

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO
FACULDADE DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA

O CONTROLE JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS

LUDMILA PEREIRA ARAUJO

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da UFMT, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em direito, sob a orientação do Professor Alexandre Tavoloni Junior.

CUIABÁ/ MT
Confeccionada em 2009
Atualizada em 2015

Verdade

A porta da verdade estava aberta,
Mas só deixava passar
Meia pessoa de cada vez.

Assim não era possível atingir toda a verdade,
Porque a meia pessoa que entrava
Só trazia o perfil de meia verdade.
E sua segunda metade
Voltava igualmente com meio perfil.
E os meios perfis não coincidiam.

Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso
Onde a verdade esplendia seus fogos.
Era dividida em metades
Diferentes uma da outra.

Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era totalmente bela.
E carecia optar. Cada um optou conforme
Seu capricho, sua ilusão, sua miopia.
(Carlos Drummond de Andrade)

RESUMO

A análise da possibilidade de emprego de instrumentos jurídicos para o controle dos direitos sociais é assunto que tomou peso nos últimos tempos, sendo-lhe aplicado críticas, elogios e sugestões quanto à sua efetividade. Dentre todas essas questões, este trabalho explicitará algumas que primordialmente auxiliam o entendimento da matéria, envolvendo uma breve explanação histórica dos direitos fundamentais, a subjetividade dos direitos sociais, sua inclusão dentre as cláusulas pétreas e análise dos institutos utilizados para determinar o momento da aplicação do controle judicial relacionado a tais direitos. O que levará, então, ao sopesamento de que as críticas quanto ao tema são relevantes, não a ponto de excluir a possibilidade de controle, mas sim como parâmetros para a não ocorrência de atuações excessivas e arbitrárias. Concluindo, portanto, que a aplicação do instituto se faz positiva e necessária modernamente.

Palavras chave: Direitos sociais; Políticas públicas; Poder Judiciário; Controle judicial.

SUMÁRIO

| | | |
|-----|---|----|
| 1. | INTRODUÇÃO | 08 |
| 2. | BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS | 12 |
| 2.1 | Breve Histórico dos Direitos Fundamentais | 12 |
| 2.2 | Eficácia dos Direitos Sociais | 17 |
| 3. | INCLUSÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO NÚCLEO INTANGÍVEL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 | 26 |
| 4. | O DIREITO SOCIAL E O DIREITO SUBJETIVO | 32 |
| 5. | O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE | 39 |
| 6. | A RESERVA DO POSSÍVEL E A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL | 43 |
| 6.1 | O Mínimo Existencial como critério garantidor do conteúdo dos Direitos Fundamentais | 43 |
| 6.2 | A Reserva do Possível | 47 |
| 7. | CORRENTES RELACIONADAS COM A POSSIBILIDADE DE JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS | 52 |
| 7.1 | A Teoria Tripartite e a Justiciabilidade | 52 |
| 7.2 | O Controle Judicial frente ao Aspecto Democrático | 56 |
| 7.3 | O Controle Judicial mediante a utilização de certos meios que possibilitam a análise técnica da questão Social | 58 |
| 7.4 | A alegação de insuficiência de recursos e de necessidade de reserva orçamentária | 61 |
| 8. | CERTOS PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO JUDICIAL | 64 |
| 8.1 | Priorizar a atuação Judiciária ao titular incapaz de arcar com os seus custos, sem inviabilizar a garantia de outras necessidades básicas | 66 |
| 8.2 | Prioridade para a opção técnica da Administração | 67 |
| 8.3 | Prioridade para a solução mais econômica | 68 |

| | | |
|-----|---|----|
| 8.4 | Intensidade do Controle Judicial atrelado aos níveis de investimentos em Políticas Sociais----- | 69 |
| 8.5 | Prioridade para as ações coletivas----- | 69 |
| 8.6 | Ampliação do diálogo institucional----- | 71 |
| 9. | CONSIDERAÇÕES FINAIS ----- | 73 |
| 10. | REFERÊNCIAS ----- | 75 |

RESUMO

A análise da possibilidade de emprego de instrumentos jurídicos para o controle dos direitos sociais é assunto que tomou peso nos últimos tempos, sendo-lhe aplicado críticas, elogios e sugestões quanto à sua efetividade. Dentre todas essas questões, este trabalho explicitará algumas que primordialmente auxiliam o entendimento da matéria, envolvendo uma breve explanação histórica dos direitos fundamentais, a subjetividade dos direitos sociais, sua inclusão dentre as cláusulas pétreas e análise dos institutos utilizados para determinar o momento da aplicação do controle judicial relacionado a tais direitos. O que levará, então, ao sopesamento de que as críticas quanto ao tema são relevantes, não a ponto de excluir a possibilidade de controle, mas sim como parâmetros para a não ocorrência de atuações excessivas e arbitrárias. Concluindo, portanto, que a aplicação do instituto se faz positiva e necessária modernamente.

Palavras chave: Direitos sociais; Políticas públicas; Poder Judiciário; Controle judicial.

INTRODUÇÃO

A possibilidade de o Poder Judiciário condenar a Administração Pública a prover prestações é uma das principais inovações ocorridas no constitucionalismo brasileiro. Ao mesmo passo que surgem os direitos fundamentais em diferentes gerações, ocorre a transformação do entendimento jurídico a respeito do que deve ser garantido ao cidadão.

Conceituando a matéria dentro da ascensão vista no Brasil, tem-se que, no passado não muito longínquo, ainda com a aceitação dos direitos fundamentais em uma escala de primeira dimensão, predominava a percepção de que os juízes deviam se restringir a aplicar as normas editadas pelo legislador.

Em suma, por mais que as prestações sociais já estivessem positivadas no texto constitucional, só seriam judicialmente exigíveis quando o legislador assim determinasse, definindo legalmente os parâmetros segundo os quais o Estado as proveria.¹

Todavia, este ponto de vista começa a ser superado em meados da década de 1990, a partir de decisões judiciais que passam a determinar a entrega de medicamentos para portadores do vírus HIV. Neste sentido, a RE 271286/RS, Relator Min. Celso de Mello, DJU 24.11.2000²:

AIDS/HIV. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES. LEGISLAÇÃO COMPATÍVEL COM A TUTELA CONSTITUCIONAL DA SAÚDE (CF, ART. 196). PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - A legislação que assegura, às pessoas carentes e portadoras do vírus HIV, a distribuição gratuita de medicamentos destinados ao tratamento da

¹ NETO, Cláudio Pereira de Souza. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 515.

² Disponível na Internet: <
[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(\(271286.NUME.%20OU%20271286.DMS.\)\(CELSO%20DE%20MELLO.NORL.\)\)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=((271286.NUME.%20OU%20271286.DMS.)(CELSO%20DE%20MELLO.NORL.))%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas)> . Acesso em 04.10.2009.

AIDS qualifica-se como ato concretizador do dever constitucional que impõe ao Poder Público a obrigação de garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. (...) O caráter programático da regra inscrita no Art. 196 da Carta Política (...) não pode converter-se em promessa constitucional incoseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...)

Neste mesmo sentido, há outros julgados, tais como RE 255627/RS, Rel. Ministro Nelson Jobim; e RESP 353147/DF, Rel. Ministro Franciulli Netto.

Sem contar que, desde então, sucessivas decisões a respeito do mesmo tema vêm sendo proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, convalidando a ideia contemporânea de atuação judicial com relação aos direitos sociais.

Aqui, cita-se uma decisão representativa dessa nova orientação:

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 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.(STF, RE-AgR 410715/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03.02.2006)

Nos dizeres de Cláudio P. De Souza Neto, tal ativismo judicial origina-se de uma série de fatores, sendo eles: aprovação da Constituição de 1988, considerada ativista e afirmativa da normatividade constitucional; sucessivas crises que atingem o Legislativo e o Executivo; e superação do positivismo no âmbito da metodologia constitucional.

Resta certo que tais fatores acabaram por firmar a concretização judicial de direitos sociais no contexto presente. Contudo, há ainda alguns óbices em grande parte argumentados pelo próprio poder Executivo e Legislativo, quando da busca pela não efetivação da justiciabilidade. Estes não chegam a fazer negar o Instituto, mas são capazes de demonstrar que há certas críticas e ideais contrários à atividade de controle.

Ademais, há discussão, sobre a abrangência do controle judicial, ou seja, quais são os limites para que o Poder Judiciário adentre na matéria social sem que invada a seara legislativa e executiva. Neste ponto, será utilizado o entendimento da Suprema Corte e da doutrina sobre o assunto, no fito de tentar explicitar certos parâmetros, os quais são ainda são discutidos.

É neste sentido que a presente monografia se preocupa em, primordialmente, tratar brevemente o histórico dos direitos fundamentais, a partir do surgimento de suas dimensões, ressaltando os pontos que levou-se a percorrer os primeiros passos na discussão da justiciabilidade dos direitos sociais.

Em seguida, será feita análise dos direitos sociais como cláusulas pétreas e como direitos subjetivos, questionando acerca da possibilidade deste tratamento, para, então, expor quais os institutos utilizados modernamente no ordenamento brasileiro que visam ponderar a atuação judicial, procurando estabelecer quando estará o Poder Judiciário se preocupando, decidindo e efetivando questões vistas como de direitos sociais.

