



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL

HENRICO PERSEU BENÍCIO RODRIGUES

**LIMITES E POSSIBILIDADES À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO AGENTE
GARANTIDOR DOS DIREITOS SOCIAIS**

FORTALEZA

2009

HENRICO PERSEU BENÍCIO RODRIGUES

**LIMITES E POSSIBILIDADES À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO AGENTE
GARANTIDOR DOS DIREITOS SOCIAIS**

Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará em avaliação da Disciplina de Monografia Jurídica, ministrada pelo Prof. DR. Flávio Gonçalves, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Rafael Sampaio Rocha

FORTALEZA

2009

HENRICO PERSEU BENÍCIO RODRIGUES
MATRÍCULA: 0269728

LIMITES E POSSIBILIDADES À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO AGENTE
GARANTIDOR DOS DIREITOS SOCIAIS

Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará em avaliação da Disciplina de Monografia Jurídica, ministrada pelo Prof. DR Flávio Gonçalves, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

APROVADA EM FORTALEZA, EM 18 DE NOVEMBRO DE 2009, ÀS 20H.

BANCA EXAMINADORA:

PROF. RAFAEL SAMPAIO ROCHA
(ORIENTADOR)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC

PROF. LD RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO
(EXAMINADOR)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC

PROF. DR MARCELO LIMA GUERRA
(EXAMINADOR)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ – UFC

À minha mãe, *in memoriam*.

AGRADECIMENTOS

À minha avó, Percides Rodrigues da Silva, e à minha mãe, Percide Benício Rodrigues (*in memoriam*) pelo amor incondicional que sempre demonstraram por mim.

Aos meus padrinhos, por sempre confiarem e acreditarem que vivenciaria este momento.

Ao meu pai, Francisco Diógenes Pessoa, pelas palavras de sabedoria nos momentos precisos.

À Suiany Tereza, pelo conforto que me oferece nas horas difíceis.

Aos meus tios, tias e demais familiares, pelos momentos de alegria que compartilhamos juntos.

Aos amigos da Diretoria Jurídica do Grupo M Dias Branco, aos quais cumprimento na pessoa do Dr. Daniel Mota Gutiérrez, pelas lições que tenho a oportunidade de sorver diariamente.

Aos amigos, pela certeza de sempre poder contar com eles.

Ao Professor Rafael Sampaio Rocha, por ter aceitado a orientação deste trabalho, no qual colaborou com grande empenho.

Aos Professores Raimundo Bezerra Falcão e Marcelo Lima Guerra, pela honra de terem aceitado fazer parte da banca examinadora deste estudo.

"A dificuldade não está em surgir com novas idéias, mas em abandonar as antigas."

John Maynard Keynes

RESUMO

Este trabalho analisa o papel do Poder Judiciário na implementação dos Direitos Sociais, entendidos estes como direitos a prestações estatais positivas. O objetivo deste estudo consiste em verificar até que ponto pode o Judiciário atuar para efetivar direitos sociais, considerando os limites a esta atuação. Com o cotejo da doutrina e da jurisprudência, pátria e internacional, defender-se-à uma atuação positiva por parte do Estado-Juiz na concretização destes direitos.

Palavras Chaves: Direitos Sociais; Poder Judiciário; Eficácia; Limites; Possibilidades.

ABSTRACT

This issue examines the role of the judiciary in the implementation of social rights, rights which are understood as the positives benefits from the state. The objective of this study is to verify to what extent can the judiciary act to effect social rights, considering the limits to performance. With the comparison of the doctrine and jurisprudence, international and homeland, to defend it to a positive action by the Judiciary in achieving these rights.

Keywords: Social Rights; Judiciary; Effectiveness; Limits; Possibilities.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	09
2. DIREITOS SOCIAIS – ASPECTOS GERAIS.....	11
2.1. Uma digressão necessária – Distinção da interpretação entre regras e princípios e a natureza das normas de Direitos Fundamentais Sociais.....	13
2.2. Os Direitos Sociais na História Constitucional Brasileira.....	15
2.3. Os Direitos Sociais na Constituição Federal de 1988.....	17
2.4. Os Direitos Sociais Como Direitos Fundamentais.....	19
2.5. A Extensão da Aplicação Imediata dos Direitos Sociais – o que deve ser considerado como Mínimo Existencial.....	22
3. LIMITES E POSSIBILIDADES À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO AGENTE EFETIVADOR DOS DIREITOS SOCIAIS.....	27
3.1. Histórico.....	27
3.2. Aspectos da Doutrina Nacional a respeito da efetivação dos Direitos Fundamentais.....	28
3.3. Pseudo-Limites à atuação do Poder Judiciário como agente efetivador dos Direitos Sociais.....	32
3.3.1. A vagueza do conteúdo das normas de Direitos Sociais.....	32
3.3.2. A vedação da atuação do magistrado como legislador positivo.....	33
3.3.3. A necessidade de previsão orçamentária para realização de despesa pública.....	35
3.3.4. A natureza meramente programática dos direitos sociais.....	36
3.3.5. A impossibilidade do controle judicial das questões políticas.....	36
3.4. Limites reais à atuação do Judiciário como agente garantidor dos Direitos Sociais Fundamentais.....	37
3.4.1. O limite relativo da Reserva do Possível.....	38
3.4.2. A necessidade de demonstração, mediante argumentação fundamentada, de que os demais Poderes da República estão agindo em descumprimento aos preceitos Constitucionais relativos aos Direitos Sociais Fundamentais, bem como a necessidade do levantamento do maior número de informações possíveis acerca dos efeitos da decisão a ser prolatada - reserva de consistência.....	42
3.5. Possibilidades à atuação do Judiciário como garantidor dos Direitos Sociais.....	44
3.5.1. Proteção contra condutas estatais lesivas aos Direitos Sociais.....	45
3.5.2. Proteção contra normas que dificultam o gozo dos Direitos sociais pela população.....	46
3.5.3. Proteção contra omissões ou más ações estatais no sentido de garantir os Direitos Fundamentais de 2ª dimensão.....	47
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	53

1 INTRODUÇÃO

É comum, ao homem médio da sociedade brasileira, ao tomar conhecimento das disposições da Constituição Federal relativas aos Direitos Sociais, sentir que tudo aquilo não passa de mero idealismo, de prescrição legal totalmente desvinculado da realidade.

Tal sensação é causada, entre outros aspectos, pela pouca atenção que os três poderes da República dispensam às questões atinentes aos Direitos Sociais, fruto de uma cultura oriunda de um longo período no qual tais normas eram vistas, até mesmos pelos juristas, como normas de cunho meramente programático, um ideal a ser alcançado pelo Estado, mas nunca como algo que determinasse suas ações.

Como afirma Hesse, "*questões constitucionais não são, originariamente, questões jurídicas, mas sim questões políticas*"¹, cabendo, em primeiro lugar à Administração Pública cumprir os ditames constitucionais.

Raríssimas são, nos dias de hoje, e da mesma forma ocorria no passado, administrações políticas e atividades legiferantes realmente destinadas à efetivação dos preceitos constitucionais.

Com o desenvolvimento das doutrinas acerca da valoração dos princípios, alcançando estes real força normativa, uma vez que princípios que tratem de conferir ao cidadão o gozo de sua vida com dignidade sejam estabelecidos na Constituição, norma suprema de um ordenamento jurídico, somente poderão sofrer algum tipo de mitigação em ocasiões bastante específicas, motivo pelo qual o Poder Judiciário tem papel fundamental na garantia de tais princípios, em especial o da Dignidade da Pessoa Humana de cada cidadão.

Existindo uma má ação ou total omissão dos poderes Executivo e Legislativo no que pertine à garantia de condições de vida digna para a população, cabe ao Poder Judiciário, sempre que demandado sobre o tema, suprir as deficiências dos demais poderes.

Em se admitindo a possibilidade, ou melhor, a necessidade de atuação do Judiciário no sentido de conferir eficácia às normas constitucionais, mormente àquelas que se referem aos Direitos Sociais, cumpre delimitar o campo de atuação da Magistratura neste sentido, posto ser inegável que o princípio da Separação de Poderes, um dos alicerces do Estado Democrático de Direito brasileiro, se não deve ser visto de forma absoluta, de modo a impedir a atuação do Poder Judiciário, tampouco deve ser

1 HESSE, Konrad. **A Força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 9

mitigado e acicatado a todo momento.

De fato, não se pode imaginar um Estado equilibrado quando, com base em alguma razão, seja ela da espécie que for, o Poder Judiciário atua sem nenhum limite e controle da sua atuação.

Da mesma forma que são abomináveis os regimes políticos nos quais se conferem enormes poderes ao Poder Executivo, geralmente resumido a uma pessoa, é pouco recomendável que se permita que o Poder Judiciário também atue sem “amarras”.

Assim, dada a possibilidade de atuação do Poder Judiciário no sentido de socorrer a população dos constantes atentados que sofre em decorrência da mitigação dos Direitos Sociais insculpidos na Carta Magna, bem como a necessidade de que tal atuação, para que seja legítima, se realize em respeito aos demais poderes da República, procuraremos, com base em doutrina nacional e estrangeira, bem como com fulcro nas decisões de nossos tribunais, demonstrar os fundamentos da atuação do Poder Judiciário enquanto agente efetivador dos Direitos Sociais, delimitando seus limites e demonstrados as reais possibilidades de tal atuação.

2 DIREITOS SOCIAIS – ASPECTOS GERAIS

A Constituição Federal de 1988 consagrou, já no Preâmbulo e em diversas normas ao longo do seu texto, os denominados direitos sociais, também entendidos como direitos fundamentais de segunda dimensão, ou, ainda, direitos socioeconômicos.

Os referidos direitos trazem, em suas delimitações, condições que, sob o aspecto prático, não costumam apresentar, por parte do Poder Judiciário, a aplicação da qual necessita a sociedade, que é, sem margem para dúvida, a principal destinatária dos preceitos insculpidos naquela que foi denominada “Constituição Cidadã”.

Como postulados expressamente formulados, os direitos fundamentais socioeconômicos não são absolutamente novos. Alguns deles, como o direito ao trabalho, foram reconhecidos nas Constituições Francesas de 1.793 e 1.848. Mas é só o Século XX que traz a primeira conversão destes direitos em *standard* do constitucionalismo. Foram proclamados pela primeira vez na Constituição Mexicana de 1.917, que com um alto salto na mentalidade econômica do Estado, trilhou todo o caminho para efetivá-los: todas as riquezas naturais foram nacionalizadas e o Estado assumiu completamente, pelo menos no papel, a responsabilidade social para garantir uma existência digna de cada um de seus cidadãos.

A Constituição de Weimar contribuiu essencialmente a popularizar e a estender os direitos sociais; seu catálogo de direitos fundamentais é uma curiosa mescla entre um coletivismo moderno e um liberalismo clássico. Em um momento em que seu reconhecimento universal havia alcançado seu ponto máximo, os direitos fundamentais clássicos haviam encontrado nos direitos sociais competidores com muito mais ressonância emocional na população e cuja realização conduz necessariamente a minar e a restringir as clássicas liberdades de propriedade e de contrato.

A transformação permanece ilustrada com toda clareza quando se tem em conta o papel que julga a imposição fiscal estatal na nova distribuição da renda e nas intervenções estatais para realizar os direitos sociais. Nos Estados avançados tecnicamente, uma grande parte da nova filosofia dos direitos socioeconômicos tem se concretizado na legislação positiva.

Em outra banda, estes direitos figuram em muitas Constituições de países subdesenvolvidos, e permanecem durante largo tempo, como meros planos nominais para o futuro, haja vista que as condições socioeconômicas da sociedade estatal não permitiam sua aplicação.

Embora em tais nações os Direitos Sociais ainda não sejam aplicáveis, tendo que

esperar até que se tenham dado os requisitos necessários, cumprem um objetivo: para os detentores do poder são o estímulo que lhes impulsionarão a sua realização, e, para os destinatários do poder, significará a esperança de que um dia possam ser levados a cabo².

Neste mesmo jaez, Bonavides³ leciona que os direitos sociais, aprioristicamente, tiveram uma fase de pouca ou nenhuma aplicação, dado o seu caráter exigente de prestações positivas em sentido estrito por parte do Estado. Todavia, com a evolução da interpretação dos Direitos Fundamentais, o que implicou no surgimento de dispositivos constitucionais que procuraram conferir maior eficácia aos direitos socioeconômicos, tais postulados tem passado a não mais possuir caráter meramente programático, ao revés, tem adquirido a tendência de se tornarem tão justiciáveis quanto os direitos fundamentais de 1ª Dimensão, os chamados direitos de liberdade.

