que compõem uma das matérias-primas do Direito precisam ter ressonância no “sentimento social”.

Ou, como pondera DANTAS (2007, p. 45), não se pode esquecer que o Direito está condicionado pela história e com ela relacionado.

A norma em si, sem esse elemento que é o “sentimento social”, não é dotada de força alguma. A dissociação exagerada entre os direitos sociais e a possibilidade fática de sua realização pode levar ao que na Alemanha se chama *Verfassungsenttäuschung*, ou frustração constitucional.

Aponta ainda KRELL (2002, p. 27) que a Constituição de 1988, utilizando-se a classificação de Loewenstein, é uma constituição nominal, pois suas normas não são acompanhadas pela realidade fática. Talvez seja possível aplicar aqui o conceito de DANTAS (2007, p. 42) de “hiato constitucional”, que existe quando há um “divórcio entre a realidade social e a norma constitucional jurídico-positiva”.

Como ressalta NEVES (2007, p. 115), “para a massa dos subintegrados trata-se principalmente da falta de identificação de sentido das determinações constitucionais”. Assim, esses direitos, muitas vezes, têm a força de meros enunciados linguísticos, contexto em que se estabelecem relações de “subcidadania” e “sobrecidadania” em face do texto constitucional.

Portanto, (NEVES, 2007, p. 184/185) “o problema não se restringe à constitucionalidade do direito, mas reside antes na juridicidade da Constituição, ou seja, na (escassa) normatividade jurídica do texto”.

Dessa forma, surge o conceito de Constituição-álibi, ou seja, a Constituição que, com seus enunciados “sedutores”, é invocada como artifício retórico para o Estado, em última análise, apenas aparentemente identificado com os ideais constitucionais. Assim, o problema do não cumprimento (ou da não concretização) é atribuível a outros fatores, que não a própria inércia ou incompetência dos poderes estatais em concretizar o ideal constitucional.

Conforme expõe KRELL (2002, p. 27), a essa teoria se contrapõe uma outra, que afirma que normas constitucionais *utópicas* são uma fonte de estímulo para que os poderes busquem a sua concretização como um norte. Além disso, essas normas seriam uma “fonte de esperança” para a população desassistida.

KRELL não nega a procedência das ponderações de NEVES acima expostas sobre a constituição-álibi, mas defende que os Direitos Fundamentais Sociais da Constituição de 1988, a par de sua função jurídica, atendem a uma função “conscientizadora”.

Como chama a atenção NEVES (2007, p. 115), um fenômeno um tanto diverso ocorreu na Europa dos dois pós-guerras, momento em que os sistemas constitucionais daqueles Estados “respondiam, com ou sem êxito, a tendências estruturais em direção ao *welfare state*. Pressupunha-se a realizabilidade das normas programáticas no próprio contexto das relações de poder que davam sustentação ao sistema constitucional”.

RIBEIRO (2010, p. 188) apresenta uma teoria diferente, a da constitucionalização desigual, criticando a constitucionalização simbólica. Defende que os estados em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, convivem com a modernidade e o atraso, ou seja, a “dominação racional-legal” convive com o “patrimonialismo”.

Dessa forma, segundo ele, não se pode afirmar, no caso brasileiro, que a constitucionalização é simbólica ou que a constituição é ineficaz, mas que a eficácia da Constituição (de 1988) se dá de forma desigual.

O autor toma o exemplo dos direitos sociais constitucionais para ilustrar a sua tese. Assim, menciona o direito igualitário à saúde, insculpido no art. 196 da Constituição de 1988. Diz que uma primeira leitura poderia levar à conclusão de que o dispositivo é totalmente ineficaz.

Todavia, ele diz que isso não passa de uma simplificação do problema (RIBEIRO, 2010, p. 210). E argumenta que o direito à saúde se manifesta de diversas formas na sociedade. Assim, não se podem desconsiderar as peculiaridades locais, por exemplo, o

fato de um município ter renda *per capita* mais alta do que outro, o que levaria a uma melhor prestação dos serviços de saúde. Também não se podem desconsiderar os desvios de recursos públicos como obstáculos à adequada prestação dos serviços de saúde em algumas localidades.

Vê-se, portanto, que na perspectiva adotada acima, apesar das críticas também expostas, a Constituição Brasileira de 1988 tem forte carga *simbólica* e, por essa razão, muitas de suas disposições se caracterizam por uma baixa efetividade, como é o caso dos direitos sociais prestacionais.

## **CAPÍTULO VI. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS PELO PODER JUDICIÁRIO.**

No presente capítulo, estudar-se-á o papel da constitucionalização do controle judicial das políticas públicas na efetivação dos direitos sociais prestacionais.

O controle exercido pelo Poder Judiciário em relação às políticas públicas, a princípio, se limita aos aspectos de legalidade, não sendo possível sua interferência nas questões político-decisórias propriamente ditas. Esse espaço é o espaço de liberdade da administração, em que atua a discricionariedade (REIS, 2003, p. 223).

No Brasil, a partir do advento da Constituição de 1988, vem-se refletindo um fenômeno mundial conhecido como *judicialização da política*. Esse Texto Constitucional colocou o Poder Judiciário na elevada condição de *guardião da legitimidade* e não apenas de *fiscal da legalidade* (FERREIRA FILHO, 2003, p. 190), com a finalidade de permitir o controle judicial dos demais poderes. Um dos efeitos dessa nova feição do Poder Judiciário é ter dado uma dimensão política a esse Poder.

Algumas novidades trazidas pela Constituição de 1988 que deram essa nova feição ao Poder Judiciário, p. ex.: 1) a ação direta de inconstitucionalidade antes só podia ser proposta pelo Procurador-Geral da República; no pós-1988, detêm legitimidade, além daquela autoridade, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de cada Assembleia Legislativa, qualquer Governador de Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e qualquer entidade de classe de âmbito nacional ou confederação sindical. 2) a criação da ação de inconstitucionalidade por omissão; 3) o mandado de injunção; 4) a ação declaratória de constitucionalidade; 5) a ação popular, hoje cabível para proteger não mais apenas o patrimônio público, mas a moralidade administrativa, o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural; 6) a consagração da ação civil pública para proteger interesses

difusos e coletivos; 7) a criação do mandado de segurança coletivo; 8) profusão de princípios, possibilitando ao magistrado uma ampla possibilidade de fundamentação de suas decisões.

Como chama a atenção NUNES (2011, p. 21), referindo-se ao anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, bem como às modernas concepções sobre o papel do juiz, destacando-se o protagonismo:

A nova tendência que se vislumbra com o advento de um novo Código de Processo Civil é um bem vindo protagonismo da figura do juiz, embora acompanhado de uma boa dose de desconfiança da comissão que elaborou o anteprojeto.

Nesse contexto, a influência e consolidação da hermenêutica constitucional no âmbito de interpretação e aplicação das normas processuais fornecerá um bom arsenal para que o magistrado crie, adapte e efetive soluções adequadas à Constituição.

Em entrevista ao jornal VALOR ECONÔMICO (2011), CANOTILHO se mostra como um crítico do fenômeno da judicialização da política, argumentando que não é da natureza do Poder Judiciário substituir os agentes políticos na realização de políticas. Mas, admite a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas para a finalidade do resguardo de direitos fundamentais:

Essa é outra questão que tenho discutido com meus doutorandos. As políticas públicas não podem ser decididas pelos tribunais. Como é que os tribunais têm legitimação ou não para substituírem os agentes públicos na realização de políticas? A resposta é que em muitos casos não é o tribunal que vai decidir. Há milhares de pessoas que não conseguem chegar aos tribunais, então, há certa desigualdade. Mas, penso também que há uma inquietação nos tribunais. Muitas vezes, os medicamentos não chegam às pessoas. Há medicamentos raros e certa rigidez e falta de compreensão para situações específicas de alguns doentes. Isso põe em causa a defesa do bem da vida. Os tribunais devem ter legitimação para solucionar um problema desses. É um problema de Justiça e o valor que está a ser invocado é indiscutível: o bem da vida. Daí, compreendo algumas das inquietações do Judiciário. A Constituição nos obriga a respeitar algumas garantias, como o direito à vida e o exercício de nossa profissão nos leva a situações excepcionais, como a que o senhor descreveu: uma sentença que obriga a um comportamento ativo por força das autoridades.

Portanto, a interferência do Poder Judiciário na elaboração de políticas públicas, para a finalidade de garantia aos princípios fundamentais e à supremacia constitucional, parece ser um fenômeno que confere maior garantia aos cidadãos, bem como uma maior possibilidade de o estado promover o bem comum. Conforme DANTAS (2001, p. 8), o

controle judicial de constitucionalidade é sustentáculo do “*Valor da Constituição*” e do Estado de Direito e decorre do caráter de supralegalidade constitucional.

CRISTÓVAM (2011) parece endossar esse entendimento, ao escrever que:

A supremacia da Constituição e o caráter vinculante dos direitos fundamentais são dois traços característicos fundantes do Estado constitucional de direito, um modelo de Estado de direito pautado pela força normativa dos princípios constitucionais e pela pretensão de consolidação de um modelo de justiça substancial.

O controle da política pelo Poder Judiciário deve remeter ao campo semântico de político idêntico ao do termo *policy*, em inglês. Naquela língua, o termo *policy* designa os programas governamentais, enquanto o termo *politics* designa política em sentido amplo (AGUIAR, 55).

Assim, as questões políticas (*policy*) podem ensejar questões jurídicas, passíveis de controle, como ressaltado acima e resta claro do entendimento do Supremo Tribunal Federal, destacado por REIS (2003, p. 230):

Cumprir não perder de perspectiva que, no regime constitucional que consagra o Estado Democrático de Direito, as decisões políticas emanadas de qualquer das casas do Congresso Nacional, na medida em que delas derivem consequências de ordem jurídica, estão sujeitas ao controle jurisdicional; desde que tomadas com inobservância da constituição e das leis.

(...)

Atenta a esse princípio básico, a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal jamais tolerou que a invocação da natureza política dos atos emanados das Casas legislativas pudesse constituir – naquelas hipóteses de lesão atual ou potencial ao direito de terceiros – um ilegítimo manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários. (MS 23.585, Rel. Min. Celso de Mello, 17/12/1999, in: *Revista de Direito Administrativo*, cit., p. 380).

É importante registrar que o princípio da legalidade, no direito brasileiro, não foi levado a um grau de importância apenas a partir da Constituição de 1988, pois mesmo anteriormente a doutrina e a jurisprudência o enalteciam (CAVALCANTI, 2009-A, p. 221).

Mas, a fase do Estado Constitucional (atual fase do Estado de Direito) reposicionou as relações entre administração e legalidade, provocando as seguintes consequências: a) alteração do conjunto das fontes jurídicas no Direito, com uma

valorização da força normativa da Constituição; b) maior flexibilização entre lei e competência regulamentar (NOBRE JÚNIOR, 2009, p. 206).

Dessa forma, a administração, a quem compete a elaboração de políticas públicas, está também submetida, evidentemente, às normas constitucionais e aos direitos e princípios fundamentais. Esse fenômeno leva, inevitavelmente, ao controle da administração (ou da política) pelo Poder Judiciário.

O prof. Edílson NOBRE JÚNIOR faz interessante histórico do processo da aplicação de princípios no controle da administração nas seguintes passagens (NOBRE JÚNIOR, 2009, pp. 212/3).

Na França, o tema ganhou importância a partir do regime de Vichy, instaurado em 1940 por efeito da ocupação francesa pelas tropas alemãs.

[...]

Nos anos 70 e 80, o Conselho (de Estado) assentou a vedação da administração em despedir agente que se encontre em estado de gravidez (*Dame Peynet*, de 08 de junho de 1973), a possibilidade de imposição de multas para assegurar-se o cumprimento de medidas judiciais (*Barre et Honnet*, de 10 de maio de 1974), a publicidade dos debates nos tribunais judiciais civis, ameaçada por regulamento do Ministério da Justiça (*Dame David*, de 02 de outubro de 1974), o direito dos nacionais e estrangeiros residentes na França ao desfrute de uma vida familiar normal, permitindo-se a entrada de parentes próximos dos imigrantes (*Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés et autres*, de 06 de dezembro de 1978) e o direito à percepção, pelos agentes municipais eventuais, de remuneração não inferior ao salário mínimo (*Ville de Toulouse c/ Mme. Aragnou*, de 23 de abril de 1982).

O Conselho Constitucional veio a reforçar a normatividade dos princípios, após a saída do general De Gaulle da vida política e a reforma de 29 de outubro de 1974, que ampliou a legitimidade para a ativação de sua atividade de controle do respeito à ordem constitucional.

Assim, o Conselho Constitucional prestigiou a liberdade de associação (DC de 16 julho de 1971), a constatação de que somente a lei formal pode regular medidas privativas de liberdade (DC de 28 de novembro de 1973), a assecuração do livre arbítrio individual (DC 15 de janeiro de 1975), a liberdade de opinião (DC de 23 de novembro de 1977), a igualdade perante a justiça (DC de 23 de abril de 1975), a igualdade no desenvolvimento das carreiras funcionais (DC de julho de 1976), a continuidade dos serviços públicos (DC de 25 de julho de 1979), a separação de poderes (DC de 23 de maio de 1979). Nos dois últimos casos, o valor dos princípios não tem amparo em fonte escrita.

A superação do Positivismo Legalista levou, então, à perda do papel central da lei no sistema jurídico. Esse fenômeno resultou do reconhecimento, a partir da segunda metade do século XX, do caráter normativo das normas constitucionais, que consagram

princípios de caráter geral, bem como aplicados especificamente à administração pública (NOBRE JUNIOR, 2009, p. 206).

Conforme ADEODATO (2011, p. 242)

Com o maior distanciamento entre significantes e significados jurídicos na sociedade complexa, cresce a importância do poder judiciário e demais decididores de casos concretos, a quem compete determinar o significado das regras gerais prévias. Esse crescimento dá-se em detrimento do poder legislativo, antes o único poder legítimo para estabelecer regras gerais, e atinge claramente o princípio outrora intocável da separação dos poderes.

O professor Andreas KRELL (2002, p. 22) admite que o Poder Judiciário, a princípio, não pode interferir na esfera de outros poderes, realizando juízos de conveniência e oportunidade, salvo em casos de violação do legislador à Constituição. No entanto, reconhece que a revisão do dogma da separação dos poderes em relação aos gastos públicos e à prestação de serviços básicos no contexto do estado social se faz necessária. Fundamenta sua ideia na constatação de que os demais poderes não conseguiram garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais.

O Poder Judiciário é chamado, então, a examinar os atos de governo não apenas em contraste com a lei, senão com o ordenamento jurídico como um todo. Dessa forma, ocorre a ampliação do conceito de legalidade, que passa a abranger a legitimidade e a moralidade dos atos da administração (REIS, 2003, p. 262).

Esse processo ocorreu em um contexto de desvalorização moral e social da lei como técnica de governo das ações humanas. A lei passa a ser simplesmente meio técnico da estrutura administrativa burocrática. A essa concepção formalista do direito passa a se contrapor uma concepção substancialista, significando que a integração das leis se realizasse com apoio aos princípios gerais de direito (NOBRE JUNIOR, 2009, p. 207).