Posteriormente, serão examinadas certas críticas quanto à matéria, suas fundamentações, contra-argumentos e a interessante postura que o Poder Judiciário tem assumido.

Será explicitado, também, a construção de certos limites à efetivação do controle judicial, pois tal atividade judicial se faz de grande valia, contudo, desde que respeitados certos limites, atuando não a ponto de ultrapassar a atividade necessária, decidindo acerca daquilo que poderia se considerar desnecessário, que somente tomaria mais tempo do que o pretendido.

É, para tanto, que se analisam alguns parâmetros e sua contribuição para o aperfeiçoamento da atuação judiciária, de modo a torná-la mais racional e sustentável no longo prazo.³

Acredita-se que uma discussão sobre este tema é de grande valia, pois que, modernamente, vem sendo muito debatido no sentido da possibilidade de participação do Poder Judiciário nas questões de direitos fundamentais, o papel que este poder possui, bem como a influência que causa na atuação dos demais poderes.

Contudo, esclarece-se que, com o tratamento dos tópicos sucintamente expostos, não se chegará ao esgotamento da matéria, pois, além de não haver pretensão para tanto, o tema ainda instiga certa divergência entre os operadores jurídicos. Não é possível dessa forma, uma conclusão fechada, pronta e acabada sobre o assunto. Além do que, se trata o presente texto de um Trabalho de Conclusão de Curso, em que não se pretende uma visão inédita sobre o assunto, mas tão somente o debate destas questões, que instigam a entender a contemporaneidade do tema e o papel moderno que os diversos Poderes vêm desempenhando na sociedade.

³ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 516

11. BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

11.1 Breve Histórico dos Direitos Fundamentais

Os textos constitucionais dos Estados de Direito do plano ocidental geralmente são formatados em normas que tratam da organização e limitação do poder do Estado, da divisão das funções estatais e dos direitos fundamentais e suas garantias.

Luísa Cristina Pinto e Netto, quando fala das questões de direitos fundamentais e revisão constitucional, afirma que o tratamento de tais matérias costuma variar basicamente de acordo com as peculiaridades e com as tradições histórico-culturais de cada Estado. Mas, são nos países ocidentais que estas questões vêm sendo trazidas como Núcleo Temático na respectiva Lei Maior.⁴

No que diz respeito às questões sociais e à atuação social do Estado, também se apresentam como elementos variáveis, colocando-se, entretanto, nos dizeres desta mesma doutrinadora, como “caracterizadores do Estado Constitucional”, sendo que em tais Estados, os direitos de caráter fundamental são essenciais, ou então, “peças-chave”, pois ocupam lugar estratégico no texto maior, impondo positiva ou negativamente a atuação estatal. Dessa forma, antes de qualquer discussão acerca da direção e limitação judicial dos direitos fundamentais, mais precisamente dos de caráter social, vale explicitar de maneira breve, a trajetória evolutiva desses direitos.

A conceituação dos direitos fundamentais que possuímos hoje se origina de uma sucessão histórica de tais direitos, que, de acordo com a

⁴ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. Os Direitos Sociais como limites materiais à revisão constitucional. Salvador: Juspodvim, 2009. p. 17

necessidade da época e do ordenamento social vigente, são formulados e “guindados ao cume da ordem jurídica”⁵.

Atualmente, ao se estudar os direitos fundamentais, chega-se à conclusão de que a doutrina os classifica como direitos de primeira dimensão, segunda dimensão, terceira dimensão, e já há explicações mais recentes acerca dos direitos de quarta dimensão.

Baseado no ensinamento de Celso de Mello:

Enquanto os direitos de primeira dimensão (direitos civis e políticos)- compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais- realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda dimensão (direitos econômicos, sociais e culturais)- que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas- acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira dimensão, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade(STF – Pleno – Ms nº 22164/SP – Rel . Min.Celso de Mello)

Os direitos de primeira dimensão envolvem garantias de liberdade e igualdade (também chamadas de liberdades individuais negativas) e nascem durante a Revolução Francesa, época de combate ao absolutismo e ao império das vontades dos monarcas. Assim, tais direitos surgem na tentativa de restringir os poderes absolutistas que o Estado possuía e estabelecem limites às arbitrariedades impostas pelo clero e pela nobreza. É a busca pela racionalização do estado e sua submissão aos direitos.

Ascende, com isso, o Estado Liberal, em superação e oposição ao Estado Absolutista. Nos dizeres da Professora Luísa C. P. e Netto, há aqui a separação entre estado e sociedade, abstendo-se, tal órgão, de “promover intervenções nas searas econômica e social; o Estado podia ser comparado a um “guarda-noturno”, incumbido de zelar pela paz e segurança de forma que a sociedade ficasse livre para se desenvolver.”⁶

⁵ Ibid., p. 19

⁶ NETTO, op. cit., p. 20

Contudo, tais conquistas liberais de combate à intervenção do Estado eram tidas como meramente formais, pois não foram usufruídas por toda a população, mas tão somente por uma burguesia em ascensão, que florescia com suas atividades comerciais devido a não mais intervenção do Poder Absolutista. Além do não usufruto pelo restante da sociedade, vê-se uma opressão, pois trabalhadores eram obrigados a trabalhar sem descanso, em locais insalubres, sem uma boa remuneração.

Conseqüentemente surge, de forma paulatina, um modelo social, atenuando-se a separação do estado e da sociedade, sendo concebida a ideia de que o Estado deve atuar voltado ao bem estar social e ao desenvolvimento econômico.⁷ Fala-se, aqui, em segunda dimensão, pois o Estado, que passa a ser social, também conhecido como WELFARE STATE, começa a interpretar os clássicos direitos de liberdade sob a perspectiva da sociabilidade, no sentido de garantir igualdade material e a realização dos objetivos de justiça social.

Tais direitos se exteriorizam nos conhecidos direitos sociais e econômicos, também denominados de liberdades-positivas, passando o Estado a ser um sujeito ativo, que presta serviços e regula atividade econômica, com o fito de que sejam reduzidas as desigualdades sociais, para que seja concretizada, por fim, a igualdade material. Foi com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 que estes instrumentos sociais tiveram destaques, passando a somar com os direitos de primeira dimensão.

Esta visão domina, por inteiro, as Constituições do segundo pós-guerra, vindo com destaque, para o Brasil, no Governo de Getúlio Vargas, com a promulgação da CLT.

Além da superação da ideia de fragmentação entre Estado e Sociedade Civil, com o advento do Estado do Bem estar social, expõe a Professora Luisa:

⁷ NETTO, op. cit., p. 23

Há uma nova relação Estado-sociedade; não mais se almejava primordialmente proteger a sociedade do Estado; a sociedade reclamava a atuação conformadora estatal, passando mesmo a depender do Estado e a com ele estabelecer laços duradouros. O estado passou a ter como fim a realização da justiça social, o que pode ser identificado com o princípio de socialidade, destinado a reger a atividade estatal, aí incluída a intervenção econômica dirigista e planejadora. (NETTO, 2009, p. 24-25)

Infere-se, assim, que, ao contrário dos direitos fundamentais de liberdade, que são realizados a partir da menor presença estatal, os direitos sociais se efetivam com a presença e atuação do Poder Público, tendo em vista que se configuram, na maioria das vezes, como direitos a prestações estatais.

Após a Segunda Guerra Mundial, com todas as terríveis práticas exercidas pelos nazistas, cria-se, na Alemanha, uma certa ojeriza com relação ao Modelo da Carta de Weimar, que passou a ser entendida como contributiva para as atrocidades ocorridas naquele país, pelo fato de os partidários ao Poder Nazista se utilizarem desta construção Constitucional para inviabilizar várias medidas do governo democrático, reduzindo, por fim, a zero os direitos humanos básicos.⁸

Em conseqüência, a Alemanha passou a adotar outro modelo de Carta Constitucional, conhecida como a Lei Fundamental de Bonn, entendida como norma-fim do Estado, que afasta o tratamento das normas de caráter programático pela Constituição, deixando no corpo da Lei Constitucional apenas o que for tarefa e direção obrigatória para a atuação estatal.⁹

Ressalta-se que a lei alemã de 1949 vai influenciar em grande escala os sistemas jurídicos internacionais, dentre eles, o Brasil.

⁸ KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 43-45

⁹ Ibid., p. 48

Cria-se, no sistema brasileiro interno, variada discussão sobre a adoção dos institutos lá utilizados, até mesmo quando da discussão da possibilidade do controle judicial dos direitos tidos como de caráter prestacional, situação que será tratada mais abaixo.

Ainda concernente à evolução dos direitos tratados neste tópico, ressalta-se que não só o sistema nazista, como também o fascista, salazarista e demais regimes totalitários ou autoritários, e suas respectivas atrocidades decorrentes, vão fazer surgir os direitos de solidariedade ou de fraternidade no rol dos direitos humanos, também conhecidos como de terceira dimensão.

São eles de titularidade coletiva, pois visam não à proteção dos interesses de um único indivíduo ou de apenas um grupo, mas sim de todo o gênero humano. Dentre tais direitos, pode-se mencionar o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente, o direito à paz, o direito à autodeterminação dos povos, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Foram eles proclamados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, sendo posteriormente incorporados às Constituições de diversos países. A Constituição Brasileira de 1988, por exemplo, é grande referência no que se refere à inserção de normas que visam à proteção do meio ambiente, bem como de outros direitos de solidariedade.