Os direitos sociais, relacionados à saúde, à educação, à moradia e ao trabalho, estabelecendo condições básicas para que o cidadão tenha uma vida com dignidade, podem ser conceituados, com Alexy⁴, como direitos a prestações em sentido estrito por parte do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse do aporte financeiro bastante, bem como se houvesse oferta suficiente no mercado, poderia obter sem a intervenção do Estado.

Partindo desta conceituação de Alexy, podemos inferir, e até defender, que a exigência de uma atuação positiva por parte do Estado-Juiz, advogada ao longo de todo este trabalho, deve ser direcionada, em especial, à defesa dos direitos daqueles que não dispõem de recursos próprios para prover as condições básicas para uma existência digna, cumprindo uma das funções sociais deste, qual seja a redução das desigualdades sociais⁵

Isto porque, conforme será dito em detalhes adiante, no que concerne à interpretação e à aplicação dos Direitos Fundamentais Sociais, não pode haver radicalismos nem universalismos, aplicando-se ou a tudo e a todos ou a nenhuma

2 Neste sentido, cf. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitucion**. Traducción: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1.970, P. 401-402. Tradução livre.

3 Cf. BONAVIDES, Paulo, **Curso de direito constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 382 e ss.

4 ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 499

5 Neste sentido, cf. BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade**, com ênfase no federalismo das regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.p. 185, *in verbis*: a judicialização intensiva dos direitos sociais, mediante garantias mais efetivas...porá termo um dia àqueles temores, expressos por alguns juristas, quanto à dissolução da dogmática dos direitos fundamentais e à quebra da segurança jurídica, pelo excesso de politicidade e decisionismo do Estado Social. (...) Sob esse aspecto, o Estado Social virá preencher uma de suas funções básicas, que é remover desigualdades.

situação. A eficácia dos Direitos Sociais deve ser sempre analisada com base no caso concreto, devendo tais direitos ser vistos como verdadeiros instrumentos de redução das desigualdades sociais e de efetivação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Parece-nos desprovida de sentido lógico uma solução à problemática da aplicação dos Direitos Sociais que passe pela não efetivação destes simplesmente pelo fato de que tal efetivação acarretaria uma série de dificuldades práticas. Em questões delicadas como essa, é preciso ao aplicador do Direito ousar no momento da análise interpretativa das mesmas, não devendo esquivar-se do debate que pode render frutos à sociedade, sempre pautado, por óbvio, nos princípios constitucionais que devem nortear toda e qualquer interpretação jurídica.

É inegável que o conteúdo dos direitos sociais relaciona-se intimamente com a garantia de condições para uma existência digna da pessoa humana, sendo, destarte, corolário do supraprincípio da dignidade da pessoa humana. Assim, podemos, com Sarlet⁶, afirmar que os direitos sociais, enquanto corolários do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, devem ter como núcleo intangível, que servirá de base para a sua aplicação, o denominado mínimo existencial, que se substancia nas condições mínimas para uma existência condigna.

2.1 Uma digressão necessária – Distinção entre regras e princípios e a natureza das normas de Direitos Fundamentais Sociais

Para melhor compreensão das ideias que abordaremos ao longo dos próximos itens, impende salientar o entendimento que adotaremos acerca da distinção e da força normativa dos Princípios e das Regras de direito.

Como já é sabido, a denominada corrente doutrinária do pós-positivismo, difundida em grande parte na segunda metade do século XX, resolveu o embate doutrinário entre as correntes doutrinárias do positivismo, que defendia um Direito baseado sobretudo na legislação positiva, e a do jusnaturalismo, que acreditava na existência de direitos inerentes ao homem e independentes de qualquer lei que o atribuísse tais prerrogativas.

O pós-positivismo, ao defender a existência de força normativa aos princípios de Direito, considerando estes, assim como as regras, verdadeiras normas de direito, trouxe também inovação no que toca a interpretação dos princípios

Robert Alexy, em sua famigerada obra **Teoria dos Direitos Fundamentais**,

6 SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

traduzida para o português por Virgílio Afonso da Silva, além de dividir as normas de Direito em regras e princípios, afirma que “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que **princípios** são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, **mandados de otimização**”⁷

A grande característica distintiva entre as regras e os princípios, segundo o jurista alemão, mostra-se presente no momento em que se faz necessário dirimir conflitos existentes entre regras e entre princípios.

Segundo Alexy, o conflito entre regras somente pode ser resolvido se se cria uma regra de exceção a uma das regras conflitantes – oportunidade em que ambas permanecerão vigentes – ou quando uma delas é considerada inválida, situação que implicará a exclusão da mesma do ordenamento jurídico⁸.

Já a solução dos problemas envolvendo os princípios, deve passar, necessariamente, pela determinação da precedência de um princípio sobre outro em certa situação. Nas palavras do próprio Alexy:

“Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarada inválido, nem que nele deva ser introduzida uma regra de exceção. Na verdade, o o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de determinadas condições”⁹.

Alexy afirma, ainda, que a partir do momento em que se determina que, em determinadas condições, um princípio sobrepuja algum outro, constitui-se então, na linguagem do autor destacado, um suporte fático para a criação de uma regra, que deverá ser aplicada sempre que as circunstâncias que levaram à sua criação se repetirem¹⁰.

Partindo deste ponto de vista, fica fácil compreender porque os Direitos Sociais Fundamentais, enquanto vistos como princípios, não devem ter sua aplicação generalizada de nenhum modo, devendo sempre haver, no caso concreto, o devido sopesamento entre os princípios conflitantes na situação em apreço.

Dito isto, passemos agora a analisar a natureza das normas que estatuem Direitos Sociais.

Para Alexy, as disposições de Direitos Fundamentais devem ser encaradas como de natureza dúplice. Isto significa dizer que tais disposições tanto teriam caráter de

7 Alexy, ob. cit., p. 90

8 Alexy, ob. cit., p. 92 e ss.

9 Alexy, ob. cit., p. 93

10 Alexy, ob. cit., p. 121

princípio, sendo, portanto, normas *prima facie* a respeito de determinada conduta, como caráter de regra, utilizando, na aplicação da mesma e na solução do conflito entre regras, os critérios expostos acima (criação de normas de exceção, afastamento de uma regra para que outra se aplique)¹¹.

Tal constatação se faz necessária, posto que, conforme afirmaremos adiante, a aplicabilidade dos Direitos Sociais, que serão tratados neste trabalho como Direitos Fundamentais, depende do modo como os mesmos serão interpretados, vez que, conforme afirma Hesse, “*interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm)*.”¹²

A interpretação que se pretende conferir aos Direitos Sociais, aqui tratados como Direitos Fundamentais, é que os mesmos foram positivados por meio de normas com estrutura principiológica. Isso implica dizer que “*tais normas situam-se no ápice da pirâmide normativa, ou seja, ocupam a posição hierárquica mais elevada no ordenamento. Dessa forma, impõe-se reconhecer que os direitos fundamentais são juridicamente exigíveis, vale dizer, justiciáveis, e que, para tanto, não podem estar a depender de normas de posição hierárquica inferior àquela que os prevêem*”¹³

2.2 Os Direitos Sociais na História Constitucional Brasileira

Sendo os direitos humanos espécie de direitos notadamente históricos¹⁴, estão os mesmos em constante processo evolutivo, sendo aprimorados e alavancados de acordo com a conjuntura histórico-social de cada época.

Importante papel no processo de garantia dos Direitos Fundamentais teve a denominada “Constitucionalização” de tais direitos, conferindo aos mesmos maior eficácia jurídica.

No que concerne à “Constitucionalização” dos direitos fundamentais, devemos graças, principalmente, à Declaração Americana de 1776 e à Declaração Francesa de 1789¹⁵, que iniciaram este processo.

11 Alexy, ob. cit., p. 135 e ss.

12 Hesse, ob cit., p. 22

13 GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 86

14 BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais: Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 28.

15 Bontempo, ob. cit., p. 28.

No Direito pátrio, desde a nossa primeira constituição, datada de 1824, já se falava em algumas espécies de Direitos Sociais, a exemplo dos incisos XXXI, XXXII e XXXIV do artigo 179¹⁶. Percebemos, desde então, que, inobstante o caráter liberal da Constituição de 1824, em que pese a manutenção da permissão do sistema de produção baseado na escravidão, sempre houve por parte do legislador pátrio a intenção de conferir aos cidadãos condições para que exerçam todos os seus direitos de liberdade.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, apesar de conter no seu Título IV, Seção II, verdadeiro rol de direitos conferidos aos cidadãos, em matéria de Direitos Sociais, ficou aquém de sua antecessora, suprimindo as normas relativas à educação e à saúde pública constantes da Constituição do Império¹⁷, nada prevendo em matéria de Direitos Sociais.

A Constituição de 1934, promulgada durante o primeiro governo Vargas após grandes pressões populares, trouxe inúmeros avanços na esfera dos direitos sociais, conferindo ao Direito do Trabalho o caráter de norma constitucional, dentre outras diversas normas.

As normas da Constituição de 1934, contudo, além do pouco tempo de vigência que tiveram, em virtude da implantação do chamado “Estado Novo” em 1937, que revogou a Constituição de 1934, e impossibilitou maior aplicação e até maior discussão no que concerne às normas prescritas em tal texto constitucional, tinham, segundo leciona José Afonso da Silva, caráter meramente programático. Não se falava, á época, de direitos do cidadão de exigir do Estado uma prestação positiva em virtude da existência de tais normas¹⁸, não tendo obtido tais normas nenhuma interpenetração nas estruturas do Estado e da Sociedade da época.

A Constituição seguinte, de 1937, também conhecida como “Polaca”, dada sua inspiração na Constituição Polonesa de 1935, de caráter marcadamente autoritário e corporativista, reduziu fortemente o rol de Direitos Sociais e Econômicos previstos na sua antecessora, retirando do corpo constitucional a sujeição da Ordem Econômica aos princípios da justiça e às necessidades da vida nacional, que tinham como escopo proporcionar a todos uma existência digna¹⁹. Tal constituição, que também teve sua

16 Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. XXXI. A Constituição também garante os socorros publicos; XXXII. A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos; XXXIII. Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes.

17 Bontempo, ob. cit., p. 36.

18 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 82.

19 Bontempo, ob. cit., p. 44.

notoriedade adquirida em razão da promoção de invulgar hipertrofia do Poder Executivo, não chegou a ser, de fato, vigente, como afirma Mendes²⁰.

Após o fim da 2ª Guerra Mundial, com a derrota dos países que formavam o denominado “Eixo”, encabeçados por Alemanha, Itália e Japão, ficou em xeque a configuração de Estados nos moldes fascistas, baseados no corporativismo e com sobrepujança do Poder Executivo em relação aos demais, com Constituições que previam amplas possibilidades de restrição aos Direitos Fundamentais.

No Brasil, que vivia, desde 1937, uma época de grande supressão das liberdades individuais, com perseguições políticas e deportações de presos políticos, necessitava de uma nova norma mãe para um novo Estado que nascia após a primeira queda de Vargas, em 1945. Neste diapasão, a Constituição de 1946 teve como grande característica o retorno do caráter democrático ao Estado brasileiro.

No que respeita aos direitos sociais, a Constituição de 1946 procurou buscar conexões com a Constituição Alemã (Weimar) e com a Constituição Mexicana de 1917, com o fito de dar maior proeminência ao aspecto social²¹. Em verdade, a Carta de Direitos de 1946 procurou resgatar alguns aspectos da Constituição de 1934, realizando alguns atos importantes para maior garantia dos Direitos Sociais, como, por exemplo, equilibrar o princípio da livre-iniciativa com o da justiça social, como se depreende da leitura do Título V daquele diploma legal.

Tal estado de configuração democrática durou menos de vinte anos, sendo interrompido por um dos períodos mais nefastos, em relação à efetiva aplicação dos Direitos Fundamentais, da nossa história. O denominado “Regime Militar”, foi instaurado após o Golpe de 1964, derogou a Constituição de 1946, e fez entrar em vigor a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, mais tarde alterada substancialmente pela sua Emenda n.º 1, de 1969.

As hipóteses de intervenção do estado no domínio sócio-econômico com vistas a reduzir as desigualdades sociais foram excluídas do texto Constitucional, causando grande baque no sistema de garantias individuais e sociais adotados na Constituição de 1946.