Um grande problema da elevação do Poder Judiciário a aplicador dos valores morais é que a justiça passa a escapar a mecanismos de controle social. Dessa forma, o Poder Judiciário passa a contrapor um direito repleto de caráter moral aos direitos

“inferiores” dos demais poderes estatais. Segundo essa concepção, uma decisão judicial de última instância nunca será contrária ao Direito, confirmando o *topos* “o Supremo dá a última palavra”.

Esse entendimento está relacionado à constatação de que “*a caótica inclusão de temas em leis, nos diversos acordos momentâneos de interesses (...) vai encontrar nos princípios constitucionais um mínimo conteúdo referencial*” (SANTOS, 2009, p. 251).

Assim, o Poder Judiciário, em seu ofício, deve julgar as condutas da administração em confronto não apenas com a lei, mas com os princípios gerais de direito e com a Constituição.

Como explica AGRA (2008, p. 494), a jurisdição constitucional tem a importante finalidade de garantir a efetivação dos direitos fundamentais, ou seja, impedir que esses fiquem confinados à sua dimensão meramente formal. No sentido oposto, os direitos fundamentais, por sua vez, dada a sua invariabilidade axiológica, funcionam como elementos legitimadores da jurisdição constitucional.

Explicitando a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, DWORKIN (2001, p. 137) expõe duas correntes: a corrente do ativismo judicial (*judicial activism*) e a corrente da contenção judicial (*judicial restraint*).

A primeira corrente entende que as normas constitucionais vagas permitem que a Corte considere os princípios da legalidade, igualdade, entre outros, faça a sua revisão de tempos em tempos à luz do entendimento da Corte sobre eles, julgando, assim, com base nessas reflexões os atos do Congresso, dos Estados, e do Presidente.

A corrente da contenção judicial, por sua vez, tem o entendimento contrário, ou seja, de que a Corte não deve se intrometer nos assuntos de outros poderes ou esferas, mesmo quando as atitudes dessas outras instituições/poderes fira o entendimento dos membros da Corte sobre a Constituição, salvo quando essas decisões forem tão ofensivas à moralidade pública que violem qualquer interpretação plausível sobre a

Constituição ou, por exemplo, quando o entendimento contrário for de encontro a um precedente claro.

KRELL (2002, p. 85) observa que, em termos gerais, não compete ao Judiciário, naturalmente, elaborar uma política habitacional com base no direito à moradia, por exemplo. No entanto, observa que a extensão dessa impossibilidade “depende da prática judiciária”, sustentando que a “criatividade poderá contribuir para o alargamento do controle judicial e o avanço na concretização da Constituição”.

Assim, parte do pressuposto de que o não cumprimento de direitos fundamentais pelo poder público, em certas condições, pode acarretar omissões inconstitucionais, legislativas ou administrativas. Essas omissões encontram, em tese, remédios no ordenamento brasileiro, como é o caso do mandado de injunção (art. 5.º, LXXI, CF) e da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2.º, CF). Todavia, na prática, esses instrumentos se têm mostrado de reduzido resultado.

AGRA (2008, p. 499) reforça o entendimento, afirmando que é obrigação da jurisdição constitucional exercer as suas tarefas de modo a velar pela concretização dos valores constitucionais e não apenas se restringir a declarar a nulidade de dispositivos de normas infraconstitucionais.

TORRES (2001, p. 326), no entanto, parece discordar desse entendimento:

Os direitos sociais e econômicos, usufruídos ‘sob a reserva do possível’, não encontram no Judiciário a sua garantia institucional mais efetiva. Há hoje, em diversos países, a sensação de existência de déficit de legitimidade do próprio processo jurisdicional, por sua incapacidade para adjudicar direitos econômicos e sociais na ausência de lei concessiva. Sunstein chega a falar em “Constituição Parcial” para se referir ao fato de a Constituição americana não assegurar aqueles direitos, e também para significar que o Judiciário não possui aptidão para efetivá-los.

Trazendo o tema para a realidade dos direitos sociais, já foi exposto neste trabalho que há uma linha de argumentação contrária ao reconhecimento desses direitos como geradores de direitos subjetivos para os cidadãos e como direitos judicializáveis. Essa linha de argumentos defende que os direitos constitucionais sociais têm conteúdo

impreciso, sendo também imprecisas, em consequência, as obrigações que decorrem para o estado.

Dessa forma, os direitos sociais constitucionais, segundo esse entendimento, dada a sua imprecisão “congénita”, não podem ser considerados como direitos fundamentais, vinculantes, geradores de direitos subjetivos e judicializáveis (NOVAIS, 2010, p. 141), ou seja, não se prestariam para fundamentar a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas.

Assim, seguindo-se esse fio condutor, os direitos sociais constitucionais apenas poderiam ser vinculativos a partir de sua regulamentação infraconstitucional. Caberia, dessa forma, ao legislador ordinário, levando em conta a disponibilidade financeira e as demais contingências político-administrativas, fixar o seu conteúdo, os seus limites e as prestações exigíveis em relação ao Estado.

No entanto, poderia se objetar que o *status* constitucional dos direitos sociais não impede que lhes seja conferida uma maior precisão. Evidentemente, a Constituição poderia lhes conceder uma maior densidade normativa, deixar explícitos os seus contornos, determinar as obrigações para o estado.

Mas, não convém que o faça. Não se pode esquecer que a efetivação dos direitos sociais está umbilicalmente ligada às circunstâncias do momento, às disponibilidades e possibilidades de sua implementação no plano fático. Dessa forma, é mais adequado que se confira aos direitos sociais constitucionais um caráter flexível e aberto.

NOVAIS (2010, p. 144) enriquece a discussão, fornecendo interessante exemplo:

Veja-se, nesse mesmo sentido, o exemplo eloquente das opções da Constituição portuguesa sobre a gratuidade do ensino ou do Serviço Nacional de Saúde. A opção que em 1976 parecia consensual e pacífica veio a revelar-se de tal forma insustentável que *obrigou* ou o próprio legislador de revisão ou a jurisprudência constitucional a modificar os conteúdos constitucionais originários num sentido de muito maior flexibilização e indeterminação, mas, consequentemente, a retirar ou a enfraquecer a vinculatividade jurídica ou, até, a simples normatividade dos preceitos constitucionais.

Conforme já exposto ao longo deste trabalho, no entanto, o entendimento aqui adotado é no sentido de que os direitos sociais constitucionais são fundamentais,

vinculantes e geram direitos subjetivos. Por essa razão, a sua garantia permite a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, no sentido de proteger a supremacia constitucional e a aplicação dos direitos e princípios fundamentais.

Assim é que se propõe uma releitura do dogma da separação dos poderes montesquiana, o qual, em vez de estar funcionando com o seu escopo original de garante dos direitos fundamentais, na interpretação hoje dominante tem “um *efeito paralisante* às reivindicações de cunho social” (KRELL, 2002, p. 88).

Todavia, essa “interferência” não deve ser vista com tanto estranhamento, pois, como ressalta NOVAIS (2010, p. 94):

Quando um juiz garante a particulares uma compensação ou indenizações por danos verificados nos seus direitos de liberdade, no fundo aquilo que faz é recorrer aos recursos obtidos dos contribuintes através dos impostos e, mediante a compensação monetária que decide atribuir ao lesado, financiar outros particulares, da mesma forma que os juízes o fazem (ou fariam) se e quando pretendam garantir um direito social de um particular mesmo contra a vontade do poder político. Também aí recorreriam aos fundos obtidos da generalidade dos contribuintes para satisfazer o interesse de um particular protegido por um direito social.

Cita, então, a interpretação mais interessante que os autores dos *Federalist Papers*, Hamilton, Jay e Madison conferiram ao princípio, entendendo que ele não significa que os poderes devam ser independentes, mas que se deve impedir que um setor detenha todos os poderes do outro. Assim, uma *certa* independência seria necessária para que cada poder possa realizar o controle constitucional dos demais.

No entanto, há argumentos contrários, como é o caso do que defende AMARAL (2001, p. 116)

A nosso ver, deslocar a decisão para o Judiciário em hipóteses que envolvam ‘escolhas dramáticas’, é querer alargar para aquele Poder competências que não são suas. O Judiciário não está legitimado pelo voto para tomar tais opções. Muito pelo contrário, é a própria Constituição que cerca a magistratura com garantias próprias, para que possa ela desempenhar seu ofício alheia a pressões de momento. O Judiciário não pode atuar sob a influência da opinião pública (...).

De qualquer forma, como se percebe pelo exposto até aqui neste capítulo, a proposta não é conferir ao Poder Judiciário a competência de elaborar políticas públicas,

mas de entender que lhe cabe efetivar as políticas já delineadas na constituição e nas leis.

Cabe trazer, como elementos que podem enriquecer a análise do tema tratado neste capítulo, dados colhidos do Parecer n.º 1365-AGU/CONJUR-MS/EODM (MOURA, 2009), destinado a subsidiar a manifestação da União no Recurso Extraordinário n.º 566.471, que diz respeito ao direito à saúde, mais especificamente à obrigação de o poder público fornecer medicamentos de alto custo na via judicial.

Segundo aquele Parecer, o gasto total do Ministério da Saúde com medicamentos aumentou em 115% entre os anos de 2002 e 2006. Menciona, outrossim, que os medicamentos disponibilizados via política nacional de distribuição de medicamentos do Sistema Único de Saúde para o tratamento ambulatorial de doenças são definidos por elencos padronizados, com o fito de garantir a oferta regular.

A finalidade dessa Política Nacional é garantir a segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos com o menor custo possível. Entre as prioridades estabelecidas, está a adoção de uma Relação Nacional de Medicamentos essenciais (RENAME), que servirá de base, entre outras finalidades, para orientação da prescrição e para o abastecimento da rede do SUS.

Refere, ainda, que a nova RENAME toma por base as estratégias 2004-2007 da Organização Mundial da Saúde (OMS), que atualiza a lista modelo e de medicamentos essenciais a cada dois anos, concretizando a recomendação da Conferência Nacional de Medicamentos e Assistência Farmacêutica (2003), que aprovou a revisão periódica e a implantação da RENAME no Brasil.

Partindo dessas considerações, o entendimento demonstrado no parecer é que há uma política sólida e organizada para os medicamentos no país. Dessa forma, segundo o entender ali adotado, a interferência do Poder Judiciário pode trazer incoerência e se mostrar indesejada.

Evidentemente, os aspectos suscitados pelo parecer são relevantes. A Judicialização dos direitos sociais fundamentais, como é o caso, por exemplo, do direito à saúde, pode trazer desorganização às finanças públicas e aos programas governamentais. Não se pode esquecer, no entanto, como já ficou demonstrado acima, que o Poder Judiciário não deve deixar de garantir a os direitos e princípios fundamentais insculpidos na constituição, consoante se está a tentar demonstrar ao longo do trabalho.

## **CAPÍTULO VII. A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS. MICROCOMPARAÇÃO COM OS DIREITOS COLOMBIANO, FRANCÊS, PORTUGUÊS, ALEMÃO E NORTE-AMERICANO.**

Sobre o tema tratado neste capítulo, com a finalidade de fazer um estudo comparado, pretende-se realizar uma breve incursão nos domínios do Direito Constitucional Comparado, procurando estabelecer as semelhanças e dessemelhanças existentes entre os modelos (DANTAS, 2001, pg. 6), na tentativa de buscar se existe a possibilidade e, em caso positivo, como se dá a efetivação judicial dos direitos sociais nos sistemas estrangeiros analisados.

Tem-se ciência da ponderação de KRELL (2002, p. 41) de que o estudo comparado deve ser visto *cum grano salis*, pois não é possível transportar um instituto jurídico de uma sociedade a outra, ignorando-se as realidades e condicionamentos de diversos modelos jurídicos. Esse entendimento também decorre da ponderação de DANTAS (2007, p. 45), no sentido de que principalmente no Direito Constitucional a integração Direito-História-Sociologia é cercada de grande relevância.

Por essa razão é que a intenção não é, de forma alguma, sugerir a transposição de entendimentos ou institutos estrangeiros para a nossa realidade, mas fazer um breve painel de como a efetivação judicial de direitos sociais vem sendo tratada em outras realidades jurídicas, mediante “microcomparação”, na expressão de DANTAS (2010, p. 105).

De qualquer forma, e especificamente quanto aos elementos de ordenamentos europeus que serão trazidos, cabe mencionar a reflexão de ALMEIDA (2007, p. 885), no sentido de que o Direito Brasileiro não é um direito exótico face ao Direito Europeu. Citando uma expressão de FAUVARQUE-COSSON, diz que, como herdeiro cultural da Europa, o Direito Brasileiro é um “direito misto”, ou, citando uma expressão de FROMONT, que o Direito Brasileiro é como “uma abelha que vai pousar em todas as flores do mundo”.

Também foram trazidas decisões do Direito Norte-Americano, com uma Constituição que não reconhece direitos sociais de forma explícita, e do Direito Colombiano, em que se reconhece que os direitos sociais são fundamentais e desfrutam de vias processuais para a sua efetivação.

### **1. Direito Colombiano.**

MURCIA, SERRANO, BARRIOS e PATRÓN (2011, pp. 113/5), tratando do Direito Colombiano, apresentam quatro vias para que os direitos sociais tenham direito à tutela judicial direta.

A primeira via apresentada é a “conexão” (*conexidad*), segundo a qual os direitos sociais podem ser protegidos pela *acción de tutela* quando a violação, no caso concreto, gerar também a violação de um direito fundamental.

A segunda via é a dos direitos sociais fundamentais, quando não há conexão com direitos fundamentais, mas os sujeitos tutelados gozam de proteção especial do Estado (caso dos menores, dos idosos, dos incapacitados *etc.*).

A terceira via é a da transmutação (*transmutación*), segundo a qual se apresenta uma transformação de direito prestacional em direito subjetivo, como uma consequência do desenvolvimento legislativo ou administrativo das cláusulas constitucionais. A esse respeito, a Corte Constitucional da Colômbia entende que os direitos sociais são programáticos e de implantação progressiva, não podendo, portanto, ser concretizados diretamente, sem a mediação legislativa ou administrativa.

A quarta via é analisada por MURCIA, SERRANO, BARRIOS E PATRÓN (2009, p. 118) com base na sentença T-016 de 2007, da Corte Constitucional da Colômbia, que diz que os direitos econômicos, sociais e culturais são fundamentais, mas que as vias que eles requerem para o seu efetivo cumprimento são diversas.

A sentença T-016 enuncia que a saúde é um direito fundamental que envolve prestações de ordem econômica orientadas a garantir a eficácia desses direitos.

A Corte Constitucional Colombiana (CCC) faz, nessa sentença, a diferenciação entre direitos de liberdade, de um lado, e direitos econômicos, sociais e culturais, de outro, salientando que se aos primeiros, tradicionalmente, se confere tutela judicial, os segundos são vistos como dependentes de mediação legislativa e administrativa. Nesse contexto, a CCC registrou que em seu entendimento tradicional os direitos sociais podiam ser amparados diretamente pela via da tutela quando se podia estabelecer um vínculo entre esses direitos e um direito fundamental, como o direito à vida, por exemplo.