Conforme ensina Paulo Bonavides, a respeito dos direitos de terceira dimensão:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira dimensão tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses do indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta(...). Emergiram eles de temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.(BONAVIDES, 2009, p. 569)

Há, também, uma propensão para o reconhecimento de direitos que formariam uma quarta dimensão, tendo em vista a globalização dos direitos fundamentais. Esta formação, nos dizeres de Paulo Bonavides, deve-se à política neoliberal, que prega a dissolução do Estado nacional e o afrouxamento dos laços da soberania. A despolitização causada pela globalização vai fazer com que surjam direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.¹⁰

Desta forma, observa-se que estes direitos coexistem no ordenamento jurídico, cada qual com a sua finalidade, sendo que a existência de um grupo não requer o desaparecimento do outro.

11.2 Eficácia dos Direitos Sociais

Enquanto os direitos ditos negativos (direitos de defesa) possuem eficácia plena sem maiores questionamentos, pois reclamam por uma abstenção por parte dos poderes estatais e dos particulares, os direitos de caráter positivo, ou seja, aqueles que exigem uma prestação, instigam certa discussão a respeito de sua eficácia.

Em consonância, aborda Clemerson Mèrlin Clève:¹¹

Neste sítio, todavia, não é possível deixar de reconhecer que inexistente uma distinção de regime, há, todavia, uma distinção que decorre naturalmente da singularidade das estruturas normativas dos

¹⁰ Ibid., p. 572

¹¹ CLÈVE, Clemerson Mèrlin. *Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 22 de julho de 2009.

direitos. Deveras, a estrutura normativa de uma disposição tratando de um direito de defesa não é equiparável à estrutura de um direito prestacional. Há nas disposições contemplando direitos de defesa, em geral, um grau de determinidade maior. Por isso, nós encontramos nos direitos de defesa mais frequentemente possibilidade de aplicação imediata, porque muitas vezes do que se trata é impedir que o Estado venha a obstaculizar o exercício do direito pelo cidadão, um direito que poderia desde logo ser por ele exercido não fosse a atuação desconforme ou inconstitucional do Estado. Tudo se passa de modo diferente em relação à estrutura dos direitos prestacionais, porque esses direitos, ao contrário, só podem ser exercitados em virtude de uma atuação positiva, de cunho legislativo primeiro, de cunho administrativo ou material depois, do Poder Público. Porque não fora a atuação do Estado, certamente esse direito não poderia ser satisfeito (CLÉVE, p. 05)

O Professor José Afonso da Silva, responsável pela classificação das normas constitucionais em normas de eficácia plena, contida, e programáticas, explica que estas, quando definidoras dos direitos e garantias fundamentais, em regra, têm aplicação imediata. Com relação às de caráter social, tendem a seguir tal entendimento, contudo, quando mencionam uma lei integradora, vão ser elas de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.¹² Entende, ainda, que a criação de direitos subjetivos individuais a partir de Direitos Fundamentais Sociais somente existirá na sua vertente negativa, ou seja, quando o legislador ou a administração tomem atitudes que atentem contra os princípios que visam à consecução de políticas sociais, mas não quando permaneçam inertes, por exemplo.

Carlos Bernal Pulido faz longa crítica à visão de Fernando Atria, de que direitos sociais devem ser vistos apenas em seu caráter político. Aquele explicita a respeito da diferença entre direitos sociais e de liberdade, expondo cinco teorias que tratam da efetividade dos direitos sociais, sendo elas: as que consideram as disposições de direitos sociais como disposições programáticas; as que concebem estas disposições como uma fonte de normas fins do Estado; as que entendem os direitos sociais como uma fonte

¹² SILVA, José Afonso da, *Garantias Econômicas, Políticas e Jurídicas da Eficácia dos Direitos Sociais*. Disponível na internet: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto110.htm>. Acesso em 25 de julho de 2009.

de deveres estatais objetivos; as que concebem os direitos sociais como direitos definitivos; e as que vêem tais direitos como *prima facie*.

A teoria das normas programáticas nega o caráter vinculante dos direitos sociais, estando o entendimento de Fernando Atria em seu texto “Existen derechos sociales” aqui classificado. Tal concepção, assim como Atria, nega que qualquer expectativa de direito social possa ser considerada exigível via judicial. Estas garantias não obrigam o legislador em sua ação, mas faculta a ele a eleição de meios e estratégias para o cumprimento dos fins previstos pelos direitos sociais. A teoria vai ser fortemente criticada por Bernal Pulido no sentido de que acaba levando ao entendimento de que somente as liberdades negativas é que seriam dignas de objeto de proteção por parte dos direitos.

Além do que, entende o autor, a necessidade de que o legislador disponha de uma ampla margem de ação não retira dos direitos sociais toda sua força vinculante. O problema, aqui, reside em encontrar um modo razoável de articular a tensão desta última afirmação, ou seja, de que a necessidade de regulamentar garantias sociais não lhe retira todo o caráter vinculativo, com o fato da vinculação que emana destes direitos não poder expropriar absolutamente o Parlamento de sua liberdade de decisão.¹³

A segunda teoria apresentada pelo autor é a de que os direitos sociais vão funcionar como normas fins ou normas de programação final do Estado, pois vinculam a Administração ao dever de perseguir ou alcançar determinado fim, contudo sem lhe sujeitar ao caminho ou aos meios que devem ser perseguidos para tal alcance.

Esta teoria também é criticada por Pulido no sentido de que se torna complicado precisar qual seria esse núcleo essencial do fim, pois não se sabe, ao certo, com qual atitude é que ele de fato se concretiza,

¹³ PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos sociais: Uma crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 152-154

exemplificando assim que “parece difícil poder extrair do enunciado constitucional informação suficiente para precisar que nível deve ter esse serviço de saúde e como deve ser prestado – por exemplo, mediante a criação de hospitais, mediante o financiamento direto da demanda por saúde, etc.”¹⁴

No que diz respeito à terceira teoria, há o entendimento de que tais disposições sociais são trazidas pela Constituição como comandos objetivos ao legislador e à administração, sendo elas assim atribuídas pela Carta Superior, por meio de seu caráter indeterminado. Igualmente, levando em conta tal motivo, elas não podem ser tratadas interpretativamente pelos tribunais com vistas a se tornar uma pretensão jurídica concreta em favor dos particulares. Entendem, assim, que “a indeterminação do objeto implica a exclusão do sujeito ativo da proposição jurídica em que se estrutura o direito social”.

Pelo fato de o objeto ser indeterminado, elimina-se a possibilidade de atribuir ao sujeito ativo qualquer direito ou pretensão exigível, pois, se assim fosse, caberia ao juiz concretizar o objeto, o que contrariaria o princípio da democracia em que tal concretização se dá, sobretudo nas vias legislativas.

Contudo, apesar de necessitarem de tratamento legislativo, as normas de direito social vão ostentar uma força vinculante em relação ao fim que estabelecem, “à proibição de não adotar nenhum meio ou de adotar meios tão ineficazes que produzam uma desatenção evidente e grosseira do fim”, bem como à supressão definitiva das medidas legislativas ou uma “redução que ultrapasse os limites da desatenção grosseira (do fim).” A crítica do autor a esta teoria está no sentido de que ela fundamenta a supressão da figura do sujeito ativo somente no fato de haver uma indeterminação do objeto da pretensão, bem como que em nenhum caso é cabível ao juiz competência para concretizar interpretativamente o objeto do dever legislativo.¹⁵

¹⁴ Ibid., p. 158

¹⁵ Ibid, p. 161-162

Já a quarta teoria, que entende os direitos sociais como direitos definitivos, explicita que:

Os direitos sociais impõem ao legislador o dever de legislar para dispor dos meios tendentes a satisfazê-los, e este dever é correlato pelo menos a dois direitos subjetivos que se atribuem ao indivíduo: o direito a obter do legislador ao menos um grau mínimo de atividade legislativa, e o direito a que a legislação estabeleça as condições idôneas para satisfazer as necessidades existenciais, ou seja, o direito a receber um mínimo existencial (SOUZA NETO; SARMENTO, 2008, p. 165)

Além do que, esta tese ainda vai atribuir uma proibição de retrocesso social nas cláusulas de direito social. Ela deixa claro, então, que apesar de ser conferida ao legislador uma liberdade de configuração dos direitos sociais, esta discricionariedade deve respeitar um mínimo essencial exigido por estes direitos, quais sejam, um mínimo de atividade legislativa, a satisfação do mínimo existencial, e o direito ao não retrocesso nas prestações correspondentes ao núcleo essencial dos direitos sociais.

Apesar de Bernal Pulido destacar o grande êxito da teoria em tentar articular a dimensão normativa dos direitos sociais como direitos subjetivos destinados ao cumprimento por parte do legislador e da administração, critica tal tese no sentido de que é inviável “determinar unicamente mediante a leitura das disposições constitucionais aquilo que possa constituir o mínimo dos direitos sociais”¹⁶.