Felizmente, a Ditadura Militar durou pouco mais de 20 anos, suficientes, no entanto, para enraizar cicatrizes profundas na democracia brasileira. A Constituição Federal de 1988, na sua vez, pôs uma pá de cal naquela estrutura política arcaica, possibilitando ao aplicador do Direito uma gama de possibilidades no sentido de conferir

20 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional/Gilmar Ferreira Mendes**, Incêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco – 2ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008, p. 171.

21 Bontempo, ob. cit. p.48

maior amplitude e eficácia aos Direitos Sociais.

2.3 Os Direitos Sociais na Constituição Federal de 1988

Na Constituição Federal de 1988, os Direitos Sociais tiveram atenção especial do legislador constituinte originário, tendo sido destinado a tais direitos o capítulo II do Título II da Carta Magna, o qual foi denominado “Dos Direitos Sociais”, bem como normas esparsas ao longo do texto constitucional, como, por exemplo, os artigos 196, 203, 205, entre outros.

Tais dispositivos constitucionais não foram colocados despropositadamente²² no texto, e, tampouco tem mero caráter programático, devendo, e como pretendemos demonstrar, ter aplicabilidade no sentido de que se cumpram e sejam respeitados os princípios que fundam nosso ordenamento jurídico, especialmente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A consagração dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988, deve ser vista como o princípio de uma grande mudança, na qual a Carta Magna deixa de ser um instrumento de manutenção do *status quo*, para fundamentar as alterações na conjuntura social de que tanto necessita a sociedade²³.

Neste sentido, a Constituição Federal pode, e deve, servir como alicerce para a proteção dos Direitos do Homem, nas palavras de Bobbio, devendo ser encarada de frente a proposição do jurista italiano, que afirmou: “*o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.*”²⁴

Assim, uma vez que já houve por parte do legislador constituinte a positivação dos Direitos Sociais, o Poder Judiciário assim como as demais forças componentes da estrutura estatal devem ter atuação no sentido de cumprir os grandes objetivos da Norma Fundamental do Estado^{25,26}.

22 Entre outros dispositivos referentes aos Direitos Sociais, podemos citar os artigos 6º, 198, 212, 167, 203, todos da Constituição Federal.

23 LIMA, George Marmelstein, **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**, Dissertação de Mestrado, Fortaleza, UFC, 2005, p. 43.

24 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25

25 George Lima, ob. cit., p. 84

26 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a

A Carta Magna atual foi bastante ousada, tendo avançado mais, no que pertine à garantia dos Direitos Sociais do que alguns textos constitucionais de países mais desenvolvidos que o Brasil, haja vista que, além de destinar capítulo específico aos Direitos Sociais, determinou que os mesmos devessem ter aplicação imediata, conforme leitura do parágrafo primeiro do artigo 5º.

2.4 Os Direitos Sociais Como Direitos Fundamentais.

Definir uma classe de direitos como “Direito Fundamental” traz para tal classe de direito características inerentes às normas jusfundamentais, colocando tais garantias no topo da escala de valoração, acarretando um aumento considerável de sua força normativa.

Assim, para que se afirme que determinado conjunto de normas é considerado como “Direito Fundamental”, faz mister um bom embasamento prático-jurídico, sob risco de se criar apenas mero conceito teórico, sem nenhuma possibilidade de aplicação na realidade.

Para afirmarmos, segundo o pensamento de George Marmelstein Lima, que os Direitos Sociais devem ser encarados como Direitos Fundamentais, traremos à baila quatro argumentos, dois de cunho formal, um de cunho finalístico e um de cunho material²⁷.

Os argumentos formais dizem respeito à disposição das normas que estatuem os Direitos Sociais. Na Constituição Federal de 1988, na qual o capítulo referente aos Direitos Sociais está inserido no Título dos Direitos Fundamentais, denominado “Dos Direitos e das Garantias Fundamentais”²⁸, e nos diversos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, comprometendo-se a proteger e garantir a aplicação dos Direitos Sociais.

Observa-se, ainda sob o ponto de vista de formal, que tais normas estão estatuídas no mesmo Título das normas de Direitos Fundamentais, motivo pelo qual entendemos que deva ser aplicado também aos Direitos Sociais a sistemática interpretativa dos Direitos Fundamentais de 1ª Dimensão.

Do ponto de vista finalístico, podemos afirmar que as normas que preveem Direitos Sociais são inegavelmente instrumentos para proteção e efetivação do supraprincípio da

marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

27 George Lima, ob. cit., p. 52

28 George Lima, ob. cit., p.52

Dignidade da Pessoa Humana, fato pelo qual devem ser colocadas no topo da escala valorativa das normas do nosso ordenamento.²⁹

Sob o ponto de vista material, a jusfundamentalidade dos Direitos Sociais mostra-se presente à medida em que estes devem sua existência à efetivação dos direitos de igualdade e solidariedade, motivo pelo qual não podem ter sua eficácia afastada, sob risco de se afastar, também, a eficácia destes dois últimos direitos fundamentais, posto que *“no Estado Contemporâneo, sem os direitos sociais a liberdade não seria real nem eficaz para camadas consideráveis da sociedade de classes.”*³⁰

Assim, fica clara a natureza jusfundamental dos direitos sociais. Isto porque, além de estarem expressamente previstos na Constituição Federal, sempre é importante frisar, um dos principais princípios da hermenêutica constitucional afirma que não há palavras em vão na constituição, a aplicação dos direitos sociais, mormente numa sociedade tão desigual como a que estamos inseridos, necessita de tais normas para conferir aplicabilidade aos direitos fundamentais propriamente ditos (direitos de liberdade).

Considerando, deste modo, os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais, depreende-se que àqueles devem ser aplicadas a conceituação destes, que podem ser vistos como um conjunto de exigências da liberdade, igualdade e dignidade entre os seres humanos. São núcleos invioláveis de qualquer estado democrático de direito, sem os quais estes tendem a perecer.

Assim, sendo os Direitos Sociais considerados Direitos Fundamentais, os mesmos podem ser tidos como um núcleo essencial para a concretização dos fins do Estado Democrático de Direito, principalmente a Dignidade da Pessoa Humana, motivo pelo qual, como falamos anteriormente, devem constar do topo da escala valorativa das normas nos casos concretos, o que, como veremos adiante, poderá afastar, para que sejam aplicadas as normas de Direitos Sociais, regras de orçamento público, dentre outras regras com menor poder valorativo, em uma eventual colisão de princípios.

Considerando as disposições da Constituição Federal de 1988, observa-se que a maior consequência advinda do fato de serem considerados os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais, é o enquadramento de tais normas ao §1º do artigo 5º da CF³¹.

Após a sedimentação da teoria jurídica que conferiu grande força normativa aos princípios, que tem como maiores difusores teóricos Robert Alexy e Ronald Dworkin, estes passaram a compor, junto com as regras, as normas de Direito. A existência de

29 George Lima, ob. cit., p.52

30 BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta:** temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, p.185

31 **Art. 5º, § 1º** - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

princípios norteadores de determinado ordenamento jurídico faz com que os mesmos tenham a mesma exequibilidade das regras em geral.

Segundo Alexy, e como mencionado anteriormente, o marco que distingue os princípios das regras é o fato de os princípios serem normas que ordenam que algo seja realizado na “*maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*”³². Utilizando a nomenclatura adotada pelo jurista alemão, podemos afirmar que os princípios, enquanto normas de Direito, são verdadeiros “mandados de otimização”³³, diferindo, quanto à sua aplicação, diametralmente das regras. Estas devem ser aplicadas *in totum*, ou não devem ser aplicadas, enquanto que os princípios requerem análise cuidadosa no momento de sua aplicação, devendo haver verdadeiro sopesamento no caso de conflitos entre os mesmos.

O ponto a que queremos alcançar é que, mesmo havendo uma norma constitucional garantindo a aplicação imediata dos Direitos e Garantias Fundamentais – e os Direitos Sociais são Direitos Fundamentais – tais direitos não devem ser aplicados de modo inflexível, devendo haver sempre ponderação acerca das possibilidades jurídicas e fáticas e existentes, para usar a nomenclatura de Alexy.

Deste modo, ao se defrontar com uma suposta impossibilidade fático-jurídica para a aplicação de normas que preveem Direitos Sociais, o aplicador do Direito não deve acomodar-se e esconder-se atrás deste postulado. Deve, sim, procurar otimizar a aplicação da norma (no caso, o princípio)³⁴, fazendo com que a aplicação da mesma tenha o maior alcance possível, causando o mínimo de danos aos princípios mitigados para sua aplicação.

O que não pode ocorrer é deixar de ser aplicada a norma expressamente disposta na Constituição, vez que, como afirma Barroso:

Direito é direito e, ao ângulo subjetivo, ele designa uma específica posição jurídica. Não pode o Poder Judiciário negar-lhe tutela, quando requerida, sob o fundamento de ser um direito não exigível. Juridicamente, isso não existe. Tampouco poderá invocar a não-imperatividade ou ausência de caráter jurídico da norma que o confere. (...) Logo, somente poderá o juiz negar-lhe o cumprimento coercitivo, no caso de impossibilidade material evidente e demonstrável, pela utilização de uma interpretação sistemática influenciada pela teoria geral do Direito³⁵

32 Alexy, ob. cit., p. 90.

33 Alexy, ob. cit., p. 90

34 George Lima, ob. cit., p. 57

35 BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.111

2.5 A Extensão da Aplicação Imediata dos Direitos Sociais – o que deve ser considerado como Mínimo Existencial

Para Sarlet, a Dignidade da Pessoa Humana é definida como “a *qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência da vida em comunhão com os demais seres humanos*”³⁶

Tendo por base o conceito acima, bem como o disposto no inciso III, do artigo 1º da Constituição Federal³⁷, que estabelece o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, pretendemos afirmar, amparado no entendimento de Sarlet, e de acordo com o que será explicado adiante, que os Direitos Sociais devem ter máxima efetividade quando tiverem por escopo salvaguardar as condições mínimas existenciais para uma vida saudável de cada cidadão.

Neste sentido, antes de um aprofundamento maior acerca do assunto, impende tecer algumas considerações acerca do que seriam condições mínimas para uma existência saudável de cada cidadão.

A teoria do Mínimo Existencial, que tem por escopo garantir a vida com dignidade aos cidadãos, sendo, deste modo, um corolário do Direito Fundamental à Dignidade da Pessoa Humana, surgiu na Alemanha do Segundo Pós-Guerra, notadamente na figura de Otto Bachof³⁸. Este estudioso considerou que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, para que tivesse efetiva aplicação, não reclamaria somente as garantias dos direitos de liberdade (direitos fundamentais de 1ª Dimensão), mas também um mínimo de segurança social, o que se daria por meio de prestações positivas do Estado.

Parece-nos indiscutível que a efetiva garantia de uma existência digna vai muito além da sobrevivência física. No Estado Democrático de Direito em que vivemos, com a

36 SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62

37 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

38 Cf. KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha** – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 49.

plena afirmação e previsão de aplicação dos direitos sociais, faz-se necessária uma atuação positiva do Estado-Juiz no sentido de garantir funcionabilidade aos preceitos insculpidos na Carta Magna, sob pena de retornarmos aos conceitos albergados nos denominados Estados Liberais, que previam que os direitos sociais seriam vistos como meros “objetivos” e não como normas de aplicação imediata, o que fere de morte o princípio da não-retrocesso dos direitos fundamentais³⁹.

Os direitos sociais se transformam em mínimo existencial quando são tocados pelos *interesses fundamentais* ou pela *jusfundamentalidade*. A noção de mínimo existencial, por conseguinte, se confunde com a de direitos fundamentais sociais *stricto sensu*. Os direitos fundamentais originários, ao contrário, são válidos e eficazes em sua dimensão máxima. Segue-se, daí, que é extremamente intrincada a metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial, eis que referida sempre ao relacionamento, também não muito claro e às vezes cambiante, entre os valores éticos e jurídicos (liberdade, justiça, segurança e solidariedade), os princípios fundamentais (dignidade humana, cidadania, democracia e soberania), os princípios estruturais (Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito) e os princípios de legitimação (ponderação, razoabilidade e igualdade). A transformação dos direitos sociais em mínimo existencial significa a metamorfose dos direitos da justiça em direitos da liberdade⁴⁰.