Na mesma sentença, a CCC reconhece a existência de corrente diversa, que atribui aos direitos econômicos, sociais e culturais o caráter de direitos fundamentais e que, nessa condição, implicam obrigações negativas e positivas ao Estado.

A CCC entendeu, no caso específico do direito à saúde, que será cabível o provimento judicial nos seguintes casos: a) se ocorre uma lesão séria e direta à dignidade da pessoa afetada; b) se o sujeito envolvido goza de uma especial proteção constitucional; e/ou c) se a pessoa afetada está indefesa pela sua incapacidade de pagar pelo tratamento.

A sentença culmina com a clara determinação da CCC de que, uma vez adotadas as medidas legislativas e administrativas determinando quais são as prestações obrigatórias em matéria de saúde, todas as pessoas, sem exceção, terão direito a um provimento judicial (*acción de tutela*) para efetivar a proteção ao seu direito constitucional à saúde.

## 2. Direito Francês.

No direito francês, existem diversos direitos sociais prestacionais previstos na Constituição de 1946, cujo preâmbulo se integra, quanto ao tema, ao texto da Constituição de 1958, tais como o direito ao emprego (alínea 5), o direito à saúde (alínea 11) e o direito à habitação (alíneas 10 e 11).

O contencioso administrativo é uma instituição característica da Europa Ocidental e nasceu na França, como resultado da Revolução. No Antigo Regime, as questões envolvendo a administração eram exercidas por tribunais comuns, em boa medida órgãos de defesa de privilégios (CORREIA, 2005, p. 43).

Nos termos da Lei pós-revolucionária 16-24 de agosto de 1790, art. 13, “as funções judiciais são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de alta traição (*forfaiture*), perturbar de qualquer maneira as operações dos corpos administrativos, nem convocar perante si os agentes da Administração por motivo atinente às funções destes”. (CORREIA, 2005, pp. 43 e 44).

Subtraído o órgão da administração ao controle do juiz, quem julgaria as causas em que essa fosse parte? A própria Administração, sob o entendimento de que julga a Administração é administrar. Organizava-se a separação dos poderes com derrogação à separação de funções, exercendo os órgãos administrativos uma atividade jurisdicional. (CORREIA, 2005, p. 44).

Vê-se, então, que a democratização do poder não implicou a entrega do funcionamento da Administração à absoluta discricionariedade dos novos governantes, os administradores democráticos (ENTERRÍA, 2009, pg. 58).

Na França, houve um processo gradual de jurisdicionalização do administrador-juiz, com algumas fases identificáveis (CORREIA, 2005, pp. 45/9):

- criação do *Conseil d'État* pela Constituição de 1799. Nessa fase, o Conselho tinha funções puramente consultivas, *exercendo o que se chamava de jurisdição reservada* cabendo-lhe “pronunciar-se sobre as questões contenciosas cuja decisão se encontrava previamente confiada aos ministros” (art. 11 do Regulamento de 5 Nivôse do Ano VIII);
- com a Lei de 28 de Pluviôse do Ano VIII, aos conselhos de prefeitura foi atribuído o contencioso das contribuições diretas, das obras públicas, dos bens nacionais e do domínio público. A sua jurisdição era delegada, dizendo respeito tão-somente às atribuições decorrentes de normas expressas sobre matérias específicas;
- em 1806, foi criada a Comissão de Contencioso no Conselho de Estado, com regras processuais definidas;
- em 1849, foi legalmente fixado que “o Conselho de Estado estatui em última instância sobre o contencioso administrativo”. Assim, o órgão recebia um poder jurisdicional próprio e abandonava a jurisdição reservada;
- com o Segundo Império, em 1852 se regressa à *jurisdição reservada*, mas a partir de 1860 o Conselho de Estado estende seu controle, período em que se desenvolve a figura do *recurso por excesso de poder*, que permite a revisão de legalidade de todo o ato administrativo, com a redução das questões de natureza política ou governamental, subtraídas ao controle contencioso;
- iniciada a Terceira República, uma lei de maio de 1872 atribuiu ao Conselho de Estado jurisdição própria em matéria contenciosa. Foi outrossim restaurado o Tribunal de Conflitos, que dirime conflitos de competência entre a jurisdição comum e a administrativa. Inicia-se o período contemporâneo da história do Conselho;

- os conselhos de prefeitura, por sua vez, são reformados em 1926, quando são concentrados em número, ao tempo em que são aumentadas as áreas territoriais de competência e é criada uma carreira para os seus membros;

- com o acórdão (*arrêt*) Cadot, o Conselho de Estado recebe um recurso diretamente apresentado perante ele sem prévio exercício da jurisdição ministerial. Assim, reviu a vetusta teoria do ministro-juiz, segundo a qual os órgãos de controle teriam, como juízes de apelação, uma competência por atribuição e cada ministro sendo juiz administrativo de direito comum em relação à sua área. Nessa nova fase, os tribunais administrativos, em 1953, passaram a julgar em primeira instância os litígios administrativos, cabendo recurso de apelação para o Conselho de Estado, que além dessa competência, também julgava em cassação os recursos de certas jurisdições administrativas especiais, bem como competência originária em hipóteses específicas;

- uma lei de 31 de dezembro de 1987, com a finalidade de desafogar o Conselho de Estado, criou os tribunais administrativos de apelação (*Cours administratives d'appel*), que passaram a julgar em segundo grau os recursos de decisões de tribunais administrativos. Ao Conselho de Estado, restaram algumas matérias específicas em segundo grau, bem como competência de revista, unicamente sobre questões de direito (*contrôle de cassation*), em relação às decisões daqueles tribunais de segunda instância;

O contencioso administrativo francês mantém a proibição de os tribunais judiciais decidirem as questões de legalidade dos atos da administração pública. Esse princípio, salvo exceções, está qualificado pelo Conselho Constitucional como “princípio fundamental reconhecido pelas leis da República”. (CORREIA, 2005, p. 50).

Até hoje, a justiça administrativa francesa, composta *pelo Conseil d'État*, pelas *cours administratives d'appel* e pelos *tribunaux administratifs*, permanece organicamente vinculada ao Poder Executivo, sendo uma peculiaridade desse sistema. Existe nesse sistema uma interessante concepção de interdependência entre a administração ativa e a administração contenciosa, representada pelo desempenho de competências judiciais e consultivas. À administração contenciosa compete julgar os conflitos em que o estado seja parte.

ROMAN (p. 31), referindo-se ao sistema francês, elenca diversos argumentos contrários a que os direitos sociais gerem pretensões diretamente deduzidas da Constituição. Entre eles, menciona o argumento técnico, que se apresenta como uma consequência necessária do que seria uma característica dos direitos sociais: sua imprecisão e o caráter progressivo de sua realização lhes daria um caráter programático que exclui a judicialização. Assim, o juiz não disporia da capacidade técnica para avaliar o conteúdo e para sancionar os atentados aos direitos sociais.

Esse argumento, retirado do caráter vago do conteúdo dos direitos sociais, é regularmente manejado pelo juiz administrativo, com algumas variações na jurisprudência. Assim, por exemplo, o Conselho de Estado considerou que os direitos constitucionais, tais como a alínea 11 (direito à saúde) e a alínea 5 (direito ao emprego) “só se impõem à autoridade administrativa, em razão da ausência de precisão suficiente, nas condições e limites definidos nas disposições contidas nas leis ou nas convenções internacionais incorporados ao direito francês” (ROMAN, pg. 16).

Sobre o tema, cabe trazer o decidido pelo Conselho de Estado Francês (Conseil d'État n.º 275516), em um caso em que foi determinado à recorrente que deixasse o território francês, no qual tinha familiares em permanência regular e gozava de seguridade social, uma vez que sua autorização de permanência fora cassada com base em norma infraconstitucional:

Considerando que o princípio posto pelas disposições da décima alínea do preâmbulo da Constituição de 27 de outubro de 1946, à qual se refere a Constituição de 4 de outubro de 1958, nos termos da qual: A nação assegura ao indivíduo e à família as condições necessárias a seu desenvolvimento, só se impõe à autoridade administrativa, na falta de precisão suficiente, nas condições e limites definidos pelas disposições contidas nas leis ou convenções internacionais incorporadas ao direito francês; que, portanto, a Senhora AB não poderia utilmente, para criticar a legalidade do mandado de recondução à fronteira atacado, invocar esse princípio independentemente das tais disposições; (...) (grifos e tradução do autor).

Verifica-se que a jurisprudência do Conselho de Estado parece adotar a trilha da não judicialização dos direitos sociais prestacionais fixados na Constituição, demandando, assim, a mediação normativa.

Essa compreensão é confirmada pela discussão em relação ao direito à habitação, uma questão antiga, mas que ganhou atualidade naquele ordenamento com a lei n. 2007-590, de 5 de março de 2007. Essa lei consagra de forma inédita um “direito à habitação oponível” (*droit au logement opposable*).

Essa consagração leva a comunidade jurídica daquele país a discutir sobre as fontes, os fundamentos constitucionais desse direito. Coloca-se, por exemplo, a questão de saber se esse direito prestacional decorre do Preâmbulo da Constituição de 27 de outubro de 1946 e em particular de sua alínea primeira.

O Preâmbulo de 1946 garante princípios particularmente necessários em nosso tempo, direitos sociais que se inscrevem na mesma temática que o direito à habitação: o direito ao emprego, ao lazer, à educação, à saúde, ao descanso. Esses direitos conferem a seus detentores a faculdade de exigir ou de reclamar do Estado o fornecimento de uma prestação. É dentro dessa lógica que se consagrou o direito à habitação: um direito prestacional que necessita que o Estado cumpra uma prestação (DENIZEAU, 2008, p. 126/7).

No entanto, foi necessário editar uma lei para que o direito à habitação seja considerado *oponível* (“opposable”). Com efeito, como registra o Relatório Público de 2009 do Conselho de Estado sobre o tema:

O direito à habitação, conservando o seu estatuto de objetivo constitucional, se tornou um direito oponível, ou seja, manejável, como em princípio é uma característica de todo direito, face à administração, em primeiro lugar, e, caso necessário, podendo ser invocável perante um juiz.

Mesmo, como dito, detendo o direito à habitação *status* constitucional naquele ordenamento, em razão de formar o bloco de constitucionalidade (*bloc de constitutionnalité*). Denomina-se bloco de constitucionalidade, naquele ordenamento, o conjunto de normas que constam de textos revogados, mas que, em razão do preâmbulo da Constituição de 1958 e da jurisprudência do Conselho Constitucional, detêm *status* constitucional (ALMEIDA, 2009, p. 270).

O artigo de TERNEYRE (1990) bem demonstra que o direito francês, notadamente a jurisprudência do Conselho de Estado e do Conselho Constitucional, conferem aos direitos sociais inscritos no preâmbulo da Constituição de 1946 uma eficácia diferente da que está sendo analisada neste trabalho. Naquele ordenamento, não se discute, ao menos em um âmbito jurisprudencial, se da norma constitucional se pode extrair diretamente a possibilidade de judicialização do direito. O que está em questão, ali, é discutir o *status* constitucional de alguns direitos sociais para a finalidade do controle de normas inferiores.

### **3. Direito Português.**

A crise do Estado Social e as dificuldades financeiras trouxeram novamente à tona o tema dos direitos sociais. Em Portugal, esses direitos, assim como os direitos de liberdade, são direitos fundamentais com assento constitucional (NOVAIS, 2006, p. 189).

No entanto, a sua relativa ineficácia, uma vez que dependentes da atuação financeira do Estado, dá corpo à ideia de que os direitos sociais apenas são proclamações políticas com assento constitucional.

Como exemplo, o acórdão n.º 474/02, em que o Tribunal Constitucional Português declarou inconstitucional a omissão de medidas legislativas necessárias à exequibilidade da garantia constitucional da assistência material à generalidade dos trabalhadores da administração pública em situação de desemprego involuntário (art. 59.º, n.º 1, e, da Constituição Portuguesa). Após três anos da decisão, a omissão ainda não foi suprida (NOVAIS, 2006, p. 191 e Tribunal Constitucional Português, 2002).

A pergunta que se coloca é em que medida e com que margem o poder político pode dispor dos direitos sociais, os quais, por envolver a questão das disponibilidades financeiras do Estado, são mais vulneráveis à pressão da conjuntura (NOVAIS, 2006, p. 189).

No acórdão 39/84, por sua vez, que considerou inconstitucional o diploma que revogava parte substancial da lei do Serviço Nacional de Saúde, o Tribunal Constitucional, de certa forma, resolve o polémico tema da proibição do retrocesso social. Naquela decisão, o Tribunal distinguiu entre as normas constitucionais de natureza programática e normas constitucionais imediatamente exigíveis. No caso de o parâmetro de análise de constitucionalidade ser uma norma constitucional imediatamente exigível, o Tribunal entende que lei nova não pode retroceder em relação à lei anterior. (NOVAIS, 2006, p. 192).

Apesar desse entendimento, o Tribunal Constitucional de Portugal acabou adotando o entendimento de condescendência com as opções políticas do legislador. Assim aconteceu no acórdão 330/89, bem como no acórdão 148/94 (NOVAIS, 2006, p. 193).

Da análise dessas decisões, podem-se tirar as seguintes conclusões:

a) o Tribunal reconhece uma margem de decisão quase total ao legislador ordinário, apenas limitada quando põe em causa os princípios estruturantes do Estado de Direito (igualdade, proteção da confiança), afeta o núcleo essencial já realizado dos

direitos sociais ou destrói um nível realizado de concretização legislativa que já gozava do *status* de direito materialmente constitucional;

b) o Tribunal apenas colocará a questão da inconstitucionalidade se não houver quaisquer outras medidas no campo analisado, caso de total incumprimento da norma constitucional (inconstitucionalidade por omissão).

Para NOVAIS, “falta apenas, para uma equiparação de fundo entre os direitos de liberdade e direitos sociais na jurisprudência constitucional, dar um último passo: o reconhecimento que as limitações aos direitos sociais são restrições a direitos fundamentais, pelo que, em um Estado de Direito, só são admissíveis quando há razões suficientemente ponderosas que justifiquem a restrição” (NOVAIS, 2006, pg. 208).

Para QUEIROZ (2006, p. 88), por outro lado, o problema da concretização dos direitos sociais – e não os conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais que lhes concernem muitas vezes – é que lhes confere peculiaridade em relação aos direitos de liberdade. Quanto a esse quesito, os primeiros, contrariamente aos últimos, não são diretamente garantidos. Necessitam, assim, da mediação legislativa.

A autora cita o decidido pelo Tribunal Constitucional de Portugal, no acórdão 151/92, no qual se configurou o direito à habitação (direito fundamental social, nos termos do art. 65.º da Constituição portuguesa) como “direito a uma prestação não vinculada”, reconduzível a uma mera “pretensão jurídica”. (QUEIROZ, 2006, p. 89 e 90).

NOVAIS cita, também, o acórdão 509/02 do Tribunal Constitucional Português, que

reconheceu a dimensão objectiva que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana associado ao direito à segurança social, enquanto proibição de o Estado revogar, sem substituição, as normas jusfundamentais que prevêm a atribuição de prestações, pecuniárias ou em espécie, destinadas a assegurar os pressupostos materiais mínimos de uma existência condigna.