Segundo o autor, o mínimo existencial é “indeterminado”, não havendo muitos critérios para a sua obtenção, sendo que a precisão de tal mínimo pelos juízes não resolverá o problema, pois acredita que este incerto valor seria melhor considerado pela ciência econômica, em que estaria o legislador melhor legitimado para tal ajuizamento. Além do que, não há esclarecimento se este mínimo se refere ao fim ou aos meios legislativos que possam ser adotados para tal efeito, sem contar que pode ocorrer de em alguns casos

¹⁶ Ibid., p. 166.

existir certas razões para o impedimento ou o desaconselhamento em cumprir tal mínimo.

O que pode ocorrer, ademais, é a colisão insolúvel entre direitos fundamentais, caso que envolve duas exigências contraditórias que derivam dos mínimos pertencentes a dois direitos sociais distintos, sendo impossível de se resolver, pois o legislador não pode cumprir duas exigências definitivas que são contraditórias entre si. Neste caso, vale ressaltar, a título de breve caráter explicatório, pois tal assunto será tratado mais à frente neste trabalho, que a doutrina e a jurisprudência cunharam a afirmação de que os direitos sociais estão submetidos à “reserva do possível”.

E, ainda, explica que a supressão do caráter normativo, que diz respeito à parcela de garantias fora desse mínimo dos direitos sociais, desencadearia na permissão de qualquer tipo de restrição, inclusive as desproporcionadas, irracionais, abruptas ou injustificadas.¹⁷

Desta forma, sugere o autor que a garantia social deve ser considerada como uma posição jurídica *prima facie*, podendo ser restringidas em certas ocasiões, levando-se em conta a sobreposição de outros bens constitucionais mais relevantes, bem como as mudanças ocorridas com o aprimoramento da sociedade. É neste sentido que passa a defender a teoria de que as disposições de direito social devem ser vistas com caráter *prima facie*, ou seja, concretizadas com vantagens a outras, mas que admitem certas restrições legislativas em razão das limitações econômicas, sobreposição de outros direitos fundamentais, sociais, democráticos ou de liberdade, ou de outros bens constitucionais.

Assim explicita:

Segundo esta teoria, as disposições constitucionais sobre direitos sociais concretizam-se em posições que impõem ao legislador um determinado dever de legislar – assim como em deveres de atuação que pesam sobre a administração e sobre o poder judiciário – (...)

¹⁷ SOUZA NETO; SARMENTO, 2008, loc. cit.

Nesta estrutura, o indivíduo tem *prima facie* um direito, não a um mínimo, senão a todos os meios materiais necessários para o exercício de suas liberdades, dos direitos políticos e para o atendimento de suas necessidades básicas. Mas este máximo não é exigível do Estado de maneira definitiva, se existem outros princípios constitucionais ou limitações materiais que o impeçam, e se isso for demonstrável mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade em sua versão da proibição de proteção deficiente. Neste sentido, por exemplo, no caso do direito à saúde, o indivíduo tem um direito “*prima facie*” à obtenção por parte do Estado de todos os medicamentos e procedimentos que garantam o atendimento de suas necessidades básicas de saúde, para a conservação de uma vida digna e de sua integridade física e psicológica. Sem embargo, este direito pode ser restringido e não valer com tanta amplitude de maneira definitiva, se existem outros princípios constitucionais ou limitações materiais que o justifiquem. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2008, p. 169)

Inclusive, explica que a proibição de proteção deficiente, relacionada à aplicação do princípio da proporcionalidade, é uma soma de princípios que fundamentará o momento do cabimento de um controle de constitucionalidade da norma.

Tal proibição é composta pelo princípio da intervenção do direito social (produz-se uma intervenção no direito social se a atuação estatal não consegue satisfazer por completo as necessidades básicas de direito), princípio da idoneidade (omissão não justificada pela necessidade em atender a outros fins constitucionalmente legítimos), da necessidade (existência de outra omissão ou medida legal alternativa que favoreça a realização do fim constitucionalmente legítimo do legislador ou da administração pelo menos com a mesma intensidade, que permita uma maior realização do direito social), e da proporcionalidade em sentido estrito (cabível quando os benefícios que implicam o dito fim não compensam os sacrifícios que a não satisfação do direito social traz consigo).

Advertindo, ao final do texto, que a aplicação de tais subprincípios não elimina as ações do legislador e administração, possuindo, estes entes, margem de ação estrutural para decidir quais são os meios politicamente mais convenientes para a satisfação dos direitos sociais entre todos aqueles que cumpram as exigências da proibição de proteção deficiente.

Além disso, Pulido entende que estes Poderes possuem uma margem de ação epistêmica, em outras palavras, o juiz só poderá declarar inconstitucional a abstenção legislativa e executiva embasado em premissas fáticas certas. Se não há certeza sobre qual das duas medidas melhor protege um direito social, não poderá ser imposta uma como constitucionalmente necessária, tendo em vista estar a escolha ligada aos órgãos de configuração.¹⁸

Observa-se, pelo exposto, que a divergência doutrinária quanto à possibilidade do controle judicial dos direitos sociais está atrelada, dentre outras questões, à possibilidade de sua efetivação, já que em grande parte são de caráter basicamente prestacional, ou seja, um fazer por parte do Estado.

Esta longa discussão gira em torno da necessidade da análise da concretização dos direitos sociais conjuntamente com elementos e condições materiais, especialmente os financeiros, e da sua insuficiência para atendimento de todos os direitos sociais e econômicos de cada um dos indivíduos.

Do mesmo modo, é imprescindível lembrar que por mais que certas correntes ainda naveguem contra a justiciabilidade dos direitos sociais, está ela acontecendo no Brasil, nos moldes do que já exposto na introdução, nos exemplos que serão tratados mais abaixo e na percepção da realidade que se vê externamente.

E, é neste sentido, que se procura ater às questões que permeiam o sistema e a realidade brasileira. Assim, continua a explicitação.

¹⁸ Ibid., p. 172.

12. A INCLUSÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO NÚCLEO INTANGÍVEL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Carta Magna de 1988 trouxe novidade em sua composição no que diz respeito à inserção dos direitos e garantias individuais entre as cláusulas pétreas, pois o tradicional direito positivo brasileiro considerava cláusulas intangíveis apenas as formas republicana de governo e federativa de Estado.¹⁹

Após tal inserção, gerou-se certa controvérsia quanto ao uso da expressão “direitos e garantias individuais”, presente no art. 60, § 4º, da CF, no sentido de se indagar se estaria ela atrelada ao caráter literal, incluindo tão somente direitos de caráter individual, ou se possui relevância mais abrangente.

Em uma interpretação sujeita somente ao rigor das palavras ali presentes, poderia ser considerado que o dispositivo em questão abrange apenas os direitos arrolados nos incisos do art. 5º, e nenhum outro, tendo em vista veicularem, na forma do capítulo I do Título II, da Constituição de 1988, o rol de direitos e garantias individuais eleito pelo constituinte, não cabendo aos poderes constituídos, a pretexto de interpretarem o precitado dispositivo, irem de encontro à decisão previamente tomada pelo titular da soberania.

Sustentam alguns, baseados literalmente no art. 60, § 4º, inciso IV, que apenas os direitos e garantias individuais do art. 5º da Constituição Federal estariam incluídos no rol das cláusulas pétreas. A viabilidade desta concepção esbarra na difícil tarefa de traçar as distinções entre individuais e os não individuais, nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet.²⁰

¹⁹ BRANDÃO, Rodrigo. São os Direitos Sociais Cláusulas Pétreas? Em que Medida? In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 461.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 8 ed. Porto

Neste sentido, está o posicionamento de Christian Starck. O professor alemão entende ser impossível a assimilação dos direitos sociais aos direitos individuais, argumentando que aqueles direitos possuem teor indeterminado, não sendo bastante “claros, determinados e definidos” para fundamentar a pretensão da prestação a ser ministrada pelo Estado.

Além do que, aduz que apenas os objetos de pretensão dos direitos clássicos ostentam clareza, pois têm por princípio a liberdade, e esta não precisa da ação coadjuvadora e complementar do legislador para definir-lhe o significado, o que já não ocorre com os direitos de segunda dimensão, pois expõe o autor estarem tais pretensões limitadas à disponibilidade financeira, restringindo a eficaz prestação positiva por parte do Estado.

Ademais, cita a frouxidão das garantias desses direitos, aos quais não assistem mecanismos processuais de proteção imediata, comparáveis àqueles que circundam os direitos do status negativo.²¹

Contudo, tal fundamentação se revela arcaica, vigorando, contra ela, uma série de argumentos contrários.

Primordialmente, ao fato de que elevar em grande escala o elemento gramatical, a especificidade e a literalidade, acaba por confrontar a moderna hermenêutica jurídica, principalmente neste caso em apreço, em que há fluidez semântica e densidade moral dos “direitos e garantias individuais”, aliado à circunstância de que o próprio constituinte abriu o elenco de direitos expressos na Constituição, conforme se lê no art. 5º, § 2º, em que diz:

Art. 5º - (...)