No *leading case* enfrentado pelo Pretório Excelso⁴¹ houve a constatação de que a

39 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 8ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. pp. 442 e ss.

40 TORRES, Ricardo Lobo. **A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial** in SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. 1ª- edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2.003, págs. 2 e 3.

41 Neste sentido, conferir: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuam, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse

educação tem eficácia de garantia social. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

Neste tocante, faz mister destacarmos o que seria, efetivamente, o conteúdo albergado pelo conceito de mínimo existencial. Ingo Wolfgang Sarlet entende que o mínimo existencial deve ser compreendido “*como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna*”⁴².

Ainda neste diapasão, destacamos que o Mínimo Existencial deve ser visto, portanto, como um núcleo dos direitos sociais que não pode sofrer qualquer tipo de ameaça por parte do Estado e da Sociedade.

Neste sentido, trazemos à colação ementa da ADPF 45, relatada pelo Ministro Celso de Mello:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (STF - ADPF 45/2004 – Decisão Monocrática Final – Rel. Ministro Celso de Mello, 29/04/2004)

A decisão acima colacionada, todavia, ainda não pode produzir os efeitos que

direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina". (RE 410715 AgR / SP, Relator: Min. Celso de Mello, julgamento: 22/11/2005).

42 Cf. SARMENTO, Daniel (organizador), **Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 563 e seguintes

esperamos, posto que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ficou prejudicada pela perda de seu objeto, mas, sem dúvida, dá um indicativo de como o Supremo Tribunal Federal pode atuar na garantia dos Direitos Sociais.

O Mínimo Existencial, enquanto derivação do conceito de Dignidade da Pessoa Humana, é de difícil delimitação, pois, a dignidade da pessoa humana (por tratar-se, à evidência – e nisto não diverge de outros valores e princípios jurídicos – de categoria axiológica aberta) não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não se harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas⁴³.

Ainda no que respeita a delimitação dos direitos sociais, Sarlet, utilizando-se do escólio de Robert Alexy, faz a divisão dos direitos sociais em direitos a prestações em sentido amplo e direitos a prestações em sentido estrito, isto é, direitos a prestações materiais por parte do Estado⁴⁴.

Deste modo, como afirmado anteriormente, em que pese a redação da Constituição Federal, que, claramente, garantiu aos cidadãos os direitos sociais, bem como previu que estes teriam aplicação imediata, com a conseqüente possibilidade de se demandar do Estado prestações materiais em sentido estrito, mostra-se, ainda, muito tímida a atuação do Poder Judiciário pátrio no sentido de dar eficácia a tais normas de caráter constitucional.

Tal omissão, muitas vezes, é justificada com base no Princípio da Separação dos Poderes, alegando-se que a atuação do Poder Judiciário no sentido de garantir a aplicação dos direitos sociais quebraria a igualdade entre os três poderes da República.

Em outros casos, a não-aplicação dos direitos sociais é fulcrada na não regulamentação destes direitos. Tal corrente soa absurda aos ouvidos de um aplicador do direito que tenha por objetivo conferir eficácia às normas que preveem direitos sociais, vez que, uma vez entendida aplicação dos Direitos Sociais no sentido de garantir aos cidadãos os requisitos mínimos para uma vida com dignidade, que, por sua vez, encontra escopo na Dignidade da Pessoa, não há necessidade de regulamentação para que se aplique, ainda que indiretamente, o Fundamento/Princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

O presente estudo parte do pressuposto de que os direitos fundamentais sociais,

43 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 41.

44 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 8ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 297.

quando tiverem sua aplicação para garantia do mínimo existencial, devem ter eficácia plena. Neste tocante, conforme já mencionou Eros Roberto Graus⁴⁵, condicionar a eficácia dos direitos sociais à existência de legislação ordinária que a regule seria o mesmo que conferir à Lei infraconstitucional maior valor do que à própria Constituição.

Deste modo, a aplicação do Mínimo Existencial, se não deve ser vista de um modo absoluto, não deve, todavia, ser vista como mero objetivo a ser alcançado pela Administração Pública. A sua aplicação deve respeitar os limites da atuação do Poder Judiciário, inclusive da Reserva do Possível, como veremos adiante, mas, dentro de um contexto de complementaridade entre as teorias que procuram viabilizar a efetivação dos direitos sociais, tal teoria não deve nunca ter sua aplicação desprezada.

Se se reconhece que a Dignidade da Pessoa Humana - observe que estamos tratando o Mínimo Existencial como corolário da Dignidade da Pessoa Humana - existe até nos locais onde não é reconhecida pelos ordenamentos jurídicos, o que se dizer então de sua aplicação e eficácia nos locais onde, não só é reconhecida pela Lei Maior, como também fundamenta todo o Estado Democrático de Direito⁴⁶.

Além disso, mais um motivo que determina a eficácia máxima do Mínimo Existencial, é o fato de só ser possível a efetiva fruição dos direitos de liberdade quando a todos são garantidas as condições existenciais mínimas para uma vida com dignidade⁴⁷. Isso porque não se poderá falar em exercício pleno dos Direitos de Igualdade e Liberdade, por exemplo, enquanto o homem ainda estiver submetido ao completo desamparo por parte do Estado e da sociedade com um todo, a mercê de sua própria sorte, sem condições de sequer de prover pra si e para sua família as condições mínimas para viver com dignidade.

É neste momento que se faz necessária a intervenção de todas as forças que compõem o Estado Social no qual vivemos, para que possibilitem a completa fruição dos direitos de liberdade de cada indivíduo, por meio da redução das desigualdades sociais e do oferecimento de oportunidades a todos. Todavia, manteremos o foco somente no que toca à atuação do Poder Judiciário neste sentido, conforme os limites e possibilidades de tal atuação que serão analisados no próximo capítulo.

45 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

46 SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.42

47 SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 45 e 46

3 LIMITES E POSSIBILIDADES À ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO AGENTE EFETIVADOR DOS DIREITOS.

3.1 Histórico

Desde as mais priscas eras da civilização, sempre houve, de um modo geral, um certo senso comum a respeito da existência de garantias inerentes ao “cidadão”⁴⁸. Tendo em mente a relatividade da noção de cada direito fundamental ao longo da história – o conceito de liberdade no Antigo Egito é diferente do atual, por exemplo, - de alguma maneira, a noção de justiça, de igualdade e liberdade sempre estiveram presentes ao longo de todas as civilizações humanas. Com exemplo, podemos citar o famoso “Código de Hamurábi”, escrito por volta do ano de 1800 a. C, na antiga Mesopotâmia, que tinha como disposições de seu prólogo “evitar a opressão dos fracos” e “propiciar o bem-estar do povo”⁴⁹. Àquela época, como não havia a noção de Estado de Direito, tais normas possuíam baixa ou nenhuma exigibilidade, posto que o poder do Monarca era ilimitado, a nada se submetendo. Os supostos direitos atribuídos aos súditos eram vistos como mera concessão do Monarca, podendo ser entendidos como um mero favor do soberano.⁵⁰

Com o passar dos anos, mais precisamente com o advento do Estado Moderno Liberal, não absolutista, no qual há a separação dos poderes, surgiu, além dos instrumentos jurídico-processuais aptos a garantir os Direitos Fundamentais, a constitucionalização dos Direitos Fundamentais, implicando maior efetividade e controle da aplicação dos mesmos, posto que, conforme diz Alexy⁵¹, cada direito fundamental pressupõe necessariamente uma norma jusfundamental que o reconheça.

Ainda com todas estas normas garantidoras dos Direitos Fundamentais, havia, ainda, grande desconfiança acerca da atividade criativa dos juízes de um modo geral. Exemplo disso, é a frase do Barão de Montesquieu no clássico de leitura obrigatória “**Do Espírito das Leis**”: *“os juízes não devem ser mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor das*

48 Utilizamos o termo entre aspas para advertir que, em algumas civilizações antigas, entre elas as que permitiam a escravidão, as garantias que serão tratadas neste capítulo não eram estendidas a todos os homens, mas somente aqueles considerados “cidadãos” ou qualquer outra denominação que se dê aos afortunados socialmente

49 George Lima, ob. cit., p. 71

50 George Lima, ob. cit., p. 72

51 Alexy, ob. cit., p. 65 e ss.

*leis” e por isso “o poder de julgar é de algum modo nulo”.*⁵²

Assim, toda esta desconfiança imposta aos juízes acabava por impossibilitar uma atuação ativa por parte destes, no sentido de conferir eficácia aos Direitos Fundamentais. Tal cenário começou a ser modificado com o advento da Jurisdição Constitucional.

O surgimento da Jurisdição Constitucional teve origem nos Estados Unidos com o sistema denominado “*checks and balances*”, traduzido para o idioma de Camões como “freios e contrapesos”, que permitia ao Judiciário, com base no princípio da Supremacia da Constituição, analisar a compatibilidade das leis infraconstitucionais com a Lei Maior.⁵³

Na atualidade, tendo o Constituinte tutelado não só as liberdades civis, mas também os Direitos Sociais, faz mister que se garanta ao Judiciário atuação no sentido de garantir a tutela de tais direitos e liberdades. Neste diapasão, o Judiciário deverá deixar de ser mero solucionador de conflitos pessoais, devendo ser verdadeiro agente transformador da realidade na qual está inserido.

3.2 Aspectos da Doutrina Nacional a respeito da efetivação dos Direitos Fundamentais.

No Direito pátrio, assim como no Direito comparado, destacam-se três correntes doutrinárias a respeito da efetivação dos Direitos Sociais por parte do Judiciário.

A primeira delas prega pela não eficácia das normas constitucionais que tratam dos Direitos Sociais. Encabeçada por doutrinadores do porte de José Cretella Júnior⁵⁴, que afirma que o Judiciário não poderia embasar seus julgados somente com base em princípios, ou seja, os princípios não teriam nenhuma nenhuma força normativa, o que vai de encontro ao que pretendemos afirmar. Cretella Junior defendia, ainda, que somente a partir de normas concretas os direitos estatuídos na Carta Magna seriam passíveis de controle por parte do Judiciário.

Em suma, tal corrente doutrinária afirmava que cinco eram os óbices à concretização judicial dos Direitos Sociais⁵⁵, a saber, (a) a vagueza do conteúdo da norma; (b) o dogma da vedação de atuação do juiz como legislador positivo; (c) a necessidade de previsão orçamentária para realização de despesas públicas; (d) a natureza meramente programática dos direitos sociais e (e) a impossibilidade do controle judicial das questões políticas.

52 *Apud* George Lima, ob. cit., p. 75

53 George Lima, ob. cit., p. 76.

54 CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentário à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 1988.

55 George Lima, ob. cit., p. 87.

Mais adiante, no subcapítulo destinado à análise dos pseudo-obstáculos à atuação do Judiciário na efetivação dos direitos sociais, analisaremos cada um destes argumentos, apontando suas respectivas falhas.

A segunda corrente doutrinária, embasada na clássica obra de José Afonso da Silva, *A Aplicabilidade das normas constitucionais*, desenvolveu o que se chamou de a Teoria da Eficácia Mínima dos Direitos Sociais,

Para Afonso, que escreveu sua obra ainda no ano de 1967, sob a vigência da Constituição brasileira datada deste mesmo ano, as normas constitucionais dividiam-se em três categorias, de acordo com sua eficácia, quais sejam, normas constitucionais de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada⁵⁶.

Normas de eficácia plena, são aquelas que, no momento em que a Constituição entra em vigor, estão aptas a produzir todos os seus efeitos. Para José Afonso da Silva tais normas “*são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata. Situam-se predominantemente entre os elementos orgânicos da constituição. Não necessitam de providência normativa ulterior para sua aplicação*”⁵⁷

As normas constitucionais de eficácia contida, por sua vez, constituem-se naquelas que, embora tenham condições de ser aplicadas após a promulgação da Constituição, podem ter seu alcance restringido pelo legislador infraconstitucional. Como exemplo de norma da espécie em comento, podemos citar o inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal⁵⁸, que garante a todos o livre exercício das profissões. Neste inciso, percebemos que o direito universal de acesso a todas as profissões poderá ser restringido por lei que determine, por exemplo, a prestação do Exame de Ordem para o exercício da profissão de advogado⁵⁹.

Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que, segundo José Afonso da Silva, não tem o condão de produzir todos os seus efeitos no momento da promulgação da Constituição, necessitam sempre de norma integradora que a regule⁶⁰.