Esses dados parecem sugerir a impossibilidade de condenação do Estado Português à prestação de direitos sociais por aplicação direta de normas constitucionais.

#### **4. Direito Alemão.**

A cláusula de aplicação imediata dos direitos fundamentais é semelhante nas Constituições da Alemanha (artigo 1, III), do Brasil (art. 5.º, § 1.º) e de Portugal (artigo 18/1) e deixa claro que os direitos fundamentais podem ser invocados sem a necessidade de mediação legislativa (KRELL, 2002).

KRELL (2002, pp. 43/4) explica que em razão da catastrófica experiência com o regime nazista, que pisoteou os direitos mais básicos, bem como em decorrência do conteúdo liberal da Carta de Weimar, os intérpretes da Constituição Alemã de 1949 têm sido bastante ativos quanto aos Direitos Fundamentais. Por essa razão, a Alemanha assumiu um “papel pioneiro” no tratamento dos Direitos Fundamentais no âmbito da Europa.

Mas, chama atenção para o fato de que a Constituição Brasileira de 1988, bem como as Constituições de Portugal e Espanha, que aquela influenciaram, são bastante diferentes da Carta de Bonn, pois essa dá maior valor a uma normatividade estrita, à obrigatoriedade e à justiciabilidade. Ao contrário, aquelas três primeiras Cartas contêm grande número de normas programáticas e são afeitas à fixação de metas.

Segundo KRELL (2002, p. 45), a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949) não incorporou um ordenamento sistemático dos direitos sociais de segunda geração (educação, saúde dos trabalhadores, assistência, entre outros), como uma consequência da frustrada Constituição de Weimar (1919), uma das pioneiras na consagração dos direitos sociais prestacionais.

Destaca que “os modernos artigos da Carta de Weimar sobre direitos sociais foram ‘ridicularizados’ por parte dos integrantes da extrema-direita e esquerda política, como ‘promessas vazias do Estado burguês’ e ‘contos de lenda’ (KRELL, 2002, p. 46).

Em decorrência desse cenário é que o constituinte de 1949 renunciou às normas que criam direitos subjetivos a prestações positivas estatais.

Por ocasião da unificação, em 1990, (KRELL, 2002, p. 46) cogitou-se incluir os direitos de segunda geração na Constituição, mas acabou prevalecendo o entendimento de que, na forma como estava estruturada, a Constituição de 1949 garantia de forma adequada a estabilidade, o bem-estar e a liberdade. Por essa razão, não deveria sofrer uma tal alteração.

Segundo o professor, a Constituição Alemã, embora não disponha expressamente sobre direitos sociais, traz em seu art. 20, como norma-fim de Estado (*Staatszielbestimmung*), o conceito de Estado Social. Essa estrutura cria tarefas para o Estado, sem, necessariamente, criar direitos subjetivos para os cidadãos. São tratados como “mandados” e não como “direitos” pela doutrina germânica.

HESSE (pp. 43 e 44) explica que o Tribunal Constitucional alemão não resolveu o problema da execução direta de direitos prestacionais pelo Poder Judiciário, independentemente da mediação legislativa.

Analisa especialmente o caso do acórdão BVerfGE 45, 376, em que o Tribunal não excluiu, a princípio, a possibilidade de reconhecimento de direito em relação a limitações para o acesso à Universidade. O pressuposto é de que o direito à livre eleição do centro de ensino (art. 12.1 GG) fica limitado, sem as condições efetivas para se ter acesso a ele.

A discussão diz respeito à possibilidade, considerando-se divisão de funções albergada na Constituição Alemã, de uma interpretação dos direitos a prestações como direitos originários, implementáveis diretamente pelo Poder Judiciário, ou não.

HESSE (p. 46) conclui, então, que “os direitos sociais fundamentais não chegam a justificar pretensões dos cidadãos invocáveis judicialmente de forma direta, como na doutrina dos direitos fundamentais”, defendendo que “só a partir de normas do

legislador podem nascer pretensões jurídicas bem determinadas e invocáveis perante os poderes públicos”.

## 5. Direito Norte-Americano.

Desde o século XIX e com o robustecimento espetacular no Tribunal reaganiano de 1985, formulou-se uma doutrina segundo a qual os Tribunais devem outorgar uma especial “deferência” às estimativas jurídicas feitas pela Administração nos atos que aqueles julgam, o que diminui notadamente o alcance do controle judicial da Administração.

Quanto à apreciação dos fatos, a tradição americana é que a *judicial review* sobre a Administração se configure como um *appeal*, apelação no sentido anglo-americano, que remete à apreciação de fatos ao juiz de primeira instância e se limita ao controle do Direito.

Esse critério está robustecido pela circunstância de que as leis reguladoras de cada matéria atribuem normalmente a *judicial review* inicial às *Courts of Appeal* federais, partindo da apreciação de fatos realizada pela Administração.

Apesar de hoje esse dogma tradicional não se manter tão rígido, segue preponderando.

A rigidez dessa conclusão se abrandava ante a constatação de irracionalidade, bem como ante a regra da *substantial evidence* (prova material), que permite que o juiz avalie se a prova é ou não capaz de suportar razoavelmente a conclusão de fatos de que partiu a Administração (ENTERRÍA, 2009, pp. 192/203).

Na jurisprudência dos anos 60 e 70, a Suprema Corte dos Estados Unidos se mostrou receptiva à ideia de que a Constituição protegia ao menos em parte o *Second Bill of Rights* (direitos econômicos e sociais), em alguns casos declarando que o Estado tinha o dever afirmativo (*affirmative duty*) de oferecer aos mais pobres recursos

necessários ao exercício do direito de voto e de acesso aos tribunais (QUEIROZ, 2006, p. 30).

No entanto, o Judiciário tem dado preferência a avaliar questões que demandem a efetivação de direitos sociais sob outros prismas, por exemplo, o devido processo legal substantivo. Nessa senda, a decisão da Suprema Corte no caso 489 U.S. 189 (1989), em que o recorrente é um menino vítima de maus-tratos pelo pai, com quem vivia, e reclamava contra assistentes sociais e oficiais locais que receberam queixas de que o recorrente estava sendo abusado pelo genitor, não havendo esses agido em sua proteção.

O recorrente alega que a inércia dos agentes do Estado de Wisconsin violou a cláusula do devido processo legal substantivo insculpida na décima quarta emenda à Constituição dos Estados Unidos. A Corte decidiu que não é o caso e que a cláusula em questão não obriga o estado a prover serviços públicos de proteção, salvo quando há determinadas “relações especiais”. A Suprema Corte (1989) manejou argumentação cujos trechos mais relacionados à presente análise são os seguintes:

A cláusula do devido processo da décima quarta emenda prevê que “nenhum Estado deverá...privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal”. (...)

Nada no conteúdo da cláusula do devido processo exige que o Estado proteja a vida, a liberdade e a propriedade de seus cidadãos contra invasão por atores privados. A cláusula se constitui como uma limitação ao poder do Estado para agir, não como uma garantia de certos limites mínimos de segurança. Ela proíbe que o Estado prive indivíduos da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo, não podendo ser estendida para impor obrigação positiva ao Estado para assegurar que aqueles interesses não venham a ser lesados por outros meios. (...). Os requerentes argumentam, no entanto, que mesmo que a cláusula do devido processo legal não imponha qualquer obrigação positiva do Estado em prover serviços públicos de proteção adequada, um tal dever pode surgir de certas “relações especiais” criadas ou assumidas pelo Estado com respeito a alguns indivíduos. (...). Os requerentes argumentam que tal “relação especial” existiu aqui porque o Estado sabia que Joshua estava diante de um perigo especial de abuso nas mãos de seu pai, e proclamou oficialmente sua intenção de protegê-lo contra aquele perigo.(...).

(...)

Porque, como explicado acima, o Estado não tinha qualquer dever legal de proteger Joshua contra a violência do seu pai, a falha em fazê-lo simplesmente não constitui uma violação da cláusula do devido processo legal.

Dessa forma, vê-se que a Suprema Corte se mostra reticente em permitir uma intervenção do Poder Judiciário em matéria de impor obrigações positivas ao Estado no que concerne aos direitos sociais.

## **CAPÍTULO VIII. A EFETIVAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL.**

Neste capítulo, analisa-se mais diretamente uma questão para a qual chama atenção SPIEKER (2000, p. 299), ao dizer que a cada novo benefício social criado pelo legislador no sentido da garantia de direitos sociais, denunciam-se seus perigos para a economia do país, uma vez que a implantação desses direitos quase sempre impõe dispêndio. Dessa forma e em certo sentido, já nascem como direitos limitados.

Partindo dessa consideração, a análise realizada neste capítulo procura estudar o tema da efetivação dos direitos sociais com base na teoria dos custos dos direitos e na cláusula da reserva do possível.

Parte-se do pressuposto de que o provimento de direitos (no caso específico, direitos sociais) tem um custo e que, sem recursos financeiros, não há Estado; conseqüentemente, não há proteção aos direitos. Essa compreensão não implica necessariamente uma “precificação” dos direitos, mas a constatação de que o seu custo é um elemento fundamental para a efetivação.

Essa constatação não pode, todavia, levar a que se negue o caráter fundamental desses direitos. Não se pode desconsiderar que muitos dos direitos chamados fundamentais negativos, ou direitos de liberdade, também geram custos para o Estado. Como um exemplo, tome-se a recente lei de acesso à informação (Lei n.º 12.257/2011). O custo anual ainda não está estimado, mas há informações de que, nos Estados Unidos, chega a 250 milhões de dólares anuais (IG, 2012) a disponibilização de informações oficiais à população em geral.

Outro exemplo são os gastos milionários realizados pela Justiça Eleitoral no Brasil e em outros países, para garantir eleições livres. Não se olvide, ainda, de todos os custos que envolvem a manutenção de órgãos necessários à garantia das liberdades, como é o caso do Poder Judiciário e do Ministério Público, dentre diversos outros.

Com efeito, a devida implementação dos direitos sociais requer diversas medidas de caráter promocional não só nos campos jurídico e político, mas também social, econômico, sanitário, cultural, tecnológico, entre outros. Além disso, demanda um Estado com cada vez maior capacidade administrativa, burocrática e de governança (KRELL, 2002, p. 21), a requerer, além de enormes esforços de diversas ordens, um grande custo econômico.

Conforme destaca AMARAL (2001, p. 117), o custo da implementação desses direitos pode levar à impossibilidade de garantir sua sindicabilidade (judicialização):

Pretender que as prestações positivas possam, sempre e sempre, ser reivindicáveis, pouco importando as consequências financeiras e eventuais impossibilidades do Erário é divorciar tais pretensões de qualquer fundamento de justiça, seja porque a falta de recursos provocará discriminações arbitrárias sobre quem receberá a utilidade concreta e quem não receberá (*e.g.*, quem teve mais sorte na distribuição da demanda judicial, quem conseguiu divulgação na mídia, quem reivindicou primeiro) e, ainda, desequilíbrio entre as pretensões voltadas para a utilidade em debate e as pretensões voltadas para abstenções arrecadatórias e, ainda, com anseios difusos, voltados para um estado de equilíbrio social, incompatível com a total desestabilização das finanças públicas.

A questão do custo, como ressalta HESSE (2009, p. 49), pode resultar em um “debilitamento dos componentes democráticos da Constituição”. É uma tarefa difícil decidir onde o custo poderá exonerar o Estado de suas responsabilidades constitucionais. Como ressalta HESSE, aí deve se reconhecer “um certo deslocamento de poder do legislador para a jurisdição constitucional”.

Como ressalta CANOTILHO (2008, p. 22), a constitucionalização da ordem política e econômica pelo Direito encontra dificuldades na assimetria entre a responsabilidade imposta ao Estado e a sua efetiva possibilidade de atuação. Dessa forma, pode-se dizer que um baixo nível de arrecadação leva a uma reduzida capacidade de o Estado prover os direitos sociais.

Quanto ao tema dos custos dos direitos, cabe lembrar aqui que um dos fortes argumentos utilizados no meio jurídico brasileiro para a restrição na efetivação de direitos sociais é a *cláusula da reserva do possível*, uma importação do direito alemão.

A *reserva do possível* é invocada para fundamentar a restrição na concessão de direitos sociais pela via judicial quando se entende que não há recursos financeiros suficientes para direcionar ao provimento daquele direito no caso concreto.

Conforme leciona PIMENTA (2012, p. 14), a reserva do possível não implica negar o direito fundamental, mas reconhecer que ele deverá ser ponderado em relação aos princípios orçamentários. Dessa ponderação, pode resultar, em determinado caso concreto, a prevalência do direito fundamental e, em outro caso, a prevalência do princípio orçamentário.

De qualquer forma, ressalva o autor que (PIMENTA, 2012, p. 14)

A atribuição de um maior peso ao direito decorrente de um princípio consagrado por uma norma constitucional programática deverá ocorrer quando se tratar de um direitos fundamentais sociais mínimos (*minimale soziale Grundrechte*), ou seja, direito à moradia, educação fundamental, patamar mínimo de assistência médica, enfim, a um padrão mínimo de sobrevivência (...).

No entanto, conforme pondera KRELL (2002, p. 51), a interpretação de direitos sociais não é uma questão meramente lógica, mas decorre da consciência social do sistema jurídico como um todo. Dessa forma, questiona a mera “importação” de teorias jurídicas a partir de realidades acentuadamente diversas da brasileira, como é o caso da alemã.

Conforme explica, a cláusula da reserva do possível é uma adaptação de uma construção da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (*Der Vorbehalt des Möglichen*), que condiciona a prestação de serviços públicos pelo Estado à disponibilidade econômica. Além disso, a decisão sobre a disponibilidade econômica caberia à discricionariedade dos governos e parlamentos, por ocasião da elaboração orçamentária.

Esclarece KRELL (2002, P. 52) que o Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) entende que os direitos a prestações positivas (*Teilhaberechte*) devem atender à reserva do possível, estabelecendo como limite o que

o indivíduo pode esperar de maneira racional da sociedade. No caso específico citado, a Corte recusou o entendimento de que o Estado tem a obrigação de criar vagas universitárias em quantidade suficiente para todos os candidatos.

A partir dessas considerações, bem como considerando o gravíssimo quadro de disparidade social da sociedade brasileira, KRELL defende que o entendimento correto, segundo a Constituição de 1988, é direcionar os recursos necessários a atender a *todas* as pessoas carentes de direitos sociais. E, no caso de os recursos orçamentários não serem suficientes, deve o Estado retirar os recursos de áreas não tão intimamente ligadas à dignidade humana, como transporte, fomento, serviço de dívida *etc.*

Defende que “os problemas de exclusão social no Brasil de hoje se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparados à situação social dos países-membros da União Europeia” (KRELL, 2002, p. 53).

Certo é que a promoção do bem social dos povos gera forte pressões sobre os gastos estatais. Mesmo na maior economia do planeta, esse fenômeno é verificado. Como a população idosa dos Estados Unidos tem crescido, não apenas em números absolutos, mas também proporcionalmente à população total, os gastos do Governo Federal com programas como *Social Security* e *Medicare* (que provê assistência médica para as pessoas idosas) têm aumentado dramaticamente. Esses programas foram projetados para continuar a crescer, com implicações significativas para o orçamento federal. Uma questão central e preocupante é quanto das receitas do Governo Federal precisam ser separadas para ajudar a pagar os benefícios da *Social Security* e do *Medicare* (STIGLITZ, 2006).