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 246-247

²¹ C. Starck, “La jurisprudence de La Cour Constitutionnelle Fédérale concernant les droits fondamentaux”, RDP, p. 1279 apud BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 661-662

Ademais, observando a notável imprecisão terminológica do constituinte no que concerne à positivação dos direitos fundamentais do indivíduo, registra-se que a Constituição emprega diversas expressões quanto ao assunto, ora adotando “direitos e garantias fundamentais”(Título II), ora explicitando “direitos e deveres individuais e coletivos” (capítulo I do Título II), direitos sociais (Capítulo II do Título II), “direitos políticos” (capítulo IV do Título II), “direitos e garantias individuais” (art. 60, §4º, inciso IV, da CF), direitos humanos (EC 45/2004) e outras denominações.²²

E, ainda, a adoção dessa literalidade não só excluiria do elenco de cláusulas pétreas os direitos sociais, os direitos políticos e os direitos à nacionalidade, mas, também, faria a inclusão de normas de baixa intensidade axiológica, como as referentes à forma de cumprimento de penas privativas de liberdade (XLVIII), espécies de penas criminais (XLVI) e tantas outras.

Sem contar que milita o entendimento de que o sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, cuja eficácia reforçada se revela na aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º), bem como na sua proteção reforçada quanto à ação erosiva do constituinte reformador (art. 60, § 4º, inc. IV), caracteriza-se pela unicidade, e, neste sentido, está o pensamento do Professor Ingo Sarlet.²³

Resta claro que em uma leitura sistemática da Constituição de 1988, não se verifica hierarquia jurídica ou mesmo axiológica entre direitos com caráter de defesa ou de prestações, ou de direitos de uma dimensão em prejuízo das demais. “Ao contrário, percebe-se uma fina sintonia entre o constituinte de 1988 e a tese de indivisibilidade e da interdependência das “gerações” ou dimensões de direitos fundamentais, a qual vem gozando de primazia no direito internacional dos direitos humanos”.²⁴

Complementando a ideia de unicidade, bem como a sintonia defendida

²² SOUZA NETO; SARMENTO, 2008, op. cit., p. 462-463.

²³ SARLET, op. cit., p. 273 et seq.

²⁴ SOUZA NETO; SARMENTO, 2008, op. cit., p. 464

por Rodrigo Brandão, este autor continua sua explicitação assim expondo:

Note-se que, para além de contrastar com uma leitura sistemática do direito constitucional positivo, a inclusão apenas dos direitos à liberdade no rol dos direitos e garantias individuais, ante a circunstância de eles se consubstanciarem em direitos a prestações estatais negativas, promove uma inequívoca associação absoluta entre direitos da liberdade e direitos de defesa, e direitos sociais e direitos prestacionais, respectivamente. Embora os direitos da liberdade apresentem, preponderadamente, uma dimensão negativa, porquanto impõem ao Estado um dever de abstenção, tais direitos dão azo, ainda que subsidiariamente, ao dever de o Estado implementar prestações positivas com o fito de evitar que terceiros ou fenômenos naturais prejudiquem a efetiva fruição do direito. Para além disto, dentre os direitos sociais estão inseridos típicos direitos de defesa, de que são exemplos paradigmáticos as chamadas “liberdades sociais”, como o direito de greve (art. 9º), à livre associação sindical (art. 8º, caput), e à vedação à discriminação nas relações de trabalho (art. 7º, XXX, XXXI e XXXII). (SOUZA NETO; SARMENTO, 2008, p. 464)

Além do que, em análise do preâmbulo constitucional, resta, ali, claro que o Estado Democrático de Direito por ela instituído ostenta uma inequívoca dimensão social, já que se destina a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (...)”.

Sem contar os variados dispositivos constitucionais que conjugarão os valores da liberdade e da igualdade, como no caso do art. 1º, inc. III e IV, em que se arrola a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho como fundamentos da República Federativa do Brasil; e no art. 3º, inc. I, II, III e IV, o qual insere entre os seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução de desigualdades regionais.

Outrossim, entre as finalidades e os princípios gerais da ordem econômica, encontra-se a valorização do trabalho humano e a busca da existência digna e da justiça social.

Percebe-se, ainda, que o rol de direitos sociais do art. 6º não mais faz parte do capítulo que trata da ordem econômica e social, como era da tradição antiga. Atualmente, estão inseridos no título pertinente aos direitos e garantias fundamentais, revelando a vontade do constituinte em lhes atribuir caráter jusfundamental.²⁵

Entre os defensores desse argumento, está o nobre professor Paulo Bonavides. Em sua obra de Direito Constitucional, Bonavides, ao tratar sobre o problema hermenêutico dos direitos sociais em face da expressão “direitos e garantias individuais”, utilizada pelo conhecido núcleo intangível da Constituição, explicita no sentido de que adotá-la tão somente pelo caráter literal é fazer com que a nova hermenêutica constitucional, com interpretação voltada para os fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito, se desate de seus vínculos, relegando-os “ao território das chamadas normas programáticas, recusando-lhes concretude integrativa sem a qual, ilusória, a dignidade da pessoa humana não passaria também de mera abstração”.²⁶

E, neste sentido, utilizando-se da premissa da dignidade da pessoa humana, é que continua sua explicação a respeito, que aqui cita:

A observância, a prática e a defesa dos direitos sociais, a sua inviolável contextura formal, premissa indeclinável de uma construção material sólida desses direitos, formam hoje o pressuposto mais importante com que fazer eficaz a dignidade da pessoa humana nos quadros de uma organização democrática da Sociedade e do poder.

Em função disso, essa dignidade se fez artigo constitucional em nosso sistema jurídico, tendo sido erigida por fundamento de um novo Estado de Direito, que é aquele do art. 1º da Carta Política da República.

Sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais “a Sociedade livre, justa e solidária”, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º). O mesmo tem pertinência com respeito à redução das desigualdades sociais, que é, ao mesmo passo, um princípio da ordem econômica e um dos objetivos fundamentais de nosso ordenamento republicano, qual consta

²⁵ SOUZA NETO; SARMENTO, 2008, loc. cit.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24 edição. Malheiros: São Paulo, 2009. p. 657

respectivamente do art. 170, VII, e do sobredito art. 3º.

Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60. Em outras palavras, pelos seus vínculos principais já expostos – e foram tantos na sua liquidez inatacável – os direitos sociais recebem em nosso direito constitucional positivo uma garantia tão elevada e reforçada que lhe faz legítima a inserção no mesmo âmbito conceitual da expressão direitos e garantias individuais do art. 60. Fruem, por conseguinte, uma intangibilidade que os coloca inteiramente além do alcance do poder constituinte ordinário, ou seja, aquele poder constituinte derivado, limitado e de segundo grau, contido no interior do próprio ordenamento jurídico.(BONAVIDES, 2009, p. 657)

Em suma, utilizando-se da argumentação da nova hermenêutica, aliada à hegemonia normativa dos princípios e demais fundamentos constitucionais tratados nesta exposição, resta claro que os direitos de segunda dimensão são providos, no ordenamento constitucional brasileiro, da garantia suprema de rigidez do § 4º do art. 60 da CF.

13. O DIREITO SOCIAL E O DIREITO SUBJETIVO

Questão também inerente ao deslinde do trabalho, trata-se da consideração dos direitos sociais como direitos subjetivos, em que no âmbito da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, há a possibilidade de seu titular, ou seja, a pessoa individual ou coletiva a que é atribuído, fazer valer judicialmente os poderes que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão.

Todavia, não há consenso na doutrina sobre o assunto.

O Professor José Afonso da Silva aponta que os direitos subjetivos individuais relacionados aos Direitos Fundamentais Sociais existem somente na sua vertente negativa. Isto quer dizer que existe a efetiva possibilidade de cobrança somente quando o legislador vier a impor lei que atente contra os princípios sociais garantidos constitucionalmente, o que já explicitado mais acima, quando da discussão acerca da eficácia dos direitos sociais.²⁷

Fernando Atria, por sua vez, defenderá, após uma discussão das visões liberalista e socialista, bem como da diferenciação concernente aos direitos de liberdade e sociais, que a natureza é quem vincula o conceito do direito subjetivo e sua característica principal (a exigibilidade). Os direitos sociais não podem ser concebidos como direito subjetivo, pois não possuem as mesmas características dos direitos civis e políticos para uma proteção judicialmente cabível.²⁸

Diz ele: “os direitos sociais não podem ser completamente exigíveis, porque em uma medida importante estes dependem de sistemas que o juiz

²⁷ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998 apud KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 39

²⁸ ATRIA, Fernando. ¿Existen Derechos Sociales? Disponível na internet no endereço: <http://www.cartapacio.org.ar/viewarticle.php?id=39>. Acesso em 14 de abril de 2009.

não pode, pelo tipo de cargo que ocupa, criar”.²⁹

Tais sistemas estão ligados a atividades de direção da economia, que vão desde o planejamento até a sua execução. Contudo, entende este doutrinador que os direitos sociais não devem ser excluídos constitucionalmente, mas sim entendê-los unicamente em seu sentido político, em outras palavras, que a interpretação de tais garantias deve restringir-se no sentido originário em que foram invocados todos os direitos na modernidade, como objetivos da importância para o Estado, como um “aspecto central da forma em que a comunidade entende sua responsabilidade de assegurar a igual cidadania de cada um”.³⁰

Desta feita, Atria deixa clara sua visão oposicionista à inclusão dos direitos sociais como os subjetivistas. Acrescentando, de forma sintomática à matéria, quase que lamentando os entendimentos modernos, de que a visão política dos direitos “nada”, hoje em dia, contra a corrente, pois a tendência demonstra desprestigiar o entendimento dos direitos sociais em um sentido unicamente político e lhes atribui todas as conotações dos direitos subjetivos em sentido jurídico, e em especial a exigibilidade.