É com base nessa classificação normativa que muitos magistrados negavam aos

56 SILVA, José Afonso da. **A aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 262.

57 José Afonso da Silva, ob. cit., p. 262.

58 Art. 5ºXIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

59 A este respeito, colacionamos o que dispõe o artigo oitavo do Estatuto da Advocacia (Lei. 8906/94) *Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário: I - capacidade civil; II - diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada; III - título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro; IV - aprovação em Exame de Ordem; V - não exercer atividade incompatível com a advocacia; VI - idoneidade moral; VII - prestar compromisso perante o conselho. (grifo nosso)*

60 Silva, José Afonso da, ob. cit., p. **A aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 164

Direitos Sociais a efetividade que a população necessitava. Tal teoria, como falamos, foi desenvolvida no ano de 1967, antes da existência de nossa Constituição atual, motivo pelo qual deve ser vista com ressalvas, vez que as normas de Direitos Sociais, àquela época, não tinham previsão de aplicabilidade imediata com tem agora (§ 1º, artigo 5º, CF/88).

A doutrina constitucional brasileira atual desenvolveu uma gama de teorias no sentido de superar o escólio do Professor José Afonso da Silva, possibilitando maior efetividade as normas que preveem Direitos Sociais. Podemos destacar entre tais doutrinadores as figuras de Paulo Bonavides, Ingo Wolfgang Sarlet, Gilmar Ferreira Mendes, Luís Roberto Barroso, Ricardo Lobo Torres, que, ainda que guardem divergências entre seus posicionamentos, podem ser enquadrados como defensores da *Máxima Efetividade dos Direitos Sociais*, sendo esta a terceira corrente de pensamento que mencionamos no intróito deste item

O professor Paulo Bonavides defende que, ao Judiciário, não compete somente a simples interpretação dos Direitos Sociais, mas, sobretudo, a concretização dos mesmos. Para o jurista cearense, somente uma nova hermenêutica possibilitaria maior efetivação dos direitos sociais, como se percebe do escólio abaixo, que toca às possibilidades que o Judiciário tem para enfrentar o problema da escassez de recursos:

Enfim, só uma hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais em harmonia com os postulados do Estado Social e democrático de Direito pode iluminar e guiar a reflexão do jurista para a resposta alternativa acima esboçada, que tem por si a base da legitimidade haurida na tábua dos princípios gravados na própria Constituição (arts. 1ª, 3º e 170)⁶¹ ...

Para o jurista cearense, a hegemonia dos princípios na nova ordem constitucional pós-positivista possibilita a aplicação ampla dos Direitos Sociais, posto que aquela (hegemonia dos princípios) “*de último, espancou, por inteiro, fazendo justiciáveis, em toda a sua latitude, os direitos de segunda geração.*”⁶²

Ingo Wolfgang Sarlet também defende a Eficácia Máxima dos Direitos Sociais. Em sua obra a ***A Eficácia dos direitos fundamentais***, Sarlet defende a aplicabilidade imediata dos Direitos Sociais, com base no §1º do artigo 5º da Constituição Federal, como demonstrado anteriormente, tal jurista defende também que os direitos sociais a prestações “*ao contrário dos direitos de defesa, não se dirigem à proteção da liberdade e*

61 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 644.

62 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros. p. 646.

*igualdade abstrata, mas sim (...) às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como a criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que dela necessitem*⁶³

Mencionado autor afirma, ainda, que, quando a atuação do Judiciário tiver por escopo salvaguardar aquilo que se compreende com um mínimo existencial a cada cidadão, entendendo-se este como corolário da Dignidade da Pessoa Humana, então a efetivação dos Direitos Sociais não deverá ter nenhum limite⁶⁴⁶⁵.

Gilmar Ferreira Mendes também possui escritos interessantes acerca dos Direitos Sociais.

Para o escritor, que concluiu sua tese de doutorado na Alemanha, de onde sorveu suas principais ideias:

A moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor de pretensão a prestações por parte do Estado. Se alguns sistemas constitucionais, como aquele fundado pela Lei Fundamental de Bonn, comportam discussão sobre a existência de direitos fundamentais de caráter social (*soziale Grundrechte*), é certo que tal controvérsia não assume maior relevo entre nós, uma vez que o constituinte, embora em capítulos destacados, houve por bem consagrar os direitos sociais, que também vinculam o Poder Público, por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Não subsiste dúvida, tal como enfatizado, de que a garantia da liberdade do exercício profissional ou da inviolabilidade do domicílio não assegura pretensão ao trabalho ou à moradia. Tais pretensões exigem não só ação legislativa, como, não raras vezes, medidas administrativas. Se o Estado está constitucionalmente obrigado a prover tais demandas, cabe indagar se, e em que medida, as ações com o propósito de satisfazer tais pretensões podem ser juridicizadas, isto é, se, e em que medida, tais ações se deixam vincular juridicamente. Outra peculiaridade dessas pretensões a prestações de índole positiva é a de que elas estão voltadas mais para a conformação do futuro do que para a preservação do status quo. Tal como observado por Krebs, pretensões à conformação do futuro (*Zukunftgestaltung*) impõem decisões que estão submetidas a elevados riscos: o direito ao trabalho (Cf, art. 6º) exige uma política estatal adequada de criação de empregos. Da

63 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2007. p. 301

64 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2007. p. 366 e ss.

65 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2002.

mesma forma, o direito à educação (CF, art. 205 c/c art. 6º), o direito à assistência social (CF, art. 203 c/c art. 6º) e à previdência social (CF, art. 201 c/c art. 6º) dependem da satisfação de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica. A submissão dessas posições a regras jurídicas opera um fenômeno de transmutação, convertendo situações tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas. Tem-se, pois, a juridicização do processo decisório, acentuando-se a tensão entre direito e política. Observe-se que, embora tais decisões estejam vinculadas juridicamente, é certo que a sua efetivação está submetida, dentre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível (*"Vorbehalt des finanziell Möglichen"*). Nesse sentido, reconheceu a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre *"numerus clausus"* de vagas nas Universidades (*"numerus-clausus Entscheidung"*), que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à "reserva do possível" (*"Vorbehalt des Möglichen"*)⁶⁶

Outro jurista de grande renome que defende a Eficácia Máxima dos Direitos Sociais é o professor Luís Roberto Barroso, em sua obra ***O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira***, na qual defende que as normas definidoras de Direitos Sociais tem caráter imperativo, devendo, por isto, ter aplicação imediata, inclusive no que respeita à exigência de prestações positivas por parte do Estado⁶⁷.

Para o professor fluminense,⁶⁸ *"ao jurista cabe formular estruturas lógicas e prover mecanismos técnicos aptos a dar efetividade às normas jurídicas"*

Assim, vistos os argumentos contras e favoráveis à intervenção do Judiciário como agente garantidor dos Direitos Sociais, passaremos, a partir do próximo item, a discorrer acerca dos limites da atuação do Poder Judiciário neste sentido.

3.3 Pseudo-Limites à atuação do Poder Judiciário como agente efetivador dos Direitos Sociais.

Como dito anteriormente, uma gama de argumentos foi levantada ao longo dos anos com o objetivo de esvaziar o conteúdo das normas constitucionais que preveem direitos sociais. Passaremos agora a analisar cada um destes, apontando suas

66 MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 46-48.

67 BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

68 BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 59.

respectivas falhas.

3.3.1 A vagueza do conteúdo das normas de Direitos Sociais

As normas de Direito Constitucional, não só aquelas que tratam dos Direitos Sociais, tem, de um modo geral, larga amplitude, e por vezes conteúdo de difícil delimitação.

Com base nisso, criou-se uma doutrina que, partindo do pressuposto que o Judiciário não dispõe de condições técnicas para elaborar políticas públicas, delimitando o alcance da norma, este não deveria intervir em situações nas quais o conteúdo da norma não fosse claro⁶⁹. Ou seja, enquanto não houvesse lei integradora da norma vaga, seria impossível a atuação judicial no sentido de tutelá-la.

Ora, a Constituição Federal estabelece, no artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, motivo pelo qual, em nenhuma hipótese, o Judiciário deverá ficar inerte, inoperante, diante de uma agressão à Carta Magna.

Ora, se em diversos ramos do Direito (penal, administrativo) é permitido ao juiz atuar quando a norma não tem seu alcance perfeitamente delimitado, por qual motivo deveria ser defeso ao juiz tutelar os Direitos Sociais, estabelecidos em norma constitucional, alegando-se conteúdo vago da norma?

Nos parece sem sentido este tipo de argumento.

3.3.2 A vedação da atuação do magistrado como legislador positivo

Este argumento, fulcrado no princípio da Separação dos Poderes e na Reserva Legal, afirma que o Juiz, mesmo verificando inconstitucionalidades em determinadas situações, não poderá adequá-las aos preceitos constitucionais, quando a matéria houver de ser tratada por lei específica.

Acerca do que foi dito acima, vejamos o seguinte julgado da lavra do STF que exemplifica a situação em comento:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO - REVISÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS - INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 9.032/95 A BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DE SUA VIGÊNCIA - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO, NESSE DIPLOMA LEGISLATIVO, DE SUA APLICAÇÃO RETROATIVA -

69 George Lima, ob. cit., p.87

INEXISTÊNCIA, AINDA, NA LEI, DE CLÁUSULA INDICATIVA DA FONTE DE CUSTEIO TOTAL CORRESPONDENTE À MAJORAÇÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO - VEDAÇÃO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Os benefícios previdenciários devem regular-se pela lei vigente ao tempo em que preenchidos os requisitos necessários à sua concessão. Incidência, nesse domínio, da regra "*tempus regit actum*", que indica o estatuto de regência ordinariamente aplicável em matéria de instituição e/ou de majoração de benefícios de caráter previdenciário. Precedentes. - A majoração de benefícios previdenciários, além de submetida ao postulado da contrapartida (CF, art. 195, § 5º), também depende, para efeito de sua legítima adequação ao texto da Constituição da República, da observância do princípio da reserva de lei formal, cuja incidência traduz limitação ao exercício da atividade jurisdicional do Estado. Precedentes. - Não se revela constitucionalmente possível, ao Poder Judiciário, sob fundamento de isonomia, estender, em sede jurisdicional, majoração de benefício previdenciário, quando inexistente, na lei, a indicação da correspondente fonte de custeio total, sob pena de o Tribunal, se assim proceder, atuar na anômala condição de legislador positivo, transgredindo, desse modo, o princípio da separação de poderes. Precedentes. - A Lei nº 9.032/95, por não veicular qualquer cláusula autorizadora de sua aplicação retroativa, torna impertinente a invocação da Súmula 654/STF. (RE 567360 ED/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 09/06/2009)

Tal argumento, todavia, vem perdendo força, para o bem dos Direitos Sociais, como demonstra o julgado abaixo, também do STF:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CARÊNCIA DE PROFESSORES. UNIDADES DE ENSINO PÚBLICO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. ARTS. 205, 208, IV E 211, PARÁGRAFO 2º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A educação é um **direito fundamental e indisponível** dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que “[a] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental[...]. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela

própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional”. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento⁷⁰.

Embora o entendimento jurisprudencial esteja se firmando neste sentido, importa-nos salientar que deve ser analisado com cuidado, não servindo como premissas para decisões relativas a outros Direitos Fundamentais Sociais que não o direito à educação básica, que já tem longo histórico de decisões acerca de sua efetivação no STF.

3.3.3 A necessidade de previsão orçamentária para realização de despesa pública.

O administrador não pode dispor livremente dos recursos, conforme determinação do artigo 167, inciso I da CF⁷¹. Para que haja controle dos gastos estatais, o aporte de recursos para determinada finalidade deve constar na Lei Orçamentária respectiva, bem como a contratação de serviços, compras de medicamentos etc, devem ser precedidas do processo licitatório e da respectiva dotação orçamentária.

Em outra banda, o preceito constitucional que determina a previsão legal dos gastos públicos, é, a nosso ver, dirigido ao administrador, não ao magistrado. Neste sentido, conforme já enunciou o próprio Supremo Tribunal Federal⁷², em caso de um aparente conflito entre o direito fundamental à vida, que se daria através de uma medida judicial que determinasse que o Estado deveria custear tratamento de saúde de determinado cidadão, e o interesse financeiro do Estado, por óbvio que o primeiro deveria prevalecer, posto que se encontra em um nível axiológico mais elevado.