Em relação aos custos dos direitos, é importante notar a lição trazida por SGARBOSSA (2010, pp. 218/9), quanto à distinção entre escassez real (ou econômica) e escassez ficta (ou jurídica). A primeira é fruto da inexistência total do recurso; a segunda, decorrente da indisponibilidade jurídica (disposições orçamentárias).

Com base nessa distinção, pode-se defender que a reserva do possível é aplicável quando é o caso de impossibilidade fática de atendimento da necessidade (como foi o caso do julgamento do Tribunal Constitucional Alemão – BverfGE 33, 303), ou seja, quando há um limite fático à normatividade. Assim, não se aplicaria aos casos de escassez ficta (ou jurídica), uma vez que, nessas hipóteses, o Estado, por uma decisão política, pode contornar a escassez.

Como destaca NOVAIS (2010, p. 115), referindo-se ao conceito de “escassez moderada” (ou ficta):

Afinal, é essa relativização que caracteriza a já referida situação de *escassez moderada*. Nunca há dinheiro porque há sempre múltiplas necessidades prementes com cuja satisfação o Estado se debate, há sempre outras necessidades básicas para onde deslocar os recursos requeridos pela prestação em causa, mas também, em contrapartida, há *sempre* dinheiro porque é sempre possível *desviar* para essa prestação disponibilidades residuais ou inicialmente afectadas a outros fins. Daí a enorme pressão política, mas também jurídica, que envolve a alocação de fundos públicos.

Assim, a questão de definir se há recursos ou não para atender a determinada demanda envolvendo um direito social não envolve exatamente uma questão econômica. Envolve, antes disso, uma questão de competência orçamentária, ou seja, saber se cabe ao juiz interferir na destinação dos orçamentos públicos.

Está claro que não cabe ao juiz verificar ou não a disponibilidade de recursos, tampouco estabelecer as prioridades em matéria orçamentária. Mas, cabe-lhe considerar aceitável ou não o argumento do poder público de que não há disponibilidade de recursos para atendimento à demanda.

Assim, a questão fundamental é (NOVAIS, 2010, p. 118)

(...) saber em que medida pode um juiz, a partir do reconhecimento que faz da violação de um direito fundamental – seja um direito de liberdade seja um direito social – substituir a anterior decisão (acto ou omissão) do poder político pela sua própria decisão.

Dessa forma, ao Poder Judiciário caberá ponderar se, nada obstante a reserva do possível, deve deferir a pretensão, dada a desimportância da questão econômica no caso concreto, dada a urgência e importância da efetivação do direito social em causa.

Chama atenção ALEX Y (2008.2, p. 515) para a aplicação da reserva do possível, argumentando que essa cláusula não pode levar a um esvaziamento do direito, autorizando tão-somente o sopesamento do direito.

Um outro critério de limitação é que quando há um quadro de escassez de recursos, embora os direitos sociais sejam fundamentais, não tocam a todos os indivíduos de forma igualitária. Assim, deverá haver uma calibragem na concessão desses direitos, segundo a necessidade de cada um. Dessa forma, o filho de um milionário, que tem todas as condições de acesso a um bem com recursos próprio, não gozará do mesmo nível de proteção estatal a que faz jus uma criança cuja família é carente de recursos financeiros (NOVAIS, 2005, pp. 49/50).

## **CAPÍTULO IX. O MANDADO DE SEGURANÇA, O MANDADO DE INJUNÇÃO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.**

Uma vez que o presente trabalho se propõe também a tratar da efetivação judicial dos direitos sociais prestacionais inscritos na Constituição do Brasil, cabe analisar, no presente tópico, o mandado de segurança e o mandado de injunção.

O primeiro, porque é um instrumento que já vem sendo bastante utilizado para a imposição ao Poder Público do cumprimento de direitos sociais prestacionais. O segundo, porque é um instrumento que, embora ainda pouco utilizado, poderá ter uma aplicação eficaz para sanar omissões inconstitucionais no que concerne à falta de regramento infraconstitucional de direitos sociais inscritos na Constituição do Brasil.

É importante esclarecer, outrossim, que a intenção não é examinar exaustivamente os dois instrumentos processuais, mas, tão-somente, analisar os aspectos que dizem com a efetivação dos direitos sociais prestacionais.

### **1. O mandado de segurança e a efetivação judicial dos direitos sociais.**

O mandado de segurança está previsto, em sede constitucional, no art. 5.º, LXIX, da Constituição Brasileira de 1988, nos seguintes termos:

conceder-se-á mandado de segurança para 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;

Em sede infraconstitucional, a regra está enunciada no art. 1.º da Lei n.º 12.016/2009.

A partir desses dispositivos, podem-se ver as condições para a concessão do mandado de segurança: (a) um direito líquido e certo; (b) violado ou ameaçado por ato ou omissão ilegal ou abusivo de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas.

Direito líquido e certo, na verdade, é a afirmação de fato (CUNHA, 2010, p. 457) deduzida pelo impetrante. Dessa forma, os fatos devem estar desde a impetração comprovados (prova pré-constituída), não se admitindo dilação probatória.

Em relação à segunda condição exposta acima (b), releva dizer que o ato ilegal deve promanar de autoridade que detenha competência para a prática do ato ou para ordenar a sua prática, estando excluído o agente que simplesmente executa a ordem (art. 6.º, § 3.º, da Lei n.º 12.016/2009).

A sentença que concede a segurança pode ter natureza:

a) mandamental (ou injuntiva), consubstanciando-se em uma ordem à autoridade coatora. Ela tutela o direito do autor forçando o réu a adimplir a ordem do juiz (MARINONI, 2003, p. 461). Em caso de descumprimento, compete ao juiz adotar as medidas coercitivas necessárias (Código de Processo Civil, art. 461, §§ 4.º e 5.º);

b) constitutiva negativa, se determinar a anulação de um ato.

O cumprimento da sentença mandamental deve ser imediato, específico ou *in natura* (MEIRELLES, 2003, p. 98).

O manejo do mandado de segurança é adequado para situações emergenciais, por algumas razões:

1) o art. 4.º, da Lei n.º 12.016/2009, permite que, em caso de urgência, o mandado de segurança seja impetrado por telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada. Além disso, em seu § 1.º, permite que em caso de urgência o juiz notifique a autoridade por telegrama, radiograma ou outro meio que assegure a autenticidade do documento e a imediata ciência pela autoridade;

2) a possibilidade de concessão de liminar, cujos efeitos persistirão até a prolação da sentença (art. 7.º da Lei n.º 12.016/2009).

3) a apelação não tem efeito suspensivo (art. 14.º § 3.º).

Quanto à possibilidade de concessão de medida liminar, como ressalta CAVALCANTI (2009, p. 86), as tutelas de emergência contra a Administração Pública devem equilibrar a efetividade da tutela jurisdicional e a proteção do interesse público.

Todavia, essa afirmação deve ser interpretada, no caso de ordens de cumprimento de alguns direitos sociais prestacionais, com temperamentos, sob pena de ineficácia da medida.

Assim, por exemplo, não seria o caso de se exigir depósito de caução como condição para concessão de liminar que ordene o Poder Público a fornecer medicamento de alto valor ou a custear tratamento de saúde de valor elevado.

Ainda sobre o assunto, importa mencionar, outrossim, que o ordenamento brasileiro impõe restrições materiais à concessão de liminares, estando as principais listadas abaixo. Todavia, nenhuma delas se aplica a direitos sociais prestacionais:

- 1) a proibição de concessão de liminar em mandado de segurança visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens (Lei n.º 4348/64);
- 2) proibição de concessão de liminar para pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias (Lei 5021/1966, art. 1.º, § 4.º);
- 3) a proibição de concessão de liminar para a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza (art. 7.º, § 2.º, da Lei n.º 12.016/09).

A título exemplificativo, cabe mencionar que o Superior Tribunal de Justiça, no ROMS 200902046635, no ROMS 200701125005, no AGA 200602655477 e no AGA 842866, reconheceu o cabimento do mandado de segurança para ordenar ao Poder Público o cumprimento de mandamentos destinados à efetivação do direito constitucional à saúde.

## **2. O mandado de injunção, as omissões inconstitucionais e a efetivação dos direitos sociais prestacionais.**

Uma vez que se está a tratar da efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição, independentemente de sua previsão em sede infraconstitucional, cabe estudar o tema, neste capítulo, sob a ótica das omissões inconstitucionais. Realizar-se-á, outrossim, uma análise do mandado de injunção, instrumento processual apto à solução do problema das omissões constitucionais e de rigorosa adequação para a efetivação dos direitos sociais.

É importante salientar, de logo, que a proposta não é fazer uma análise abrangente das omissões inconstitucionais e do mandado de injunção, destacando os seus aspectos constitucionais e processuais; na verdade, é estudar esses assuntos no que dizem respeito à efetivação dos direitos sociais prestacionais inscritos na Constituição, sem a mínima pretensão de esgotar esses temas, por demais vastos para serem amplamente abordados em um capítulo de dissertação de mestrado.

Cabe lembrar que o entendimento construído ao longo desta dissertação é o de que as normas constitucionais que albergam direitos sociais geram direitos subjetivos e são imediatamente aplicáveis, independentemente de regramento infraconstitucional.

Por essa razão é que se demonstrou, ao longo do trabalho, a possibilidade de o Poder Judiciário prover diretamente a efetivação dessa espécie de direitos, em demandas individuais ou coletivas, de sorte a se conferir força normativa à Constituição e a se prestigiar a hermenêutica que concebe a decisão judicial como construtora do Direito.

A efetivação judicial de direitos sociais constitucionais remete ao tema das omissões inconstitucionais. CANOTILHO (2003, p. 519/20) chega ao extremo de afirmar que os direitos sociais “ficam dependentes, na sua exacta configuração e dimensão, de uma

intervenção legislativa conformadora e concretizadora, só então adquirindo plena eficácia e exequibilidade”.

Embora ilustre de forma eloquente o elo entre a efetivação dos direitos sociais e as omissões inconstitucionais, o entendimento do mestre português, já se viu, não é o que se adota neste trabalho. Da exposição até aqui feita se verifica o entendimento de que a falta de concretização legislativa não deve impedir a satisfação do direito social, ao menos pela via judicial, embora se reconheça que a falta de uma regulação infraconstitucional pode deixá-lo desprovido de contornos seguros.

Em outras palavras, o entendimento até aqui demonstrado é no sentido de que as normas que veiculam direitos sociais prestacionais são de eficácia plena (art. 5.º, § 1.º, da CF), mas que a sua regulamentação infraconstitucional lhes confere contornos mais seguros.

Dessa forma, as omissões inconstitucionais podem levar à insegurança jurídica no que diz respeito à efetivação dos direitos sociais prestacionais na via judicial (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 114).

A omissão inconstitucional se verifica sempre que o legislador ou a autoridade administrativa, obrigado(a) a agir, deixa de fazê-lo, negando, assim, eficácia à Constituição. No caso dos direitos sociais prestacionais, quando o legislador ou o administrador, por sua passividade, deixa de tomar as providências normativas ou materiais necessárias à efetivação desses direitos.

Como ensina MENDES (2005, p. 274/5), no Direito Alemão, e no Direito Brasileiro não há razão para entendimento diverso, à omissão inconstitucional subjaz o dever de legislar imposto pela Constituição. O dever de legislar, naquele sistema, pode decorrer de ordens diretas ou mesmo de princípios constitucionais, desenvolvidos por interpretação.

Caso o dever de legislar seja descumprido pelo Parlamento, cabe ao Poder Judiciário agir, como ressalta PEDRA (2011, p. 181):

Como cediço, os Tribunais Constitucionais, enquanto garante do elo constitucional da sociedade, não devem se ater, apenas, ao exercício do controle de constitucionalidade *stricto sensu* afastando do ordenamento jurídico aqueles atos considerados inconstitucionais. Referidas Cortes devem ir além e atuar em todas as dimensões de um verdadeiro “curador da Constituição”, buscando a efetivação de todas as normas constitucionais que, por vezes, permanecem em estado de latência em face de uma omissão normativa inconstitucional.

Conforme o Prof. André ROSA (2006, p. 31/2) explicita, o Constitucionalismo à época das constituições liberais não demonstrou preocupação com as omissões inconstitucionais. Essas passaram a ser estudadas seriamente e a assumir importância no contexto histórico do surgimento das constituições do Estado Social, especialmente do período entreguerras.

Não parece difícil identificar o porquê dessa coincidência histórica. O grave problema da efetivação de direitos aparece com muito mais evidência em uma Constituição Social, uma vez que ao Estado são impostas tarefas que devem ser realizadas para a promoção de bem estar aos cidadãos, do que em uma constituição liberal, em que os direitos fundamentais, para serem efetivos, muitas vezes demandam apenas um não fazer estatal.

Essas tarefas, como tais, impõem uma postura ativa ao Estado, tanto sob o aspecto legislativo (deve produzir leis tratando dos direitos reconhecidos na Constituição), quanto sob o aspecto regulamentar (deve produzir regulamentos relacionados a essas leis) e, ainda, sob o aspecto executivo, gerencial (deve agir de forma a que os direitos sociais sejam efetivamente implantados no “mundo dos fatos”).

Assim é que o prof. André ROSA (2006, p. 46) escreve que “Nos parece que sólo en el contexto del Estado social tiene sentido estudiar el tema de las omisiones legislativas”. E explica que (p. 102) o imperativo de promoção da igualdade material permite ao Poder Judiciário, nesse mister, não apenas funcionar como legislador negativo,

mas, também, atuar como “verdadero órgano de corrección activa de la labor del parlamento”.

Com efeito, embora neste trabalho se entenda que os “vácuos” normativos fazem parte do ordenamento jurídico, as omissões inconstitucionais, evidentemente, não são desejáveis, uma vez que podem agir como um “processo anômalo de mutação constitucional”, promovendo a alteração informal da Constituição, em seu alcance, retirando-lhe força normativa, sem lhe alterar o texto (PEDRA, 2011, p. 189).

As omissões inconstitucionais podem ser legislativas ou administrativas. As primeiras, quando a Constituição impõe o dever de legislar e o Parlamento não o faz; as segundas, quando a autoridade administrativa deixar de regulamentar um direito constitucionalmente assegurado ou mesmo quando deixa de adotar providências executivas que garantam a sua efetivação.

A omissão inconstitucional pode ser total ou parcial (MENDES, 2005, p. 385/7). O primeiro caso acontece quando não há norma infraconstitucional sobre o tema; o segundo, quando a norma trata do tema de forma insuficiente.

As omissões inconstitucionais absolutas (totais) são de fácil reconhecimento, uma vez que se afiguram quando há uma norma constitucional estabelecendo um direito que não é eficaz por falta de edição de ato legislativo (ROSA, 2006, p. 155) ou administrativo.