Continua tal explanação advertindo que este deslocamento é sintoma da sujeição da política ao direito, da perda de neutralidade e autonomia por estes últimos e do trânsito ao âmbito jurídico da luta entre ideologias.

Em outro norte, está o entendimento de Bernal Pulido. O doutrinador faz fortes críticas com relação àquele autor, expondo que o problema da perspectiva de Atria consiste em derivar desta crítica uma licença para sustentar a tese segundo a qual os direitos sociais não podem ser considerados de nenhuma maneira como direitos subjetivos e somente podem ter valor enquanto ideais políticos.

Continua:

²⁹ ATRIA, loc. cit.

³⁰ ATRIA, loc. cit.

Este raciocínio seria plausível se a concepção socialista fosse a única fonte da qual pudesse emanar uma fundamentação para os direitos sociais, ou a única fonte verdadeira (...). A reconstrução de Atria sobre o surgimento dos direitos sociais como estratégias do socialismo para fazer valer suas reivindicações no contexto da sociedade liberal não é a única maneira de entender a razão de ser destes direitos.(SOUZA NETO; SARMENTO, 2008, p. 142-144)

Continua seu texto abordando a visão de Tungendhat dos direitos sociais como fim em si mesmo, no sentido de que ditas normas têm a finalidade própria de oferecer a todos os indivíduos as condições mínimas para satisfazer suas necessidades e para ter uma existência digna.³¹

Em conclusão, assevera Pulido:

A tese da fundamentação independente defendida por Tungendhat não resulta contraditória, senão complementar, com a ideia de uma fundamentação instrumental dos direitos sociais. Este nexos de complementaridade se produz em razão de que o âmbito dos direitos sociais tem um conteúdo bastante amplo, que abarca não somente as disposições tendentes a garantir um mínimo existencial para o indivíduo, mas também as normas que conformam a dimensão prestacional das liberdades e dos direitos políticos. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2008, p. 149)

No intuito de buscar uma solução à questão subjetivista aqui tratada, Clemerson Mèrlin Clève vai expor duas dimensões existentes para os Direitos sociais. Uma dimensão subjetiva forte, relacionada aos direitos prestacionais conhecidos como originários, que seriam aqueles que permitem ao intérprete utilizar desde logo a disposição constitucional, eis que são usufruíveis por si próprios, não necessitam de uma regulamentação para serem reclamados ao Poder Judiciário. E uma dimensão subjetiva fraca, ligada aos direitos prestacionais derivados, que necessitam de uma atuação

³¹ Ibid., p. 147.

do legislador para a efetiva implementação da criação do direito.³²

Desta feita, expõe, a título de exemplificação, o direito à proteção das pessoas com deficiência, que inclusive possuem o direito a perceber um salário, caso sua família não seja capaz de se sustentar e não tenham uma determinada renda. A mesma situação é vivenciada no direito ao ensino fundamental, pois não importa se há ou não escola, se há ou não orçamento, é evidente que qualquer cidadão pode reclamar via judicial este direito.

Ressalta, ainda, que há um esforço doutrinário nos últimos tempos, para que o direito ao mínimo existencial, que brevemente será tratado neste trabalho, seja incluso como um direito prestacional originário, que pode ser desde logo deduzido de nossa Carta Magna.

O professor Canotilho vai fazer uma diferença entre a norma que garante um direito subjetivo de tipo definitivo, ou seja, que “fornece fundamento imediato para uma norma individual de decisão”, e uma norma que garante “prima facie”, à primeira vista, um direito subjetivo, assim dizer “uma norma que contém fundamento para justificar o direito a prestações, mas que não tem obrigatoriamente como resultado uma decisão individual”³³.

Neste último caso, não há a possibilidade de resolver a norma com base somente nela perante o Judiciário. Não há que se falar em auto executoriedade, pois os direitos subjetivos de caráter “prima facie” não estão atrelados a um resultado definitivo, situações que podem vir a ser deslocadas em razão de outras situações opostas.

Desta forma, em complementação ao que dito pelo ilustre doutrinador,

³² CLÉVE, Clemerson Mèrlin. *Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 22 de julho de 2009.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a Sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Número Especial, Coimbra, 1991, p. 1840-1841 apud ROCHA, Rosalia Carolina Kappel. A eficácia dos direitos sociais e a Reserva do Possível. Disponível na Internet: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_V_novembro_2005/rosalia-eficacia.pdf> . Acesso em 14 de abril de 2009.

cita-se o exemplo da saúde, entendido como direito “prima facie”, que vale como razão a favor da realização do seu conteúdo normativo, que pode ser o mais amplo possível, mas que pode ser deslocada por princípios opostos.³⁴

Assim, por mais que não sejam eles dotados de caráter auto-executório, explicita o Professor que se trata de direitos de prestações constitutivas do âmbito normativo de um direito fundamental que deve o Estado “prima facie” efetivar.³⁵

Daniel Sarmento, além de expor que, no Brasil, nada obsta “que os argumentos relacionados aos direitos individuais sejam empregados para reforçar a tutela dos direitos sociais – como tem ocorrido com frequência nas ações envolvendo prestações de saúde, através da invocação do direito à vida”, vai defender que “os direitos sociais não são meras proclamações políticas ou exortações desprovidas de força vinculante dirigidas ao legislador”.³⁶

Defende o autor que os direitos sociais não podem ser vistos como meras normas programáticas, tendo em vista implicar esta teoria na falta de proteção às omissões estatais, não compatibilizando, então, com o texto constitucional que consagrou a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, nem com a importância destes direitos para a vida das pessoas.

Ademais, Sarmento afirma que os direitos sociais não podem ser vistos como direitos subjetivos definitivos, pois além de ter que se levar em conta a escassez de recurso, há a existência de diferentes formas de realização de tais normas prestacionais, bem como a “primazia do legislador para adoção das decisões competentes sobre o que deve ser priorizado e

³⁴ KAPPEL, loc. cit.

³⁵ KAPPEL, loc. cit.

³⁶ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2008. p. 566.

sobre como deve ser concretizado cada direito.³⁷

Conclui, dessa forma, que os direitos sociais devem ser interpretados como direitos subjetivos garantidos “prima facie”, ou seja, “os direitos sociais são direitos subjetivos, que, contudo, possuem natureza principiológica, sujeitando-se a um processo de ponderação no caso concreto, anterior ao seu reconhecimento definitivo.”³⁸

Nesta ponderação, comparece, de um lado, o direito social em jogo, e, do outro, princípios como os da democracia e da separação de poderes, além de eventuais direitos de terceiros que seriam afetados pela garantia do direito contraposto. A possibilidade da tutela judicial, bem como o seu conteúdo, dependerão do resultado da ponderação, que, como sói acontecer, deve ser pautado pelo princípio da proporcionalidade. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2008, p. 567)

Acrescenta o autor que esta proteção não é justificada apenas pela liberdade material, mas também em objetivos como o atendimento das necessidades humanas básicas, a viabilização da democracia, entre outros.³⁹

Note-se que, assim como explica o Professor Sarmiento, este trabalho aduz a opinião de que adotar o entendimento de que os direitos sociais são direitos subjetivos “prima facie”, levando-se em conta apenas o critério da proporcionalidade para a aplicação da tutela judicial da norma prestacional, é pouco, pois apenas baseando-se em tal princípio pode o intérprete “sacar quase qualquer solução, convertendo-se num rótulo pomposo para o mais deslavado decisionismo”.⁴⁰

Por conseguinte, junto ao critério da proporcionalidade, devem ser estudados outros elementos que estruturarão e limitarão a ponderação da tutela judicial, bem como da necessidade da efetivação dos direitos sociais

³⁷ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 567

³⁸ SOUZA NETO; SARMENTO, loc. cit.

³⁹ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 568

⁴⁰ SOUZA NETO; SARMENTO, loc. cit.

pelos Poderes Públicos.

14. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Quando se fala em direitos fundamentais de caráter social, bem como na necessidade de sua prestação positiva por parte do Estado, deve-se levar em conta as limitações sofridas, tendo em vista as restrições de caráter material, principalmente envolvendo fatores econômicos ligados à condicionalidade institucional, organização da Administração Pública e dos recursos financeiros.

O que ocorre, também, é que tais limitações vão esbarrar no cumprimento dos direitos sociais, muitas vezes fazendo com que não possam ser todos eles cumpridos. Necessário, assim, um sopesamento, tendo que se adotar o prevalecimento de um em relação ao outro, diante do caso concreto.

A Corte Constitucional Alemã passou a utilizar o princípio de proporcionalidade como critério de aferição da validade de limitações aos direitos fundamentais.

O princípio é também adotado no Brasil. Ele é tido como essencial no estudo da disciplina constitucional, sendo considerado princípio implícito, pois, embora não se configure como norma geral de direito escrito, pode ser inferido de normas constitucionais esparsas ou, até mesmo, do princípio da igualdade.

No entendimento de Paulo Bonavides, o princípio da proporcionalidade é composto por três elementos, conteúdos parciais ou subprincípios.⁴¹

O primeiro, diz respeito à pertinência ou aptidão, ligado à ideia de que a medida deve constituir meio adequado para se chegar a um fim baseado no interesse público. Analisando-se, então, a adequação.⁴²

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 396-398.