A nosso ver, ordem judicial que determinasse a realização de medida que, para que fosse cumprida, fizesse-se necessário o aporte de despesas não previstas em lei orçamentária, não feriria a independência e separação entre os poderes, vez que o Judiciário estaria apenas zelando pelo cumprimento do disposto na Constituição Federal.

70 RE 594018/RJ

71 Art. 167. São vedados: I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

72 STF Pet. 1.246/SC, Rel. Min. Celso de Mello entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qu alifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema- que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana

Por óbvio que a determinação judicial deveria atentar para as reais condições orçamentárias do ente estatal para o qual o mandamento seria dirigido, sob risco de a medida não ser cumprida com base na “indisponibilidade fática dos recursos”.

Deve ser observado, todavia, que a “indisponibilidade fática dos recursos” não se caracterizaria com a mera alegação de que não há previsão para realização de determinada despesa, como demonstrado à sociedade supra, tampouco poderia equivaler a pequenas dificuldades financeiras enfrentadas pelo ente estatal. A indisponibilidade fática dos recursos deverá ser vista com uma condição que, se defrontada com a implementação da medida judicial, poderá levar o ente estatal demandado à exaustão financeira⁷³.

3.3.4 A natureza meramente programática dos direitos sociais

Normas programáticas, segundo Pontes de Miranda, são aquelas “em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos. A legislação, a execução, e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função⁷⁴.”.

Como dito no início deste estudo, os Direitos Sociais têm passado por uma evolução ao longo da história, mormente a partir do início do século, migrando do conceito de normas meras programáticas, ou normas-objetivo, para se tornarem normas tão justiciáveis quanto os direitos de liberdade.

As parcelas mais carentes, dada sua hipossuficiência e, ainda, a enorme concentração de riqueza no país entre poucos, têm reduzida participação no processo político-democrático. Como são elas que mais dependem da implementação dos direitos sociais, qualquer restrição legislativa a estes deve ser colocada sob suspeita e submetida a rigoroso exame judicial⁷⁵.

3.3.5 A impossibilidade do controle judicial das questões políticas

A impossibilidade do controle judicial das questões políticas deriva, sem dúvida do

73 Neste sentido, cf. George Lima, ob. cit., p. 93.

74 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, **Comentários à constituição de 1967, com a Emenda n.º 1 de 1969**, tomo I. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1969, p. 126-127.

75 MORO, Sérgio Fernando. **Legislação suspeita? Afastamento da presunção de constitucionalidade da Lei**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 91-92.

princípio da separação dos poderes. Como sabido, em nome do mencionado princípio, é negado ao Judiciário intervir nos atos políticos praticados pelos poderes Executivo e Legislativo, exceto para averiguar a legalidade de tais ações.

Como a matéria pertinente à efetiva aplicação, ou melhor, à concretização dos Direitos Sociais envolve, na grande maioria dos casos, questões atinentes a escolhas do administrador ou legislador, entende-se, com base no argumento que intitula o presente tópico, que o Judiciário não poderia intervir nas escolhas dos demais poderes, sob pena de malferir à Constituição no que toca à Separação dos Poderes, como antedito.

O afastamento de tal óbice à atuação do Judiciário deve ser visto com ressalva. Em verdade, embora defendamos uma atuação cada vez mais ampla do Judiciário, deve-se ressaltar que ainda há campos de atuação dos demais poderes impossíveis de serem tocados pela atuação do Juiz⁷⁶.

A atuação do Poder Judiciário como garantidor dos Direitos Sociais deve ser efetiva, como defendemos ao longo de todo o trabalho. Todavia, é inegável que deve ser subsidiária a uma não atuação ou má atuação dos Poderes Executivo e Legislativo.

Assim, existente uma omissão ou atuação dos demais poderes da República lesivas aos Direitos Sociais garantidos e fundados na Constituição Federal, deve o Judiciário, provocado para tanto, intervir para concretizar as normas jusfundamentais de Direitos Sociais.

3.4 Limites reais à atuação do Judiciário como agente garantidor dos Direitos Sociais Fundamentais.

Até agora, tratamos os Direitos Sociais como verdadeiros Direitos Fundamentais, inclusive com demonstrações objetiva, finalística e material de tal fato. Também foi visto que os Direitos Fundamentais, enquanto corolário do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, devem ter eficácia máxima, cabendo aos poderes Executivo e Legislativo conferir máxima concretude aos mesmos. O Judiciário deveria intervir somente em casos de omissão ou má ação dos poderes retromencionados.

Pode soar estranho ao leitor a intitulação do presente item, mas ocorre que, e nisso temos suporte de boa parte da doutrina, em matérias de Direitos Fundamentais, não pode haver radicalismos. Como dito anteriormente, os princípios são normas que se configuram, nas palavras de Alexy, em verdadeiros *mandados de otimização*, devendo ocorrer, em caso de conflito entre dois ou mais princípios, verdadeiro sopesamento de

76 Neste sentido, cf. George Lima, ob. cit., p. 99.

valores, a fim de verificar qual deve prevalecer no caso concreto causando a menor mitigação possível no princípio afastado.

Assim, poderá ocorrer situação em que efetivação dos Direitos Sociais requerida por qualquer cidadão poderá ser negada com base na força normativa de outros princípios constitucionais. Assim procuraremos demonstrar nos itens subsequentes.

3.4.1 O limite relativo da Reserva do Possível

Se, por um lado, a teoria do Mínimo Existencial procura garantir ao ser humano as condições necessárias para uma vida condigna, em outra banda, o princípio da Reserva do Possível traduz verdadeira proteção aos direitos e interesses da Fazenda Pública, não deixando, todavia, de guardar suas vantagens.

Em muitas situações, os magistrados olvidam, no momento de prolatar as mesmas, das consequências econômico-financeiras de suas decisões. A título de ilustração, podemos citar o exemplo de uma decisão que, com vistas a garantir o direito de saúde da população de um pequeno município, determine que a prefeitura de tal localidade construa hospital de excelência, com equipamentos de última geração⁷⁷. Tal medida levaria o município à exaustão financeira, posto que totalmente afastada do princípio da Proporcionalidade. Neste caso, torna-se cabível a aplicação do postulado ora em comento.

Ingo Sarlet, leciona que a Teoria da Reserva do Possível deve ser analisada sob um aspecto tríplice, a saber: (a) a disponibilidade fática dos recursos; (b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos necessários à efetivação dos direitos fundamentais; e, por último, (c) a proporcionalidade da prestação solicitada⁷⁸.

A disponibilidade fática dos recursos necessários à efetiva aplicação dos direitos sociais pleiteados, relaciona-se, diretamente, ao fato de serem os recursos disponíveis a qualquer ente público finitos, de modo que, por vezes, se torna verdadeiramente impossível a execução da medida determinada pelo juízo, dada a total escassez de recursos públicos.

Por vezes, os recursos até existem, mas não há o contingenciamento financeiro necessário ao emprego dos mesmos, encontrando-se presente, neste tipo de situação, a

⁷⁷O exemplo é de LIMA, George Marmelstein, *in* **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**, Dissertação de Mestrado, Fortaleza, UFC, 2005

⁷⁸SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª. Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 304

“cláusula da Reserva do Possível Jurídica”⁷⁹.

O administrador não pode dispor livremente dos recursos, conforme determinação do artigo 167, inciso I da CF⁸⁰. Para que haja controle dos gastos estatais, o aporte de recursos para determinada finalidade deve constar na Lei Orçamentária respectiva, bem como a contratação de serviços, compras de medicamentos etc, deve ser precedida do processo licitatório.

Em outra banda, como falamos anteriormente, o preceito constitucional que determina a previsão legal dos gastos públicos, é, a nosso ver, dirigido ao administrador, não ao magistrado.

Assim, as questões das reservas do possível fática e jurídica, poderiam ser facilmente superadas pelo magistrado, desde que esse, pelo método da ponderação, observasse os princípios envolvidos (garantia dos Direitos Sociais X regras de orçamento público), decidisse qual deveria preponderar.

Assumindo que se optou pela proteção dos Direitos Sociais, a decisão oriunda do processo mencionado acima deverá estar imersa nas águas do princípio da proporcionalidade.

O aspecto da proporcionalidade da prestação solicitada deve ser julgado conforme a dimensão tríplice de tal princípio, disseminada no Brasil por Willis Santiago Guerra Filho⁸¹, que afirma que, analisada com fulcro no princípio da proporcionalidade, uma medida será considerada “correta” se for adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, ou seja, se atinge o fim ao qual se destina, causando o menor prejuízo financeiro possível e, por fim, se as vantagens acarretadas com a adoção da medida superam as desvantagens que a mesma eventualmente traga em seu conteúdo.

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais. Exemplo disso ocorre na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observado sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos, com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental⁸².

Como exemplo da aplicação do princípio da proporcionalidade inserido na denominada “Reserva do Possível”, podemos citar o caso no qual determinado cidadão,

79 *Apud* George Lima, *in ob. cit.*, p. 50

80 Art. 167. São vedados: I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

81 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de Teoria Constitucional**. Fortaleza UFC. 1989. p.75

82 SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª. Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 305

portador de uma doença grave, necessitando de transplante de um órgão essencial para que continue vivendo, recorre ao Judiciário para que este determine que o Estado realize o transplante. Todos sabemos das filas de espera que se formam, em todo País, para que sejam recepcionados órgãos aptos a serem utilizados em um transplante. Neste tipo de situação, qualquer ação do Estado no sentido de fazer com que um indivíduo tome o lugar de outro na “fila de doação”, seria notadamente inconstitucional, posto que, além de ferir o princípio da isonomia, malferiria o princípio da tripartição dos poderes, posto que, temos de considerar, tais “filas” são elaboradas pelas autoridades competentes obedecendo critérios técnicos para sua formação, não incumbindo ao Judiciário intervir em sua formação.

Por outro lado, medida que visasse a corrigir eventual fraude na formação da fila, ou mesmo o desrespeito à sequência, seria, a nosso ver, perfeitamente compatível com a Ordem Constitucional.

Gostaríamos, apenas, com a devida vênia, de fazer um adendo às considerações de Ingo Sarlet. O princípio da Reserva do Possível, ao vincular a execução da medida à existência de recursos disponíveis no erário, consagra os princípios insculpidos no art. 16⁸³ da Lei Complementar n.º: 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal)

No atinente à teoria ora em comento, se os meios financeiros não são ilimitados, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados. Os recursos remanescentes deverão de ser destinados de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento.

No caso brasileiro, a essa conclusão se chega igualmente em decorrência de um conjunto de compromisso internacionais assumidos formalmente. Com efeito, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Internacional

83 “Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de: I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes; II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias. § 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se: I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício; II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições. § 2º A estimativa de que trata o inciso I do caput será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas. § 3º Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias. § 4º As normas do caput constituem condição prévia para: I - empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras; II - desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o § 3º do art. 182 da Constituição”.

sobre o direito das crianças e o Pacto de São José da Costa Rica obrigam os Estados signatários a investirem o máximo dos recursos disponíveis na promoção dos direitos previstos em seu texto.

Note-se que aplicar prioritariamente os recursos no atendimento dos fins constitucionais ou o investimento do máximo dos recursos disponíveis não significa que aquilo que arbitrariamente os Estados entenderem como prioridade deva ser aplicado para esse fim, ou aquilo que sobejar (se ultrapassar)⁸⁴.

No respeitante à negativa do Poder Público em executar medida judicial com base na Reserva do Possível, entendemos que tal pedido deve sempre ser visto com desconfiança. Alguns doutrinadores entendem que a Reserva do Possível deve funcionar como óbice à garantia dos Direitos Sociais quando o Administrador Público demonstrar, por meio de provas cabais, a impossibilidade da implementação da medida com base no princípio ora em comento.

É muito fácil para o Administrador efetuar tal demonstração, vez que o mesmo pode se utilizar de todo tipo de artifício contábil. Se aceitarmos tal premissa, corre-se o risco de não haver a aplicação dos Direitos Sociais. Qual magistrado acharia razoável e condizente com a realidade constitucional brasileira indeferir um pedido, com base na Reserva do Possível, e permitir que um sem número de pessoas fiquem à margem dos serviços estatais mínimos para viverem com dignidade? Enfim, o condicionamento da realização de *“direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir sua eficácia a zero.”*⁸⁵

Em que pese todo anteparo doutrinário que tal doutrina goza no meio acadêmico nacional, entendemos, como denuncia o título deste tópico, que tal limite deve ser visto de forma bastante relativa.