No caso das omissões relativas, cabe uma análise mais detalhada, porque a insuficiente regulamentação infraconstitucional do direito constitucionalmente assegurado pode se apresentar, ao menos, sob duas formas (ROSA, 2006, p. 157): (i) um ou alguns aspectos da norma constitucional não foram regulados – pensamos que é o caso, por exemplo, da falta de inclusão de certos medicamentos essenciais à vida e à saúde nas listas da ANVISA de fornecimento gratuito pelo Sistema Único de Saúde – SUS; (ii) um ou alguns possíveis destinatários da norma constitucionais não foi(ram) contemplado(s), podendo gerar um tratamento anti-isonômico.

O tema das omissões inconstitucionais remete diretamente aos instrumentos hábeis a colmatá-las, dentre os quais se destaca, no âmbito deste estudo, o mandado de injunção, instrumento previsto em sede constitucional no art. 5.º, LXXI:

conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Uma primeira afirmação que pode ser feita, a partir do dispositivo, é que o mandado de injunção se presta à regulamentação de direitos sociais constitucionais em sede legislativa (omissão legislativa) ou administrativa (omissão administrativa). Dessa forma, criam-se balizas mais seguras para a efetivação dos direitos sociais, como já destacado.

Segundo CUNHA JÚNIOR (2008, p. 533/5), a expressão “norma regulamentadora”, insculpida no art. 5.º, XXXI, da CF/88, merece uma interpretação extensiva, de modo a abranger não apenas atos legislativos, mas também atos regulamentares e, até mesmo, atos materiais da Administração Pública. Com efeito, a inexistência de um ato regulamentar, a existência de um ato regulamentar incompleto, ou a omissão na realização de providências materiais pode dificultar ou, até mesmo, inviabilizar a fruição do direito social prestacional.

Apesar de não ser o único instrumento judicial apto à efetivação de direitos sociais prestacionais, como já exposto ao longo da dissertação, possivelmente o mandado de injunção é o mais adequado, uma vez que é apto a conferir segurança jurídica à atuação judicial, especialmente se se entender, como se fará ao longo deste capítulo, que a decisão prolatada no bojo desse instrumento gera efeitos *erga omnes*.

Dessa forma, o mandando de injunção se apresenta como um importante instrumento para conferir força normativa à Constituição, no que concerne aos direitos sociais, com a vantagem de permitir que sejam conferidos judicialmente a esses direitos contornos mais definidos e, assim, mais seguros.

Quanto aos efeitos da decisão prolatada no mandado de injunção, podem-se listar as seguintes teorias (MAZZEI, 2008, p. 222 e ss.), tratadas sob outras denominações por outros autores, embora representando os mesmos conceitos:

- Teoria da Subsidiariedade – o julgador deve se limitar a declarar a mora legislativa, cientificando a autoridade omissa sobre a mora na edição normativa. Foi adotada em diversos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, a exemplo do MI n.º 107-3/DF;
- Teoria da Resolutividade – a natureza da decisão é constitutiva *inter partes*, com a criação pela via judicial da norma inexistente. Essa corrente se divide entre (i) os que entendem que o juiz, além de editar a norma para o caso concreto, deve resolvê-lo – caso do professor Ivo DANTAS, em trabalho pioneiro (DANTAS, 1994, p. 97), bem como de PACHECO (2008, p. 359) – e aqueles que, contrariamente, entendem que a solução da lide é tema estranho ao mandado de injunção, devendo ser buscada em processo autônomo;
- Teoria Mista (Teoria da Subsidiariedade combinada com a da Resolutividade) – o juiz concede um prazo para que a autoridade competente edite a norma faltante. Ultrapassado o prazo, o juiz regulamenta o exercício do Direito; e a
- Teoria da Independência Jurisdicional – a decisão no mandado de injunção detém caráter constitutivo *erga omnes*, gerando a edição de uma norma geral e aplicando-se a todos os casos análogos.

O professor Ivo DANTAS (2010.b, p. 342), em exposição sobre os efeitos do mandado de injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, explica que tradicionalmente a Corte adotou a corrente não-concretista (ou da subsidiariedade), abraçando a tese de que os efeitos do mandado de injunção são análogos aos da ação de

inconstitucionalidade por omissão, ou seja, cabe apenas prolatar a mora legislativa e comunicá-la à autoridade/Poder competente (MI 219/DF).

Aponta, ainda, que uma nova fase é inaugurada em 1991, adotando o Supremo Tribunal Federal a corrente concretista intermediária, ou teoria mista (DANTAS, 2010.b, p. 343), pela qual a Corte fixa um prazo para que a autoridade/Poder edite a norma. Caso não o faça, a Corte confere o direito ao impetrante (MI's 283, 282 e 284).

Como destaca o Professor (DANTAS, 2010.b, p. 344), o verdadeiro ponto de inflexão na jurisprudência do Supremo em relação ao tema ocorreu no ano de 2007. No julgamento do MI 721/DF, o Tribunal adotou a corrente concretista individual (teoria da resolutividade), quando aplicou “o art. 57 da Lei da Previdência Social (8.213/91) para conceder aposentadoria especial (por insalubridade) a servidora pública que teve negado o benefício pela inexistência da lei complementar mencionada no art. 40, § 4.º da Constituição Federal”.

Verifica-se, por ocasião do julgamento desse mandado de injunção, que o Poder Judiciário conferiu uma dimensão muito mais altaneira ao instrumento, atribuindo-se o poder-dever de elaborar uma norma no caso concreto analisado.

Nessa linha evolutiva, o Supremo Tribunal avançou ainda mais um degrau (DANTAS, 2010.b, p. 346), ao reconhecer, nos MI's coletivos 670, 708 e 712, o direito de greve aos servidores públicos, aplicando a lei de greve dos trabalhadores privados (Lei n.º 7.783/89).

A grande novidade, no julgamento desses MI's, é que às decisões foram conferidos efeitos *erga omnes*, aplicando a Lei n.º 7.783/89 a todo o funcionalismo público e não apenas às categorias impetrantes, como se vê do excerto (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008):

#### MI 670

o Tribunal resolveu a omissão legislativa “com a aplicação da Lei n.º 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, em parte, o senhor Ministro Maurício Correia (Relator), que conhecia apenas para certificar a mora do

Congresso Nacional e os senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações (...).

Vê-se, assim, que o entendimento mais recente abraçado pelo Supremo Tribunal Federal é o que se mostra mais consentâneo com a eficácia do mandado de injunção e que, dessa forma, o instrumento se reveste de perfeita adequação para sanar as omissões legislativas e regulamentares inconstitucionais, inclusive no que concerne aos direitos sociais prestacionais.

Todavia, cabe reconhecer que, muitas vezes, a efetivação de direitos sociais prestacionais não depende apenas de providências legislativas ou regulamentares, mas, também, de providências materiais.

A esse respeito, como ensina o Professor Ivo DANTAS (2007, p. 512/3), por gerar efeitos concretos, o mandado de injunção pode dar ensejo a que o Poder Judiciário obrigue “a parte ré ao cumprimento da decisão, tal como determina a verdadeira inteligência da CF/88, em seu art. 5.º, LXXI”.

Certamente, o entendimento do Professor Ivo DANTAS confere ainda mais poder ao mandado de injunção e, em consequência, mais força às normas constitucionais, especialmente àquelas que albergam direitos fundamentais.

A única observação a ser feita aqui sobre esse entendimento é que, caso o cumprimento efetivo do direito seja de competência de pessoa diversa daquela responsável pela normatização, dever-se-lhe-á assegurar o contraditório e a ampla defesa, com garantia de efetiva participação no processo.

Por todas as razões expostas ao longo deste capítulo, entende-se aqui o mandado de injunção como um instrumento poderoso no que diz respeito à efetivação judicial dos direitos sociais prestacionais, apto a sanar omissões legislativas e administrativas e, assim, assegurar a força normativa da Constituição.

## **CAPÍTULO X. A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

Nesta fase da dissertação, com a finalidade de demonstrar como o Supremo Tribunal Federal tem tratado o tema da efetivação dos direitos sociais prestacionais, foram pesquisados acórdãos e decisões monocráticas proferidos nos últimos cinco anos, na página [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), representativos das correntes jurisprudenciais da Corte, com as expressões de busca “direito à saúde”, “direito à educação”, “dignidade da pessoa humana”, “direitos sociais”, “judicialização da política”, “reserva do possível” e “mínimo existencial”.

Conforme demonstrado acima, adota-se nesta dissertação o entendimento de que o art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal, confere também às normas constitucionais que albergam direitos sociais, direitos fundamentais que são, aplicabilidade imediata. Entende-se aqui que essa espécie de direitos, no nosso sistema constitucional, é protegida pela *cláusula de intangibilidade de direitos sociais e coletivos* (art. 60, § 4.º, IV, da Constituição Federal) (DANTAS, 2007, p. 112).

Conforme exposto acima, também se adota aqui o entendimento de que normas constitucionais que albergam direitos sociais geram direitos subjetivos e, nessa condição, são realizáveis judicialmente, sem a necessidade de mediação legislativa para serem efetivados.

No presente capítulo, ponto culminante do trabalho, pretende-se analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a efetivação dos direitos sociais constitucionais, utilizando-se como fios condutores as teorias analisadas.

Como expõe BARROSO (tratando especificamente do direito à saúde), o argumento da dignidade da pessoa humana (albergado no art. 1.º da Constituição Federal) costuma ser relevante nas decisões jurisprudenciais brasileiras em relação à efetivação dos direitos sociais. Cita como exemplo o decidido em STF, DJ 26 abr. 2010, STA 316 SC, Rel. Min. Gilmar Mendes (presidente).

O Supremo Tribunal Federal, com efeito, seja pelo argumento da dignidade da pessoa humana ou amparado em norma constitucional que especificamente dispõe sobre direitos sociais prestacionais, vem entendendo pela aplicabilidade desses direitos por efeito direto da Constituição.

Assim ocorreu em julgamento de demanda proposta por menor contra o Estado de Santa Catarina (STF,1997), na qual o Supremo Tribunal Federal entendeu que não deveria suspender decisão que impunha ao Ente da Federação o provimento dos meios necessários à realização de transplante de células mioblásticas, único meio capaz de salvar a vida do requerente, portador da doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene.

O Supremo Tribunal fundamentou a decisão na

(...) impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) e de dispensar especial tutela à criança e ao adolescente (CF, art. 6º, c/c art. 227, § 1º) (...)

A Corte argumentou, ainda, que entre a proteção ao direito à vida, “direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5.º, *caput*)” e a garantia de interesses financeiros do Ente Público, razões ético-jurídicas impõem a escolha da primeira opção.

Entendimento semelhante foi adotado no julgamento de Agravo em Recurso Extraordinário, em que o Município de Porto Alegre visava a obter reforma, no Supremo Tribunal Federal, de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que condenara o Município, em obrigação solidária com o Estado do Rio Grande do Sul, ao fornecimento gratuito de medicamentos necessários ao tratamento da AIDS para portadores do vírus HIV destituídos de recursos financeiros (STF, 2000):

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política (...) não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Importante trazer o decidido na ADPF 45/MC (STF, 2004), proposta contra o veto do Presidente da República em relação ao art. 55, § 2.º (posteriormente renumerado para art. 59) da proposição legislativa que se converteu na Lei n.º 10.707/2003 (Lei de Diretrizes Orçamentárias), sob o argumento de que o veto contrariava preceito fundamental insculpido na Emenda Constitucional n.º 29/2000, que garantia aplicação de recursos mínimos na saúde.

Na decisão, o Supremo Tribunal, apesar de ter, ao final, prolatado a prejudicialidade da pretensão em razão da perda superveniente de seu objeto, construiu argumentação no sentido de que a implementação e efetivação dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) depende, em larga medida, de possibilidades orçamentárias, e que o Estado se desonera da obrigação se comprovar que não há meios de realização do direito em um dado momento.

Nesse toar, consigna o Tribunal que a cláusula da reserva do possível não pode ser utilizada pelo Poder Público, salvo em caso de motivo justo devidamente comprovado, para exonerar-se de suas obrigações constitucionais em relação aos direitos sociais fundamentais, de forma a se esquivar de garantir o mínimo existencial às pessoas.

Ressalta a Corte, ainda, nesta decisão, que a reserva do possível não pode impedir a realização de direitos sociais, quando presente (a) a razoabilidade da pretensão individual, de um lado, e (b) a existência de disponibilidade financeira do Estado, de outro.

Neste outro caso, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar em sede de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário, em acórdão que entendeu que compete ao Estado providenciar os meios de atender à norma do art. 208, IV, da Constituição Federal, para assegurar que as crianças de 0 a 6 anos de idade tenham direito a frequentar uma creche.

Consignou a Corte, ainda, que o atendimento a direitos fundamentais, como é o caso da educação, não está no âmbito de discricionariedade da Administração Pública, a qual deve envidar todos os esforços para efetivá-los. Assim, o descumprimento por parte do Poder Público justifica a atuação do Poder Judiciário em favor da garantia desses direitos.

Nesta outra decisão de 2007 (STF, 2007-A), prolatada em sede da Suspensão de Tutela Antecipada n.º 91/AL, o Supremo Tribunal deferiu parcialmente a medida, entendendo que o Estado de Alagoas apenas estava obrigado ao fornecimento dos medicamentos listados na Portaria 1318, do Ministério da Saúde.

Em sua decisão, a Presidência do Supremo Tribunal consignou que o deferimento da tutela antecipada, sob o argumento de efetivar o direito à saúde, poderia, na verdade, inviabilizar o sistema de saúde, e, ainda, levar a uma desigualdade de tratamento em relação às pessoas que dele precisam.

No mesmo sentido, este outro julgamento de 2007 (STF, 2007-B), o Supremo Tribunal decidiu que a determinação de custeio de medicamento a uma só pessoa poderia prejudicar a prestação dos serviços de saúde a diversas outras (STF, 2007).

Já neste outro caso, (STF, 2010-A) o Supremo Tribunal Federal condenou o Poder Público a efetuar o transporte da rede pública de ensino, consignando que a educação é dever do Estado e que cabe ao Poder Judiciário impor a efetivação de políticas públicas, mormente aquelas fixadas pela Constituição Federal.

Ressaltou naquele julgamento que a educação infantil, qualificando-se como direito fundamental de toda criança, não está na esfera de discricionariedade da Administração, tampouco se subordina a razões de pragmatismo governamental.

Explicitou, outrossim, que embora não caiba ao Poder Judiciário definir políticas públicas, cabe-lhe impor aos Poderes inadimplentes o cumprimento de encargos político-jurídico com caráter mandatório.

Em outro acórdão (STF, 2010-B), prolatado em caso em que o Estado de Pernambuco tentava suspender liminar concedida por juiz federal para que desse apoio ao Município de Petrolina/PE na reestruturação de hospital localizado naquele Município, foi mantida pelo Supremo Tribunal Federal imposição para que o Estado de Pernambuco participasse, conjuntamente com o Município de Petrolina, da restauração do hospital, como uma forma de garantir aos cidadãos o acesso à saúde.

No Recurso Extraordinário n.º 482611/SC (2010-C), o Supremo Tribunal entendeu que não é lícito ao poder público invocar a cláusula da reserva do possível para negar o atendimento ao mínimo existencial, julgando contra a pretensão do Estado de Santa Catarina. Assim, entendeu o Tribunal que cabe àquele Ente Federativo, com base no art. 227 da Constituição Federal, tomar medidas específicas para proteção aos menores.