⁴² BONAVIDES, 2009, loc. cit.

O segundo tem relação com a necessidade, ou seja, a medida adotada não pode ultrapassar os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja. Neste caso, analisa-se o meio empregado, devendo ser escolhido o meio mais suave e menos oneroso ao cidadão para se chegar ao fim almejado.⁴³

Por fim, tem-se o terceiro, que consiste na proporcionalidade “stricto sensu”, na escolha de um meio que no caso concreto leve mais em conta o conjunto de interesses em conflito. Aqui, analisa-se se a providência está de acordo com o necessário, pois não pode ela ficar aquém ou além do que importa para se obter o resultado devido.⁴⁴

Marmelstein, quando menciona a aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito do direito à saúde, traz alguns exemplos elucidativos ao caso. Por exemplo, a ocorrência da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová, sobrepesando o valor da vida em detrimento da religião. Cita, ainda, com relação ao critério da estrita necessidade, que se um determinado tratamento médico pode ser feito no Brasil, a baixo custo, decisão que ordenasse a realização de tal tratamento no exterior, acarretando custos maiores ao Poder Público, violaria o princípio da proporcionalidade da medida.

Também menciona outra hipótese de solução não considerada adequada. Seria a medida que proíbe o consumo de bebidas alcoólicas no carnaval com a finalidade de diminuir os casos de disseminação do vírus da AIDS. O autor explica que não há relação de causa e efeito entre álcool e disseminação do vírus da AIDS, valendo dizer, “não existe adequação entre o meio utilizado e o fim visado”.⁴⁵

O professor Bonavides vai ressaltar que o emprego inadvertido e

⁴³ BONAVIDES, 2009, loc. cit.

⁴⁴ BONAVIDES, 2009, loc. cit.

⁴⁵ LIMA, George Marmelstein. Efetivação do Direito Fundamental à Saúde pelo Poder Judiciário. Disponível na Internet: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/monografia.pdf>>. Acesso em 14 de abril de 2009.

abusivo do princípio da proporcionalidade poderá comprometer e abalar o equilíbrio entre o legislativo e o judiciário. Na utilização desse princípio, não se pode chegar ao extremo, ao “estado de juízes”, em que o remédio limitador da ação do Estado frente a direitos fundamentais seja utilizado de modo a cercear a ação do poder, também constitucionalmente previsto e conferido ao legislador, de elaboração das leis.⁴⁶

Vale ressaltar, também, que este princípio não pode ser invocado solitária ou abstratamente, mas sim diante de posições jurídicas concretas”.⁴⁷

Canotilho adverte que a interpretação conforme a Constituição só possibilita a opção entre dois ou mais sentidos possíveis da lei, mas nunca uma revisão de seu conteúdo. Assim, a interpretação conforme a Constituição possui limite “na letra e na clara vontade do legislador”, sendo imperioso “respeitar a economia da lei”, não podendo implicar na “reconstrução” de uma norma que não esteja explícita no texto, caso contrário haverá usurpação de funções, convertendo os juízes em legisladores ativos”⁴⁸

Dessa maneira, por mais que alguns possam chegar a pensar que o princípio da proporcionalidade reduz a missão do legislador, a verdade é que este princípio, conjuntamente visto com o da interpretação conforme a Constituição, não vai minorar ou colocar em risco tal atuação, mas sim preservá-la frente a uma análise de sua constitucionalidade, pois o aplicador da lei, quando do momento de sua argumentação, pode através da proporcionalidade procurar preservar a validade do conteúdo volitivo inserido na regra normativa pelo seu próprio autor. Consequentemente, garantido fica o equilíbrio entre os Poderes estabelecidos constitucionalmente.

⁴⁶ BONAVIDES, op. cit., p. 420-425

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5 ed. Coimbra, 2002, p. 476 apud ROCHA, Rosalia Carolina Kappel. A eficácia dos direitos sociais e a Reserva do Possível. Disponível na Internet: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_V_novembro_2005/rosalia-eficacia.pdf> . Acesso em 14 de abril de 2009.

⁴⁸ KAPPEL, loc. cit.

15. A RESERVA DO POSSÍVEL E A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

As limitações ligadas à possibilidade econômica de efetivação das políticas prestacionais por parte do Poder Público, adicionadas à necessidade da concretização dos direitos sociais, sob pena de desrespeito à ordem constitucional, fazem surgir dois critérios ou princípios que serão brevemente explicitados neste trabalho, o da Reserva do Possível e o da Garantia do Mínimo Existencial.

15.1 O Mínimo Existencial como critério definidor do conteúdo dos Direitos Fundamentais

Tendo em vista a matéria social não ter as mesmas características que os direitos de liberdade, que, por serem apenas uma abstenção por parte do Estado, acabam se concretizando de uma maneira mais fácil, bem como ao fato de que os direitos sociais devem ser concretizados, não podendo ser aceito que a qualquer tempo o Poder Público justifique sua inércia na falta de recursos disponíveis, surge a ideia de que o Estado deve buscar um mínimo existencial para cada indivíduo. Um mínimo que garanta um atendimento básico e eficiente no tocante à saúde, alimentação, vestimentas, educação e moradia.

Tal princípio veio para o direito brasileiro importado da dogmática constitucional alemã. Naquele país, é ele aplicado em decorrência da não positivação dos direitos de caráter social, econômicos e fundamentais pelo texto Constitucional de Bonn. Ele foi extraído, na Alemanha, do princípio da

dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social. A Corte Alemã passou a determinar uma espécie de ajuda social, um valor mínimo que o Estado está obrigado a pagar a cidadãos carentes.⁴⁹

Para os adeptos da teoria interna dos direitos fundamentais, não tem sentido o mínimo existencial, já que não visualizam limites concernentes aos direitos sociais. Para eles, tais normas são insuscetíveis de ponderação, os limites são imanentes, ou seja, abrangem todo o sistema constitucional de valores.⁵⁰

A utilização do instituto aqui em voga é encontrado no entendimento da teoria externa das restrições dos direitos fundamentais. Para os adeptos desta teoria, “os direitos fundamentais são restringíveis por intervenções exteriores ao seu conteúdo essencial”. Dessa forma, explicam que o conteúdo essencial, por ser um núcleo irreduzível dos direitos fundamentais, vai coincidir com um mínimo existencial, ou seja, a parcela indisponível dos direitos fundamentais, que deve ser respeitada.⁵¹

SANDOVAL ALVES DA SILVA, em sua dissertação de Mestrado, descreve o duplo aspecto do mínimo existencial:

1) proteção negativa contra a incidência tributária sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas; e 2) proteção positiva representada pela entrega de prestações estatais materiais aos menos favorecidos. Já os direitos sociais máximos devem ser exercidos a partir do processo democrático, por meio da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária.” O mesmo autor chama a atenção para o fato de que o “mínimo existencial não é uma categoria universal, variando de lugar para lugar e até dentro do mesmo país” (SOUZA, 2007, p. 184).

⁴⁹ KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p 61

⁵⁰ TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2008. p. 319.

⁵¹ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 317-18

No tocante à matéria, há discussão sobre a existência do instituto, de quem seria a competência para a aplicação do mesmo, bem como da necessidade de caracterização desse mínimo indisponível.

O Supremo Tribunal Federal vem utilizando a conceituação do mínimo existencial, juntamente com a reserva do possível, para basear suas decisões em que tornam suscetíveis os direitos sociais à apreciação jurídica.

Estabelece a Suprema Corte que, embora não seja possível, sob uma primeira visão, ao Judiciário a formulação e implementação de políticas públicas, faz-se praticável tal interferência se a Administração Pública comprometer a eficácia e a integridade dos direitos individuais e coletivos constitucionalmente consagrados.⁵²

Tal entendimento pode ser visto na ADPF 45/DF. A referida ação foi proposta pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, contra ato presidencial, que ao publicar nova edição da Lei de Diretrizes Orçamentárias, Lei n. 10.707/2003, vetou o § 2º do art. 59, dessa nova LDO, importando em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que garante recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Contudo, a Suprema Corte julgou-a prejudicada, em virtude da perda superveniente do seu objeto, já que a Lei posterior n. 10.777/2003 suprimiu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional, pois restaurou na íntegra o que explicitado em sede do § 2º do art. 59 da LDO.

Assim, a decisão do Supremo Tribunal Federal, em despacho do Min. Celso de Mello, acabou sendo proferida em caráter doutrinário, pois que a ação declaratória de preceito fundamental já estava prejudicada. Neste sentido, utiliza-se a citação da Ementa referente à ADPF em apreço apenas para consolidar o que já dito acima com relação ao que entende a Excelsa Corte a respeito da viabilidade da apreciação judicial dos direitos sociais,

⁵² ADPF 45/DF e RE 436.996/SP – Relator Ministro Celso de Mello.

veja:

ARGUIÇÃO 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 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO).