Isto porque, como teve origem na Alemanha, a partir de um tópos da jurisprudência constitucional daquele País (*Der Vorbehalt des Möglichen*)⁸⁶, com base no qual a prestação material de serviços públicos pelo Estado estaria vinculada à disponibilidade dos respectivos recursos financeiros.

Não se pode olvidar que os *“conceitos constitucionais transplantados precisam ser interpretados e aplicados de uma maneira adaptada para as circunstâncias particulares de um contexto cultural e sócio-econômico diferente, o que exige um máximo de*

84 BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2.008, págs. 268 a 270.

85 Krell, ob. cit., p. 54

86 Krell, ob. cit., 52,

*sensibilidade*⁸⁷.

Deste modo, no momento de se aplicar a Reserva do Possível há de se observar a realidade fática do Brasil, País no qual, diferentemente da Alemanha, os Direitos Sociais estão longe de terem a eficácia da qual necessita a população, cabendo à nossa Justiça o papel de realizador dos Direitos Sociais.

Em face de todo o exposto, podemos concluir que a Reserva do Possível deve ser aplicada, porém com muita relatividade. Se por um lado pode ser útil até para preservar a existência e aplicação dos Direitos Sociais de outras pessoas, por outro horizonte, pode servir como subterfúgio para que o Estado não realize aquilo que foi previsto pela Constituição Federal.

3.4.2 A necessidade de demonstração, mediante argumentação fundamentada, de que os demais Poderes da República estão agindo em descumprimento aos preceitos Constitucionais relativos aos Direitos Sociais Fundamentais, bem como a necessidade do levantamento do maior número de informações possíveis acerca dos efeitos da decisão a ser prolatada - reserva de consistência.

O postulado estatuído no título do presente subitem representa, a nosso ver, forte limitação à atuação do Poder Judiciário como garantidor dos Direitos Sociais.

Em verdade, é inegável que a afirmação mencionada no parágrafo anterior deriva da necessidade, imposta pela própria Carta Magna, de que todas as decisões sejam fundamentadas⁸⁸.

Embora estejamos defendendo uma atuação mais ousada do Judiciário no que toca à efetivação dos Direitos Sociais, devemos tomar cuidado, todavia, para que esta instituição não sobrepuje as demais na sua atuação, desequilibrando, assim, a relação entre os poderes, um dos alicerces de nossa República.

Acreditamos que já se possa inferir, em face de tudo que foi dito até agora, que a atuação do Judiciário basear-se-á na finalidade de conferir eficácia máxima aos preceitos Constitucionais. Assim, por muitas oportunidades, poderá ser realizada mediante o controle difuso de constitucionalidade, que como sabemos tem efeitos somente para as partes litigantes.

87 Krell, ob. cit., p. 54

88 **Constituição Federal, art. 93, IX:** todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Tal necessidade de fundamentação e de explicação de todos os motivos que levam o magistrado a tomar determinada decisão favorável à efetivação dos Direitos Sociais e implicando um dever ao poder público foi denominada por Häberle “reserva de consistência”⁸⁹.

De acordo com Häberle, temos que esta (reserva de consistência), uma vez presente, torna a sociedade “*aberta e livre, porque todos estão potencialmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional.*”⁹⁰

A reserva de consistência implica não só na necessidade de o magistrado reunir todos os argumentos e elementos suficientes para demonstrar o acerto do resultado que pretende alcançar com sua decisão, como também a necessidade de, para demonstrar tais elementos, convocar o máximo de segmentos sociais interessados no processo, tornando mais legítima o processo de concretização constitucional pelo Judiciário⁹¹.

A reserva de consistência tem relevo maior quando observamos sua atuação num campo prático, a medida que esta, nas palavras de George Marmelstein Lima:

“(a) torna necessária a explicitação de todos os motivos que levaram o magistrado a tomar sua decisão, inclusive os fatores emotivos por trás do caso. É a chamada justificativa racional, entendendo-se a palavra racional em sentido amplo, para englobar, além dos fatores objetivos, os critérios subjetivos e sentimentais da argumentação;

(b) exige a ampliação da possibilidade de participação dos diversos segmentos sociais interessados nos resultados do julgamento (stakeholders), a fim de legitimar e democratizar cada vez mais o processo de concretização constitucional;

(c) faz com que as razões de decidir deixem de ser meramente jurídicas, cabendo ao juiz buscar dados empíricos em outras ciências, inclusive requisitando informações de entidades públicas e privadas, no intuito de decidir a matéria do modo mais correto possível, já que, no desenvolvimento de normas de direitos fundamentais, é insuficiente o emprego de técnicas jurídicas de interpretação assentadas no simples exame de texto;

(d) exige uma profunda ponderação das vantagens e desvantagens que a decisão trará (princípio da proporcionalidade), já que uma decisão precipitada, sem que sejam verificados todos os interesses em jogo, pode causar a ruína de outros direitos fundamentais, na medida em que os recursos financeiros são escassos e podem não ser suficientes para o cumprimento da decisão judicial, especialmente

89 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997. p.42

90 Häberle, ob. cit., p.43

91 Neste sentido, cf. George Lima, ob. cit., p.189

se for verificada a repercussão que teria a decisão se fosse estendida a casos análogos;

(e) impõe do dever de coerência, pois, ao se exigir que o magistrado manifeste expressamente quais os argumentos que o convenceram a tomar uma determinada decisão, pressupõe-se que, diante de um caso semelhante, em que os mesmos argumentos podem ser adotados, a solução será semelhante.”⁹².

No que pertine à efetivação dos Direitos Sociais, a reserva de consistência, se, por um lado, limita à atuação do magistrado, vez que traz em seu bojo série de requisitos à atuação deste, por outro lado, uma vez verificada a validade da atuação do Judiciário com base em tal postulado, dá ao *decisum* originado mais legitimidade, vez que não foi só oriundo das partes litigantes no processo, mas também teve seu embasamento obtido a partir das manifestações dos terceiros interessados que integravam diversos setores da sociedade e que participaram dos processo.

Neste sentido, parece-nos muito salutar a adoção por parte do STF de realizar audiências públicas na “instrução” de processos considerados estratégicos, bem como a sedimentação do entendimento pela admissibilidade do *amicus curiae* nos processos de controle concentrado de constitucionalidade

3.5 Possibilidades à atuação do Judiciário como garantidor dos Direitos Sociais

Já resta claro, após tudo que afirmamos ao longo do presente estudo, que o Poder Judiciário tem papel especial na efetivação dos Direitos Sociais. Todavia, em que pese a importância de tal papel, sabemos, e afirmamos ao longo do presente trabalho, que tal papel não é de “protagonista”.

Em verdade, o Judiciário só poderá atuar como garantidor dos Direitos Sociais quando estes forem objeto de uma má ação ou omissão dos Poderes Executivo e Legislativo.

Assim, ciente das limitação à atuação do terceiro poder, passaremos agora a tecer alguns comentários acerca das reais possibilidades de concretização dos Direitos Sociais pelo Poder Judiciário.

A atuação do Judiciário como garantidor dos Direitos Sociais pode ser dividida em três momentos, relativos ao tipo de conduta estatal com relação aos administrados, a saber, proteção contra condutas estatais lesivas aos Direitos Sociais, proteção contra normas que dificultam a gozo dos Direitos Sociais pela população e, ainda, proteção

⁹² George Lima, ob. cit., p. 187 e 188.

contra omissões ou má ações estatais no sentido de garantir os Direitos Fundamentais de 2ª dimensão.

Todavia, há de se ressaltar que, em quaisquer dos momentos que serão mencionados abaixo, o magistrado tem amplos poderes de atuação, com amparo no Código de Processo Civil, mormente no artigo 461, §5º⁹³

3.5.1 *Proteção contra condutas estatais lesivas aos Direitos Sociais*

Este ponto da matéria talvez seja o que guarda menor controvérsia doutrinária ou jurisprudencial.

Não há soçobro de dúvida que, uma vez verificada conduta lesiva ao arcabouço de direitos de qualquer cidadão por parte do Estado, cabe ao Poder Judiciário intervir, garantindo ao cidadão a fruição de tais direitos.

Vale ressaltar que, sendo impossível cessar a conduta que cause o dano ao patrimônio jurídico do cidadão, ou, mesmo cessada tal conduta, reste claro o dano sofrido, deverá o Estado reparar tais danos, conforme se verá nos julgados juntados abaixo.

Neste sentido, é válido colacionar alguns arestos que demonstram a atuação do Poder Judiciário neste tocante, *verbis*:

REMESSA OFICIAL. SENTENÇA. MATADOURO PÚBLICO EM CONDIÇÕES PRECÁRIAS. Laudo pericial e fotos acostadas aos autos. Proibição das atividades. Medida acertada. Multa. Danos ambientais. Cabimento. Desprovento da remessa. Manutenção do *decisum*. A decisão proferida bem levou em consideração as condições sanitárias dos produtos de natureza animal destinados ao abate no matadouro municipal de lagoa seca, restando extremamente precárias, insuficientes e colocando em risco a saúde pública da coletividade. "a saúde é concebida como direito de todos e dever do estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam. As ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do poder público,

93 Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.
(...)

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

nos termos da Lei. (TJPB; ROF 001.2007.017.683-7/001; Rel. Des. José Di Lorenzo Serpa; DJPB 18/06/2009; Pág. 6)

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. INFECÇÃO POR CITOMEGALOVÍRUS. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO (MENOR IMPÚBERE) RESULTANTE DA EXPOSIÇÃO DE SUA MÃE, QUANDO GESTANTE, A AGENTES INFECCIOSOS, POR EFEITO DO DESEMPENHO, POR ELA, DE ATIVIDADES DESENVOLVIDAS EM HOSPITAL PÚBLICO, A SERVIÇO DA ADMINISTRAÇÃO ESTATAL. PRESTAÇÃO DEFICIENTE, PELO DISTRITO FEDERAL, DE ACOMPANHAMENTO PRÉ-NATAL. PARTO TARDIO. SÍNDROME DE WEST. DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESSARCIBILIDADE. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do poder público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o "eventus damni" e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do poder público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. A omissão do poder público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes. - A jurisprudência dos tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do poder público nas hipóteses em que o "eventus damni" ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica. (STF; RE-AgR 495.740-0; DF; Segunda Turma; Rel. Min. Celso de Mello; Julg. 15/04/2008; DJE 14/08/2009; Pág. 92)

Pode se observar, destarte, o caráter objetivo da responsabilidade estatal no que toca à incolumidade física dos cidadãos, sendo, assim, espécie de garantia dos Direitos Sociais (direito à saúde) pelo Poder Judiciário.

3.5.2 Proteção contra normas que dificultam o gozo dos Direitos sociais pela população.

Neste tópico, veremos que, por vezes, o Estado pode elaborar normas que limitem a fruição dos Direitos Sociais. Por exemplo, normas que limitem o acesso ao Sistema Único de Saúde, ou, ainda, que determinem, por meio do empréstimo compulsório de valores depositados em conta poupança, qualquer limitação ao direito social do cidadão.

Neste tocante, traz-se à colação o aresto abaixo para clarificar o assunto, *verbatim*:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. TERMO DE ADESÃO. LIBERAÇÃO DE SALDO DE CONTA VINCULADA. DOENÇA GRAVE. POSSIBILIDADE. 1. Tendo o autor firmado acordo com a ré para receber a diferença de correção monetária relativamente ao plano verão (janeiro/89) e Plano Collor I (abril/90), não poderia ele, validamente, pretender receber novamente a diferença objeto do termo de adesão, nos termos da LC nº 110/2001. 2. O direito à saúde é um dever constitucional do estado, garantido pelo art. 196 da Constituição Federal, sendo razoável, portanto, estender-se a aplicação do art. 20, XIV, da Lei nº 8.036/90, que permite o levantamento do FGTS em razão de doença grave. 3. Na espécie, o autor é portador de doença cardiovascular grave (hipertensão arterial), que resultou em lesão isquêmica aguda, sendo possível, pois, a liberação de saldo de conta vinculada para a continuação do tratamento. 4. Apelações do autor e da CEF improvidas. doutrina título: "curso de direito constitucional positivo" autor: José afonso da Silva ano:2002 pag.:197 (TRF 1ª R.; AC 2003.33.00.018359-1; BA; Quinta Turma; Rel. Des. Fed. Fagundes de Deus; Julg. 27/09/2004; DJU 25/10/2004; Pág. 61)

Ainda acerca do assunto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar lide envolvendo “diferença de classes”, oriunda da resolução 283/91 do INAMPS, entendeu que “o art. 196 da Constituição Federal estabelece como dever do Estado a prestação de assistência à saúde e garante o acesso universal e igualitário do cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele”⁹⁴

3.5.3 *Proteção contra omissões ou más ações estatais no sentido de garantir os Direitos Fundamentais de 2ª dimensão.*

Os dois subitens anteriores tratavam de assunto pouco polêmico e já assentes na jurisprudência e na doutrina pátria, de modo que evitamos nos delongar em demasiado a

94 RE 226835/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 10/3/2000, p. 21

respeito de tais temas.