Neste outro acórdão (STF, 2011), o Tribunal manteve condenação para que o Município de São Paulo matriculasse crianças em unidades de ensino infantil, próximas a suas residências ou ao endereço de trabalho de seus responsáveis legais. Como fundamentação, o Supremo Tribunal se apoiou na “compreensão global do direito constitucional à educação”, “legitimidade constitucional da intervenção do poder judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na constituição”, na “proteção judicial de direitos sociais”, “reserva do possível”, “mínimo existencial”, “dignidade da pessoa humana”, “vedação do retrocesso social” e a questão das “escolhas trágicas”.

Ficou consignado ainda, no aresto, que apesar de caber primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo a formulação e execução de políticas públicas, deve o Judiciário, ainda que em bases excepcionais e especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela Constituição Federal, determinar sejam aquelas implementadas.

A Corte entendeu que o Poder Público, ante a escassez de recursos, de um lado, e a implementação de direitos constitucionais que demandam custos econômicos, de outro,

deve superar esse antagonismo, realizando o que se chama de “escolhas trágicas”, que consistem na opção por determinados valores em detrimento de outros. Segundo o acórdão, o prestígio de certos valores deve ser pautado pela intangibilidade do mínimo existencial e pela dignidade da pessoa humana.

Esclareceu, outrossim, que não é facultado ao Poder Público invocar a cláusula da reserva do possível para frustrar a implementação de políticas públicas previstas na Constituição Federal, uma vez que encontra limitação na garantia constitucional do mínimo existencial.

O acórdão entendeu, ademais, que o mínimo existencial, emanção direta do postulado da dignidade da pessoal humana, decorre de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III). Traduz-se como um complexo de prerrogativas cuja concretização se revela capaz de garantir condições adequadas de existência digna, assegurando acesso efetivo ao direito geral de liberdade, bem como a prestações positivas originárias do Estado no sentido da plena fruição de direitos sociais básicos (direito à educação, à proteção integral da criança e do adolescente, à saúde, à assistência social, à moradia, à alimentação e à segurança).

Por fim, o aresto se utilizou do conceito de “proibição do retrocesso social como obstáculo constitucional à frustração e ao inadimplemento, pelo poder público, de direitos prestacionais”. Segundo esse preceito, não cabe, em matéria de direitos fundamentais de caráter social, o retorno a estágio anterior ao das conquistas já alcançadas. Dessa forma, estando os direitos sociais prestacionais já reconhecidos, cabe agora avançar, no sentido de sua efetivação, bem como não suprimir total ou parcialmente o seu reconhecimento.

Os acórdãos e decisões trazidos acima demonstram que apesar de existirem visões antagônicas no Supremo Tribunal Federal acerca da judicialização dos direitos sociais, há um grande número de decisões que entendem que esses direitos fundamentais são judicializáveis.

Essas visões antagônicas parecem ser bem definidas, de um lado, pelo entendimento do Ministro Gilmar Mendes e, por outro, pelo entendimento do Ministro Ricardo Lewandovski (CONJUR, 2012).

No entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, “é difícil para o Judiciário fazer essa intervenção (nas políticas públicas), pois sua execução depende de um desenho de política pública, de orçamento, e pode esbarrar no chamado limite do financeiramente possível”.

Já Ricardo Lewandovski sustenta que os direitos fundamentais devem ser implementados incondicionalmente. Afirma que “nesse caso, não há que se falar em reserva do possível, pois entram em cena valores constitucionais mais elevados”.

A partir da análise dos acórdãos e decisões acima, os que entendem pela judicialização dos direitos sociais se utilizam, muitas vezes, de expressões como mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e cláusula da reserva do possível. Já os que entendem pela não sindicabilidade desses direitos, invocam não raro o princípio da igualdade, aduzindo que o deferimento de medidas para a efetivação de direitos sociais, caso a caso, leva a um tratamento não isonômico.

## CONCLUSÃO.

O presente trabalho procurou fazer um estudo da efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário.

Assim, partiu-se, na introdução, da análise da cientificidade do Direito, base para o estudo realizado nesta dissertação. De fato, a possibilidade de análise científica do Direito permitiu que se estabelecesse uma metodologia para o estudo, utilizando-se as fontes consultadas como limite para as conclusões.

Da mesma maneira, permitiu que o trabalho fugisse dos “saltos gnoseológicos”, podendo se estruturar de uma forma que raciocínios e conclusões posteriores estão sempre “ancorados” em raciocínios e conclusões antecedentes. Ainda como uma consequência dessa elaboração metodológica, procurou-se demonstrar os diversos “lados” das questões abordadas, com os argumentos *pro et contra* as teses adotadas.

Em seguida, no Capítulo I, de feição mais histórica, foi trazida a formação do Estado Constitucional, bem como o processo de constitucionalização dos direitos sociais. Entendeu-se essa análise importante porque não há sentido se falar em direitos sociais constitucionais fora de um estado constitucional em que tais direitos sejam reconhecidos pelo Texto Fundamental.

No Capítulo II, primeiramente, tentou-se demonstrar que os direitos de liberdade e os direitos sociais não apresentam notas distintivas tão claras quanto tradicionalmente se sustenta. Assim, esclareceu-se que assim como há direitos de liberdade cuja proteção impõe custos e ações ao Estado, há direitos sociais que impõem uma omissão e não demandam recursos financeiros.

Na segunda parte do Capítulo, foram expostas as controvérsias atinentes ao caráter fundamental dos direitos sociais constitucionais. Nessa parte, a dissertação demonstra uma clara argumentação favorável à compreensão desses direitos como

direitos fundamentais plenos, sem se esquivar de trazer à discussão os argumentos contrários, ora a entender que os direitos sociais não são fundamentais, ora que são direitos fundamentais “rebaixados”.

O Capítulo III, por sua vez, parte da fluidez da interpretação jurídica, que leva a resultados díspares nas decisões judiciais. Na sequência, tenta-se demonstrar que os princípios podem nortear a interpretação e que, em matéria de direitos sociais, devem ser considerados o princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.

O Capítulo IV, por sua vez, analisa as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos sociais para, a partir daí, argumentar que os direitos sociais são direitos subjetivos imediatamente aplicáveis e, nessa condição, invocáveis pelo titular perante o Poder Judiciário.

No Capítulo V, foram analisados alguns elementos que dificultam a efetivação dos direitos sociais nos Estados “periféricos”, como é o caso do Brasil. Em relação ao tema, foi abordada a “crise” da Constituição Dirigente e o problema da Constitucionalização Simbólica.

O Capítulo VI trouxe a importante discussão sobre a efetivação dos direitos sociais constitucionais sob a ótica da crise da constituição dirigente e da constitucionalização simbólica, demonstrando-se que há um fosso entre o que enuncia a Constituição Brasileira e a prática constitucional, como consequência de uma falta de amadurecimento institucional e social.

No capítulo VII, analisa-se o tema da dissertação sob o enfoque da separação dos poderes e da judicialização da política, bem como a forma como pode se dar a efetivação judicial dos direitos sociais, trazendo-se elementos dos ordenamentos colombiano, francês, norte-americano, português e alemão. Demonstrem-se, aqui, as teorias contrárias, que propugnam que conferir ao Judiciário a efetivação dos direitos sociais, ou seja, a

judicialização da política, subverte a separação dos poderes, pois, segundo esse entendimento, não cabe a esse Poder imiscuir-se na atividade dos demais.

No capítulo VIII, traz-se a inevitável e decantada discussão da questão dos custos de efetivação dos direitos sociais, posta por parte da doutrina como um sério obstáculo à efetivação judicial desses direitos. Debate-se invocação da cláusula da reserva do possível, como um obstáculo a essa efetivação.

No entanto, defende-se que a cláusula da reserva do possível só pode ser alegada quando demonstrado que o interesse orçamentário se sobrepõe à dignidade da pessoa humana e à garantia do mínimo existencial no caso concreto.

No capítulo IX, analisam-se dois instrumentos de grande importância para a efetivação judicial dos direitos sociais: o mandado de segurança e o mandado de injunção.

No Capítulo X, estudam-se diversas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, mostrando a evolução do entendimento da Corte. A partir da análise de acórdãos e decisões, tenta-se apontar, além do entendimento esposado, os fundamentos e expressões utilizados contra e a favor da judicialização dos direitos sociais, como, por exemplo, mínimo existencial, reserva do possível, dignidade da pessoa humana, igualdade, dentre outros.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Teoria dos Direitos Subjetivos e o problema da positivação dos Direitos Humanos como fundamentos da Legalidade Constitucional*. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco e ADEODATO, João Maurício (organizadores). Princípio da legalidade. Da dogmática jurídica à Teoria do Direito. 1.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009.1.

\_\_\_\_\_. *As retóricas na história das ideias jurídicas no Brasil – originalidade e continuidade como questões de um pensamento periférico*. Revista da ESMape. Recife, v. 14, n. 29, p. 243-278, jan./jun. 2009.2.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do direito – uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 2009.3, 4.<sup>a</sup> ed.

\_\_\_\_\_. *Ética e retórica – para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009.4, 4.<sup>a</sup> ed.

\_\_\_\_\_. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo. Editora Noeses. 2011.

AGRA, Walber de Moura. *A legitimação da jurisdição constitucional pelos direitos fundamentais*. In: AGRA, Walber Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (coord.). Constitucionalismo. Desafios do terceiro milênio. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2008, p. 487-516.

AGUIAR, Maria Madalena Salsa. *Controle judicial de políticas públicas no Brasil: um estudo sobre a judicialização dos direitos sociais prestacionais*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. 2010.

AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodologia da ciência do direito*. São Paulo: Max Limonad. 1999.

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais. Introdução geral*. Estoril. Príncipia Editora. 2007.

\_\_\_\_\_. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*. Coimbra. Almedina. 2006. Vol.2.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Deutschland. 1994. Tradução de Luiz Henrique Diniz Araujo.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.1.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo. Malheiros. 2008.2.

ALMEIDA, Domingos Paiva de. *Regards sur le droit brésilien*. Revue Internationale de droit comparé. Paris, n. 4, p. 879-890, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo*. In: COSTA, Thales Morais da. Introdução ao direito francês. Curitiba. Juruá Editora, p. 269-314, 2009.

AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes*. In TORRES, Ricardo Lobo (organizador). Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro. RENOVAR. 2001.

AÑÓN, María José. *Derechos Socieles: Inconsistencias de una visión compartimentada*. In. Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios em homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba. Madrid. Editorial Dykinson. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo, Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf). Acesso em 22 de junho de 2011.

BAUER, Martin W. e GASKELL, George. *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som*. Petrópolis: Vozes, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. *Democracia, inclusão social e igualdade*. In: SANTOS, Gustavo Ferreira (coordenador). Constituição e Constitucionalismo. Curitiba. Juruá Editora. 2010.

BOBBIO, Norberto. *Eguaglianza e libertà*. Torino, EINAUDI, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. Malheiros. 2007.

BOTELHO, Marcos César. *O fornecimento de medicamentos pelo Estado: considerações à luz do Klaus Günter*. Revista da Advocacia-Geral da União, n.º 20, ano VIII, Brasília/DF, abr./jun. 2009, pp. 285-304.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário n.º 273.834-4/RS. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Cristiane Carneiro Bortolaz. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=335790&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20273834%20-%20AgR>. Acesso em 15 de junho de 2011.

\_\_\_\_\_. Medida Cautelar na Petição n.º 1246 MC/SC (PET 1246 MC/SC). Requerente: Estado de Santa Catarina. Requerido: João Batista Gonçalves Cordeiro. Ministro Celso de Mello. Decisão Monocrática. Julgamento em 31/01/1997. DJ 13/02/1997.

\_\_\_\_\_. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45 (ADPF 45 MC / DF). Agravante: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). Agravado: Presidente da República. Decisão Monocrática. Min. Celso de Mello. Julgamento em 29/04/2004. DJ 04/05/2004.

\_\_\_\_\_. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 410715 (RE 410715 AgRg/SP). Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. 2.ª Turma. Min. Celso de Mello. Julgamento em 22/11/2005. DJ 03/02/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 393.175-0. Relator: Ministro Celso de Mello. 2.ª Turma. Decisão unânime. Brasília, 12 de dezembro de 2006. DJ 02-02-2007 PP-00140.

\_\_\_\_\_. Suspensão de Tutela Antecipada n.º 91/Al (STA 91/AL). Requerente: Estado de Alagoas. Requerido: Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Ministra Ellen Gracie. Presidência. Decisão Monocrática. Brasília, 26 de fevereiro de 2007. DJ 05/03/2007 (2007-B).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presidência. SS 3.073/RN. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Decisão monocrática. Brasília. DJU de 14.2.2007 (2007-C).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 670/ES. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo. Acórdão. Brasília. DJU de 30.10.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda turma. RE-AgR 603575/SC. Relator: Ministro Eros Grau. Decisão unânime. Brasília, 20.04.2010. DJe-086 PUBLIC 14-05-2010-A.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PLENO. SL-AgR 47. Decisão unânime. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17.03.2010. DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010-B.

\_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário n.º 482.611/SC (RE 482.611/SC). Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Município de Florianópolis. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 23/03/2010. DJe 06/04/2010 (2010-C).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SEGUNDA TURMA. ARE 639337. Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão unânime. Brasília, 23.08.2011. DJe-177 DIVULG 14.09.2011 PUBLIC 15.09.2011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário n.º 273.834-4/RS. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Cristiane Carneiro Bortolaz. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=335790&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20273834%20-%20AgR>. Acesso em 15 de junho de 2011.

BURDZINSKI, Júlio César. *Os problemas do fundacionismo*. KRITERION, Belo Horizonte, UFMG, n.º 115, pp. 107-125, junho/2007.

BUSINESS MONITOR INTERNATIONAL. Brazil Oil and Gas Report Q2 2011. <http://www.marketresearch.com/Business-Monitor-International-v304/Brazil-Oil-Gas-Q2-6205440/>. Acesso em 26 de dezembro de 2011.

CAMPENHOUDT, Luc Van. *Introdução à análise dos fenômenos sociais*. Lisboa: Gradiva, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.<sup>a</sup> ed. Coimbra, Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. *“Brançosos” e Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra, Almedina, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1999.

CASTILLO, Olivia Reina. *La protección judicial de los derechos sociales*. Bogotá, Leyer, 2004.

CASTRO JR., Torquato. *Metáforas de letras em culturas jurídicas da escrita. Como se é fiel à vontade da lei?* In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco e ADEODATO, João Maurício (organizadores). *Princípio da legalidade. Da dogmática jurídica à Teoria do Direito*. 1.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009.

CAÚLA, César. *Dignidade da pessoa humana, elementos do estado de direito e exercício da jurisdição. O caso do fornecimento de medicamentos excepcionais no Brasil*. Bahia: Jus Podium, 2010.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *A reserva de densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade*. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco e ADEODATO, João Maurício (organizadores). *Princípio da legalidade. Da dogmática jurídica à Teoria do Direito*. 1.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009-A.

\_\_\_\_\_. *O novo regime jurídico do mandado de segurança*. São Paulo, MP Editora, 2009-B.