Todavia, a proteção contra omissões e má ações estatais tem provocado alguns aspectos polêmicos na jurisprudência, caracterizando-se pela dificuldade em vislumbrar os limites à atuação do Judiciário mencionados anteriormente.

Assim, a determinação de que o Estado deva adotar determinada medida deve ser realizada com muita cautela, devendo-se sempre observar o limite da reserva do possível, quando aplicável, bem como o da reserva de consistência.

Neste diapasão, trouxemos à baila alguns julgados:

CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL. DIREITO À SAÚDE. ART. 196 DA CF/88. NORMA DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. POSSIBILIDADE E DEVER DE O PODER JUDICIÁRIO CONFERIR MÁXIMA EFETIVIDADE À NORMA CONSTITUCIONAL. NECESSIDADE DE SUA CONCREÇÃO. A RESPONSABILIDADE PELO FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS À POPULAÇÃO ESTENDE-SE A TODOS OS ENTES FEDERATIVOS. 1. A Constituição Federal de 1988 atribuiu um significado ímpar à saúde, tratando-a, de modo inédito no constitucionalismo brasileiro, como um verdadeiro direito fundamental social. 2. A saúde, posta na Constituição Federal como direito fundamental social de caráter positivo (*status positivus*), é concebida como direito de todos e dever do Estado, possuindo a norma constitucional eficácia plena e aplicabilidade imediata. 3. O cumprimento dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Público pode ser exigido judicialmente, cabendo ao Judiciário, diante da inércia governamental na realização de um dever imposto constitucionalmente, proporcionar as medidas necessárias ao seu cumprimento, com vistas à efetividade dos preceitos constitucionais, não se configurando ofensa à separação dos poderes. 4. Não pode portaria do Ministério da Saúde, ato meramente administrativo, se sobrepor a uma norma constitucional. AGRAVO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJCE; AI-PESusp 2008.0023.5364-0/0; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes; DJCE 24/06/2009; Pág. 32) (Publicado no DVD Magister nº 27 - Repositório Autorizado do TST nº 31/2007)

No *decisum* abaixo, podemos observar a omissão estatal consistente no fato de manter matadouro público em condições inapropriadas, o que fez com que o Judiciário intervisse para regular a situação:

REMESSA OFICIAL. SENTENÇA. MATADOURO PÚBLICO EM CONDIÇÕES PRECÁRIAS. Laudo pericial e fotos acostadas aos autos. Proibição das atividades. Medida acertada. Multa. Danos ambientais. Cabimento. Desprovemento

da remessa. Manutenção do *decisum*. A decisão proferida bem levou em consideração as condições sanitárias dos produtos de natureza animal destinados ao abate no matadouro municipal de lagoa seca, restando extremamente precárias, insuficientes e colocando em risco a saúde pública da coletividade. "a saúde é concebida como direito de todos e dever do estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam. As ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do poder público, nos termos da Lei. (TJPB; ROF 001.2007.017.683-7/001; Rel. Des. José Di Lorenzo Serpa; DJPB 18/06/2009; Pág. 6) (Publicado no DVD Magister nº 27 - Repositório Autorizado do TST nº 31/2007)

Na decisão seguinte, o direito discutido é a educação. Ressalte-se o caráter obrigatório para a disponibilização da educação infantil pelo Poder Público:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CARÊNCIA DE PROFESSORES. UNIDADES DE ENSINO PÚBLICO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. ARTS. 205, 208, IV E 211, PARÁGRAFO 2º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da constituição do Brasil. A omissão da administração importa afronta à constituição. 2. O supremo fixou entendimento no sentido de que "[a] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da administração pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental[. . .]. Embora resida, primariamente, nos poderes legislativo e executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao poder judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – Por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – Mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional". Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF; RE-AgR 594.018-7; RJ; Segunda Turma; Rel. Min. Eros Grau; Julg. 23/06/2009; DJE 07/08/2009; Pág. 148) (Publicado no DVD Magister nº 27 - Repositório Autorizado do TST nº 31/2007)

Há, ainda, outros exemplos práticos de intervenção judicial no que pertence aos Direitos Sociais, como, por exemplo, quando houve edição de Medida Provisória estabelecendo salário mínimo insuficiente para atender às necessidades básicas da população⁹⁵.

Saliente-se, entretanto, que, no caso de declaração do salário mínimo como sendo de valor insuficiente, não houve nenhuma coação ao legislador ou administrador público, no sentido de forçá-lo a editar norma que cumpra os ditames constitucionais.

É com base em medidas como essa que percebemos que ainda resta um longo caminho para que o Poder Judiciário cumpra o papel necessário à garantia dos Direitos Sociais.

Como por exemplo, no caso do salário mínimo insuficiente discutido, poderia ter sido determinada alguma forma de responsabilização da autoridade política pelo descumprimento do preceito constitucional, com a previsão de alguma penalidade pelo descumprimento dos mandamentos constitucionais.

Com base no §5º do artigo 461 do Código de Processo Civil, o magistrado poderá, também, estabelecer o pagamento de multas pelo descumprimento do mandamento, determinar que se retire verbas de outras rubricas orçamentárias menos importantes e as destine à efetivação dos direitos sociais. Neste sentido, vale colacionar o seguinte *decisum*, que determinou a internação de pacientes em UTI's de hospitais particulares em decorrência da falta de leitos públicos, *verbatim*:

CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL. DIREITO À SAÚDE. ART. 196 DA CF/88. POSSIBILIDADE E DEVER DE O PODER JUDICIÁRIO CONFERIR MÁXIMA EFETIVIDADE À NORMA CONSTITUCIONAL. 1. A Constituição Federal de 1988 reservou um lugar de destaque para a saúde, tratando-a, de modo inédito no constitucionalismo pátrio, como um verdadeiro direito fundamental social. 2. O cumprimento dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Público pode ser exigido judicialmente, cabendo ao Judiciário, diante da inércia governamental na realização de um dever imposto constitucionalmente, proporcionar as medidas necessárias ao cumprimento do direito fundamental em jogo, com vistas à máxima efetividade da Constituição. 3. Feliz será o dia em que não for mais necessária a intervenção judicial na concretização do direito à saúde. Enquanto esse dia não chegar, esta decisão terá algum sentido. (Ação Cível Pública 2003.81.00.009206-7, 3ª Vara Federal, Ceará, 23/04/2003)

Resta claro, assim, que, com base no Poder Geral de Cautela, bem como com a amplitude de possibilidade que o §5º do artigo 461 do Código de Processo Civil confere ao magistrado, tem o Poder Judiciário amplas possibilidades para proteger os Direitos Sociais de cada cidadão.

95 ADI 1458/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20/9/1996

Para tanto, será necessário, acima de tudo, muito empenho tanto de nossos magistrados singulares quanto de nossas cortes, visto que, admitamos, é de veras difícil desarraigá-los de conceitos inculcados na nossa cultura jurídica por séculos e passar a adotar um novo entendimento. Todavia, o Direito nunca deverá ser visto como uma ciência estanque, devendo adequar-se aos tempos e às necessidades da população.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do cotejo do que foi afirmado no presente estudo a respeito da efetivação dos Direitos Sociais, podemos inferir, em síntese, que estes, via de regra, devem ter eficácia máxima, servindo como instrumento para redução das desigualdades sociais. Todavia, em face de determinadas circunstâncias fáticas, estes direitos podem ter sua eficácia reduzida, seja para proteger outros direitos considerados mais importantes, seja pela impossibilidade real de sua concretização naquele momento.

Quando a pretensa restrição aos direitos sociais alcançar aquilo que se entende como Mínimo Existencial, vimos que este núcleo dos Direitos Sociais é praticamente intangível, só podendo ter sua eficácia diminuída em face do princípio da proporcionalidade na sua aplicação.

Assim, demonstramos que o Poder Judiciário, havendo má ação ou omissão dos Poderes Executivo e Legislativo no que toca à garantia dos Direitos Sociais, deverá agir como verdadeiro agente efetivador de tais direitos, observados os limites de tal atuação.

Inegável, para o total deslinde do assunto, é o papel pedagógico desenvolvido pela jurisprudência, em especial no que concerne à eficácia dos direitos humanos fundamentais.

Na atividade relativa ao direito podemos distinguir dois momentos: (1) *ativo* ou *criativo*: encontra a sua manifestação mais típica na legislação; (2) *teórico* ou *cognoscitivo*: encontrado na jurisprudência (atividade de conhecimento do direito visando à sua aplicação)⁹⁶.

A pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito. Os julgamentos dos juízes, que decidem um caso atual, levando em conta também o horizonte de um futuro presente, pretendem validade à luz de regras e princípios legítimos. Nesta medida, as fundamentações têm que emancipar-se das contingências do contexto de surgimento. E a passagem da perspectiva histórica para a sistemática, acontece, explicitamente, quando a justificação interna de um juízo, apoiadas em premissas dadas preliminarmente, cede o lugar à justificação externa das próprias premissas. As decisões judiciais, do

96 BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Tradução e Notas: Márcio Pugliesi. 1ª- edição. São Paulo: Ícone, 2006, pág. 211.

mesmo modo que as leis são criaturas da história e da moral⁹⁷.

Desse modo, entendemos, com Habermas⁹⁸, que o Magistrado deve procurar, ao máximo, o diálogo com a sociedade, através de uma hermenêutica constitucional aberta, no sentido de conferir maior legitimidade às suas decisões.

Ora, como afirma Robert Alexy⁹⁹, os direitos sociais, entendidos como direitos a prestações estatais em sentido estrito, tem uma importância tão grande dentro do texto e do contexto constitucional, que não podem ter sua aplicação limitada à vontade da maioria parlamentar competente para votar uma Lei.

Ainda com Alexy, podemos afirmar que *“a competência dos tribunais termina nos limites do definitivamente devido. Mas os princípios contêm exigências normativas endereçadas ao legislador mesmo além desses limites. Um legislador que satisfaça princípios de direitos fundamentais além do âmbito do definitivamente devido satisfaz normas de direitos fundamentais mesmo se não está definitivamente obrigado a fazê-lo e, por isso, não pode ser obrigado a tanto por um tribunal constitucional.”*¹⁰⁰

Todavia, aplicando a lógica inversa ao pensamento retromencionado, quando o legislador ou o administrador tratam os direitos fundamentais aquém daquilo que a Constituição lhes determina, pode e deve ser obrigado a tanto por meio dos sistemas de controle de constitucionalidade e por outros meios dos quais o Judiciário dispõe.

O magistrado, mais que um mero expectador ou simples coadjuvante, pode ser ator principal na atribuição de plena eficácia aos direitos sociais, haja vista a supremacia que tais normas gozam no nosso ordenamento jurídico.

97 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade. Volume I.** Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 2ª- edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, págs. 246 e 247.

98 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

99 Alexy, ob. cit. p. 511 e seguintes

100 cf. Alexy, ob. cit., p. 519

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Tradução e Notas: Márcio Pugliesi. 1ª- edição. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo, **Curso de direito constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **A constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais: Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentário à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 1988.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de Teoria Constitucional**. Fortaleza UFC. 1989.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade**. Volume I.

Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 2ª- edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

LIMA, George Marmelstein, **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**, Dissertação de Mestrado, Fortaleza, UFC, 2005.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitucion**. Traducción: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional – 2ª ed. rev. e atual.** - São Paulo: Saraiva, 2008, p. 171.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, **Comentários à constituição de 1967, com a Emenda n.º 1 de 1969**, tomo I. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1969.

MORO, Sérgio Fernando. **Legislação suspeita? Afastamento da presunção de constitucionalidade da Lei**. Curitiba: Juruá, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 8ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **A aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.