CORREIA, Sérvulo. *Direito do Contencioso Administrativo I*. Lex, 2005.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Direitos sociais e controle jurisdicional de políticas públicas. Algumas considerações a partir dos contornos do Estado Constitucional de Direito*. Disponível em < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/19437>>. Acesso em 02 de julho de 2011.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 8.<sup>a</sup> ed. Dialética, São Paulo, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. 2.<sup>a</sup> ed. Saraiva, São Paulo, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos. Da Idade Média ao século XXI*. São Paulo, Saraiva, 2010.

DANTAS, Ivo. *Mandado de injunção. Guia teórico e prático*. 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1994.

\_\_\_\_\_. *O valor da Constituição. Do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro / São Paulo: Método, 2001.

\_\_\_\_\_. *Constituição e Processo*. 2.<sup>a</sup> ed. Curitiba: Juruá, 2007.

\_\_\_\_\_. *Novo Direito Constitucional Comparado. Introdução. Teoria e metodologia*. 3.<sup>a</sup> ed. Curitiba: Juruá, 2010.

\_\_\_\_\_. *Novo processo constitucional brasileiro*. Curitiba, Juruá, 2011.b.

DENIZEAU, Charlotte. *Le droit au logement découle-t-il de l'alinéa 1<sup>er</sup> du Préambule de 1946?* In: GAUDEMET, Yves. *Le Préambule de la Constitution de 1946*. Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2008.

DIÁRIO DE PERNAMBUCO. *Um país (longe) do futuro*. Recife, 3 de novembro de 2011, p. A10.

DUGUIT, Léon. *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état*. Paris, Librairies Félix Alcan et Guillaumin Réunies, 1908.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue. The theory and practice of equality*. Cambridge, Harvard University Press, 2002.

\_\_\_\_\_. *Taking rights seriously*. Cambridge, Harvard University Press, 1978.

EGAS, Jorge Zavala. *Teoría e práctica procesal constitucional*. Quito, Edilex S.A., 2011.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, jueces e control de da Administración*. Navarra: Editorial Aranzadi. 2009.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 489 U.S. 189 (1989). Recorrente: Deshaney, a minor, by his guardian ad litem, et el. Recorrido: Winnebago County Department of Social Services et al. Disponível em [http://scholar.google.com/scholar\\_case?case=5543768239799414902&q=affirmative+duty+social+rights&hl=en&as\\_sdt=4,60](http://scholar.google.com/scholar_case?case=5543768239799414902&q=affirmative+duty+social+rights&hl=en&as_sdt=4,60). Acesso em 16 de junho de 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo. Saraiva. 2003.

FRANÇA. CONSELHO DE ESTADO. Conseil d'État n.º 275516. Disponível em [http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=1&fond=DCE&Page=1&querytype=advanced&NbEltPerPages=4&Pluriels=True&dec\\_id\\_t=275516](http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=1&fond=DCE&Page=1&querytype=advanced&NbEltPerPages=4&Pluriels=True&dec_id_t=275516). Acesso em 18 de junho de 2011.

FRANÇA. CONSEIL D'ETAT. SECTION DES RAPPORT E DES ETUDES. *Rapport public 2009 (extraits). Considérations générales: "Droit au logement, droit du logement"*. Paris, 2009.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editora - safe, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

\_\_\_\_\_. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Saraiva, São Paulo: 2009.

\_\_\_\_\_. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Deutschland. 20. Auflage. 1999. Tradução de Luiz Henrique Diniz Araujo.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Trad. Stella Mastrangelo. Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores, 2011.

IG. *No primeiro dia da Lei de Acesso à Informação, sistema tem mais de 700 consultas*. Disponível em <http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2012-05-16/no-1-dia-da-lei-de-acesso-a-informacao-sistema-tem-mais-de-700-c.html>. Acesso em 01 de junho de 2012.

JIMÉNEZ, Leonarda García. *Aproximación epistemológica al concepto de ciencia: una propuesta básica a partir de Kuhn, Popper, Lakatos y Feyerabend*. Andamios, Revista de Investigación Social, México, Universidad Autónoma de México, volumen 4, número 8, pp. 185-212, junio/2008.

KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise. Uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Rio de Janeiro: EDUERJ Contraponto. 1999.

KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os descaminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEITE, Flamarion Tavares. *Manual de filosofia geral e jurídica. Das origens a Kant*. Rio de Janeiro, Forense, 2011.

LIMA, Flávia Santiago. *Dirigismo e comunitarismo no processo constituinte brasileiro: considerações sobre a opção pelo Estado Democrático e Social de Direito*. Brasília/DF, Revista da Advocacia-Geral da União, ano VIII, n.º 21, jul./set. 2009, pp. 143/162.

MAIA, Alexandre da. *Racionalidade e Progresso nas Teorias Jurídicas. O Problema do Planejamento do Futuro na História do Direito pela Legalidade e pelo Conceito de Direito Subjetivo*. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco e ADEODATO, João Maurício (organizadores). Princípio da legalidade. Da dogmática jurídica à Teoria do Direito. 1.ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. *O Direito Subjetivo como Imagem. Da invisibilização dos paradoxos na teoria dos sistemas à interação e às situações comunicativas na pragmática normativo-comunicacional de Tércio Sampaio Ferraz Júnior*. 2011.

MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento. A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2.ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MATURANA, Humberto R. *La ciencia e la vida cotidiana: la ontologia de las explicaciones científicas*. In: WATZLAWICK, Paul e KRIEG, Peter. El ojo del observador. Contribuciones al constructivismo. Homenaje a Heinz von Foerster. Barcelona. Gedisa Editorial. 1998.

MAZZEI, Rodrigo Reis. *Mandado de injunção*. In: DIDIER Jr., Fredie (org.). Ações Constitucionais. 3.ª ed. Salvador, Editora Podivm, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 26.ª ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5.ª ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

MORAES, Guilherme Peña de. *Controle judicial das omissões da Administração Pública sob a perspectiva do Neoconstitucionalismo*. In: 20 Anos da Constituição Brasileira. MOREIRA, Eduardo Ribeiro e PUGLIESI, Marcio (coord.). São Paulo, Saraiva, 2009.

MORAIS, Carlos Blanco. *Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: activismo judicial momentâneo ou um novo paradigma?* In: Belo Horizonte/MG, Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, ano 5, n.º 20, out./dez. 2011, pp. 212-243.

MOURA, Eduardo Oliveira Decat. *A assistência farmacêutica do Sistema Único de Saúde (SUS)*. Brasília/DF, Revista da Advocacia-Geral da União, ano VIII, n.º 19, jan./mar. 2009, pp. 307-334.

MURCIA, Julián Daniel López; SERRANO, Alfredo Bateman; BARRIOS, Juliana María Vengoechea; PATRÓN, Juanita María López. *La garantía de los derechos sociales*. Bogotá, Ibañez, 2009.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo. Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Administração pública, legalidade e pós-positivismo*. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco e ADEODATO, João Maurício (organizadores). *Princípio da legalidade. Da dogmática jurídica à Teoria do Direito*. 1.ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

\_\_\_\_\_. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra. Coimbra Editora. 2010.

\_\_\_\_\_. *Os princípios constitucionais estruturantes*. Coimbra. Coimbra Editora. 2004.

\_\_\_\_\_. *Direitos sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra. Coimbra Editora. 2010.

NUNES, Elpídio Donizetti. *O processo como meio de efetivação dos direitos fundamentais*. In: *Advocatus*. Publicação da Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes da OAB/PE. Março/2011. Ano 4. Número 6. PP. 16-21.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Economic survey of Norway 2007: The petroleum sector and its impact*. Disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/38/46/37979526.pdf>. Acesso em 29 de dezembro de 2012.

OLIVEIRA, Luciano. *A lei é o que o senhor major quiser! Algumas achegas sociológicas ao princípio da legalidade no Brasil*. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco e ADEODATO, João Maurício (organizadores). *Princípio da legalidade. Da dogmática jurídica à Teoria do Direito*. 1.ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009.

OMNÈS, Roland. *Filosofia da ciência contemporânea*. São Paulo: UNESP, 1996.

PACHECO, José da Silva. *Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. *A constitucionalização do direito e o controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário*. In: AGRA, Walber Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (coord.). *Constitucionalismo. Desafios do terceiro milênio*. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2008, p. 41-82.

\_\_\_\_\_. *Parâmetros para a verificação da omissão legislativa inconstitucional*. In: Belo Horizonte/MG, Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, ano 5, n.º 20, out./dez. 2011, pp. 181-210.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível*. Revista de Informação Legislativa, n. 193, ano 49, janeiro-março/2012, Brasília/DF, p. 7-20.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. Acórdão n.º 474/02. Processo n.º 489/94. 2.<sup>a</sup> Secção (Plenário). Relator: Conselheiro Bravo Serra. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020474.html>. Acesso em 10 de junho de 2011.

POSSENTI, Sírio. *Os limites do discurso. Ensaios sobre discurso e sujeito*. Curitiba: Criar Edições. 2004.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *IDH cobre número recorde de 187 países e territórios. No ranking do desenvolvimento humano, Noruega aparece no topo e República Democrática do Congo em último lugar*. Disponível em <http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=2589>. Acesso em 19 de junho de 2012.

QUEIROZ, CRISTINA. *Interpretação constitucional e poder judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra, Coimbra Editora. 2000.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Constitucionalização desigual, realidade social brasileira e uma (in)eficácia constitucional: uma alternativa à teoria da constitucionalização simbólica*. In: SANTOS, Gustavo Ferreira (coordenador). *Constituição e Constitucionalismo*. Curitiba. Juruá Editora. 2010.

ROCHA, Eliana Pires; GUEDES, Jefferson Carús. *Direitos fundamentais e processo civil no Brasil: Algumas técnicas processuais compensatórias de desigualdades sociais e a proteção judicial dos direitos fundamentais*. Revista da Advocacia-Geral da União, n.º 25, ano IX, Brasília/DF, jul./set. 2010, pp. 87-120.

ROCHA, Solange de Holanda. *Aspectos relevantes da hermenêutica constitucional*. Revista da Advocacia-Geral da União, n.º 18, ano VII, Brasília/DF, out./dez. 2008, pp. 187-228).

ROMAN, Diane. *La justiciabilité du droit au logement et du droit à la sécurité sociale: les droits sociaux au-delà des droits créances*. Droit des pauvres, pauvres droits. Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux. [http://www.droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/rapport\\_final/Justiciabilit%C3%A9\\_droits\\_sociaux\\_rapport\\_final.pdf](http://www.droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/rapport_final/Justiciabilit%C3%A9_droits_sociaux_rapport_final.pdf). Acesso em 18 de junho de 2011.

ROSA, Alexandre Morais da; MARCELINO JR., Julio Cesar. *Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica*. In: Constituição, economia e desenvolvimento. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2009, n. 1, ago-dez. Disponível em [http://www.abdconst.com.br/revista/revista\\_completa.pdf](http://www.abdconst.com.br/revista/revista_completa.pdf). Acesso em 13 de junho de 2012.

RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental*. São Paulo, Ediouro, 2003.

SABATER, José Asensi. *Enfoques básicos para un constitucionalismo actual*. In: SANTOS, Gustavo Ferreira (coordenador). *Constituição e Constitucionalismo*. Curitiba. Juruá Editora. 2010.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *Constituição, democracia e legalidade*. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco e ADEODATO, João Maurício (organizadores). *Princípio da legalidade. Da dogmática jurídica à Teoria do Direito*. 1.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e democracia*. In: SANTOS, Gustavo Ferreira (coordenador). *Constituição e Constitucionalismo*. Curitiba. Juruá Editora. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador, número 20, dezembro/janeiro/fevereiro 2009/2010. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-INGO-SARLET.pdf>. Acesso em 21 de junho de 2012.

\_\_\_\_\_. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador, número 11, setembro/outubro/novembro de 2007. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-INGO%20SARLET.pdf>. Acesso em 22 de junho de 2012.

SARMENTO, Daniel. *Os princípios constitucionais e a ponderação de bens*. In TORRES, Ricardo Lobo (organizador). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro. RENOVAR. 2001.

- SCHLIEFFEN, Katharina. *Wie Juristen begründen. Entwurf eines rhetorischen Argumentationsmodells für die Rechtswissenschaft*. Juristen Zeitung. 366. Jahrgang. 4. Februar 2011. Seiten 109-116. Tradução de Luiz Henrique Diniz Araujo.
- SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. *A reserva do possível e o papel do Judiciário na efetividade dos direitos sociais*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, julho de 2007, v. 2, n. 2, p. 42-53.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo. Malheiros Editores. 2009.
- SOBOTA, Katharina. *Don't mention the norm!* International Journal for the Semiotics of Law IV/10 (1991). Tradução de João Maurício Adeodato, da Faculdade de Direito do Recife.
- SGARBOSSA, Luís Fernando Sgarbossa. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*. Volume 1. Sérgio Antônio Fabric xs Editor. Porto Alegre: 2010.
- SONEIRA, Abelardo Jorge. *La teoria fundamentada en los datos (Grounded Theory) de Glaser e Strauss*. In: GIALDINO, Irene Vasilachis (coord.). Estratégias de investigación cualitativa. Barcelona. Gedisa Editorial. 2006.
- SOUSA, Antônio Francisco de. *“Conceitos indeterminados” no Direito Administrativo*. Coimbra. Almedina, 1994.
- SPIEKER, Manfred. *Notwendigkeit um Grenze des Sozialstaats*. In: KERSTING, Wolfgang. Politische Philosophie des Sozialstaats. Deutschland. Erste Auflage. 2000. Tradução de Luiz Henrique Diniz Araujo.
- STAMFORD DA SILVA, Artur. *Da legalidade à decisão ilimitada. A construção da semântica social da videoconferência no Direito Penal Brasileiro. Sobre o lugar da incompletude consistente no Direito*. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco e ADEODATO, João Maurício (organizadores). Princípio da legalidade. Da dogmática jurídica à Teoria do Direito. 1.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro, Forense, p. 13-42, 2009.
- STIGLITZ, Joseph E. and WALSH, Carl E. *Principles of macroeconomics*. W. W. Norton & Company. New York. 2006.
- STRECK, Lenio. *É possível fazer direito sem interpretar?* Consultor Jurídico. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-abr-19/senso-incomum-jurisprudencia-transita-entre-objetivismo-subjetivismo>. Acesso em 20 de abril de 2012.
- SUNSTEIN, Cass R. *Radicals in Robes. Why extreme right-wing courts are wrong for America*. Basic Books. Cambridge, MA. 2005.

TERNEYRE, Philippe. *Droit constitutionnel social. Le Conseil d'Etat et la valeur juridique des droits sociaux proclamés dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946*. In: Revue Française de Droit Constitutionnel, n. 6, 1990, p. 320-330.

TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*. In TORRES, Ricardo Lobo (organizador). Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro. RENOVAR. 2001.

VALOR ECONÔMICO. *Políticas públicas não atribuição dos tribunais*. Disponível em <http://www.outroladodanoticia.com.br/inicial/23256-politicas-publicas-nao-sao-atribuicao-dos-tribunais.html>. Acesso em 19 de junho de 2012.

WALDMANN, Peter. *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*. Iberoamericana. Madrid. 2006.