Vale ressaltar, ainda, que a conceituação da matéria possui também um cunho subjetivo, tendo que ser atendidos, primordialmente, aqueles que mais necessitam, nos dizeres de CARBONELL:

En relación con el contenido mínimo, es importante señalar que se trata de un concepto aplicable no solamente a los derechos sino también a sectores de la población; concretamente, se puede aplicar para identificar al mínimo de personas a las que el Estado debe proteger en caso de crisis económica. Es decir, el contenido mínimo em relación a grupos obliga al Estado a identificar a las personas em situación de vulnerabilidad para asegurarles el disfrute de sus derechos sociales (2005:62).⁵³

15.2 A Reserva do Possível

⁵³ TRADUÇÃO: Com relação ao conteúdo mínimo, é importante ressaltar que se trata de um conceito aplicável não somente aos direitos senão também a setores da população; concretamente, pode-se aplicá-lo para identificar o mínimo de pessoas que o Estado deve proteger em caso de crises econômicas. É dizer, o conteúdo mínimo com relação ao grupo obriga o Estado a identificar as pessoas em situação de vulnerabilidade para lhes assegurar o usufruto de seus direitos sociais. CARBONELL, M. Breves reflexiones sobre los derechos sociales. In: Derechos Económicos, Sociales y Culturales. México: Programa de Capacitación sobre Derechos Humanos. Disponível em <<http://www.pdhumanos.org/libreria/libro6.html>>. Acesso em 24 de agosto de 2009.

O instituto em questão surge para salientar as limitações dos recursos disponíveis à efetivação dos direitos sociais.

Explicitando sobre o assunto, Ricardo Lobo Torres diz que foi ela cunhada pelo Tribunal Constitucional Alemão no julgado em que decidiam sobre a possibilidade do Judiciário criar novas vagas para estudantes na Faculdade de Medicina.⁵⁴

No julgamento da lide ora em análise, firmou-se posicionamento naquele tribunal constitucional de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, a qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição. De acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, os direitos sociais prestacionais "estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade".

O Supremo Tribunal Federal, em despacho do Ministro Celso de Mello, concernente à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de n. 45, define que a reserva do possível é formada pelo binômio da "razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público" e da "existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas".⁵⁵

Salienta, ainda, que:

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se

⁵⁴ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 324.

⁵⁵ ADPF 45, Despacho do Min. Rel. Celso de Mello, de 29/04/2004. Disponível na Internet:

<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=reserva%20e%20poss%EDvel&processo=45>>. Acesso em 24 de agosto de 2009.

de cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Doutrinariamente, divide-se a questão em reserva do possível fática e jurídica. Daniel Sarmiento, tratando sobre o assunto, vai conceituar a reserva do possível fática como “a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos existentes”. Devendo o Estado ter em mente que “não deve conceder a um indivíduo aquilo que ele não tiver condições de dar a todos os que se encontrarem na mesma posição”.⁵⁶

Neste sentido, exemplifica:

Por este critério, se, por exemplo, um portador de determinada doença grave postular a condenação do Estado a custear o seu tratamento no exterior, onde, pelo maior desenvolvimento tecnológico, a sua patologia tiver maiores chances de cura, o juiz não deve indagar se o custo decorrente daquela específica condenação judicial é ou não suportável para o Erário. A pergunta correta a ser feita é sobre a razoabilidade ou não da decisão do Poder Público de não proporcionar este tratamento, fora do país, para todos aqueles que se encontrem em situação similar à do autor. Trata-se, em suma, de avaliar a legitimidade constitucional de uma omissão em matéria de política pública, o que demanda um olhar focado não só na árvore, mas em toda a floresta. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2008, p. 572)

⁵⁶ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2008. p. 572.

Com relação ao conceito de reserva do possível jurídica, explica Sarmiento sobre sua identificação:

(...)com a existência de embasamento legal para que o Estado incorra nos gastos necessários à satisfação do direito social reclamado. A questão nodal, aqui, diz respeito à existência de previsão orçamentária para a realização de determinada despesa.(SARMENTO In SOUZA NETO; SARMENTO, 2008, p. 573)

Aduz ainda que:

(...)se, por um lado, o legislador dispõe de uma ampla margem de decisão nesta matéria, que não deve ser excessivamente tolhida pela jurisdição, por outro, as suas escolhas orçamentárias não se fazem em um “campo livre” da Constituição, uma vez que é possível inferir da Lei Maior certas prioridades que não podem ser ignoradas pelo legislador, estando sujeitas em alguma medida ao crivo do Poder Judiciário.(SARMENTO In SUZA NETO; SARMENTO, 2008, p. 574)

Todavia, há na doutrina quem não entenda a possibilidade de transposição do conceito de reserva do possível para o Direito Constitucional Brasileiro. Andreas Krell, em sua obra sobre o tema do controle judicial dos direitos sociais, registra uma forte crítica à recepção desta teoria no Brasil, pois que se está aqui diante de características sócio-econômicas diferenciadas.

Expõe ele:

(...)a discussão européia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não podem absolutamente ser transferidas para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado. (KRELL, 2002, p.54).

Afirma, ainda:

Temos certeza de que quase todos os doutrinadores do Direito Constitucional alemão, se fossem inseridos na mesma situação sócio-econômica de exclusão social com a falta das condições mínimas de uma existência digna para uma boa parte do povo, passariam a exigir com veemência a interferência do Poder Judiciário, visto que este é obrigado a agir onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da Constituição (direito à vida, dignidade humana, Estado Social). (KRELL, 2002, p.53-54)

Para este autor, o emprego da ideia da reserva do possível criada no primeiro mundo, quando transportada para a realidade ainda grave brasileira, em que muitas necessidades humanas básicas ainda não são atendidas, poderia recair em um completo esvaziamento dos direitos sociais.

Utiliza toda esta argumentação, em oposição àqueles que aderem à efetivação do instituto da Reserva do Possível, visto que adere à possibilidade do controle dos direitos sociais por parte do Poder Judiciário.

Modernamente, e até embasando em decisões já ofertadas por parte do Supremo Tribunal Federal como no trecho ressaltado acima, pode-se falar na legitimidade e necessidade de intervenção judicial na seara dos direitos sociais cumulado com a incidência da reserva do possível para tal aplicação. Não se faz mais necessário a visão separada de tais conceituações, até mesmo porque o uso da reserva do possível auxiliará o magistrado no seu limite decisório, atuando, nas palavras de Sarmiento, “como um critério importante para a sua parametrização”.

E, baseando-se no entendimento deste autor, é que se expressa tal opinião. Veja, assim, o que diz o Professor:

Como Krell, não tenho dúvidas sobre a legitimidade e necessidade de intervenção judicial nesta seara. Sem embargo, diferentemente dele, entendo que isto não afasta a incidência da reserva do possível, compreendida – frise-se bem – não como bloqueio à tutela jurisdicional dos direitos sociais, mas como um critério importante para a sua parametrização.

Com relação a esta parametrização exposta pelo autor, ele ainda indica seu entendimento no sentido de que não pode o Poder Judiciário

decidir sem se preocupar com a previsão orçamentária, como também não pode se embasar que, na ausência desta previsão, não poderá o poder jurídico intervir, procurando um meio termo à aplicação, e assim explicita:

Nesta linha, não concordo nem com a orientação que transparece em algumas decisões judiciais, inclusive do STF, no sentido de que o juiz não deveria se preocupar com a existência ou não de previsão orçamentária para a realização de despesas atreladas a direitos sociais, nem tampouco com a concepção de que a ausência desta previsão constitui barreira insuperável para o Judiciário na adjudicação de direitos sociais. A virtude, como sói acontecer, está no meio. Penso, em síntese, que a ausência de previsão orçamentária é um elemento que deve comparecer na ponderação de interesses que envolve a adjudicação dos direitos fundamentais sociais previstos de forma principiológica. Trata-se de um fator relevante, mas que está longe de ser definitivo, podendo ser eventualmente superado de acordo com as peculiaridades do caso. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2008, p. 574)

Desta forma, vê-se que a discussão sobre o assunto ainda não foi pacificada, sendo, inclusive, passível de debate em futuros trabalhos. Contudo, pode-se concluir da breve explanação aqui tratada que se faz necessária a inclusão do tema do mínimo existencial e da reserva do possível quando da possibilidade do controle judicial dos direitos sociais, sendo eles critérios limitadores para uma atuação judicial, que não pode agir em detrimento da capacidade pública, mas sim com o fim de tentar resolver tal prestação por parte do Estado, influenciando com a devida cautela para não ultrapassar a seara de seus limites.

16. CORRENTES RELACIONADAS COM A POSSIBILIDADE DE JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Frente à tão suscitada constatação do posicionamento jurídico moderno com vistas a uma maior atuação do Poder Judiciário nas questões concernentes aos direitos sociais, havendo, até mesmo, vasto número de jurisprudência do STF tratando da questão e dos meios utilizados para a ponderação da matéria, vale tratar, assim, algumas correntes que ainda colocam óbice ao sistema da justiciabilidade.

16.1 A Teoria Tripartite e a Justiciabilidade

Uma das críticas mais vorazes à atuação judiciária na esfera social está ligada ao entendimento de que tal atividade entraria na seara do legislativo e executivo, representando uma usurpação da competência dos poderes a quem a questão é devida, sobressaindo a atuação judiciária, que é a de “apenas aplicar as normas legais que disciplinam o modo como os direitos sociais devem ser providos pelo Estado”⁵⁷, desrespeitando, assim, o princípio da separação dos poderes.

Vejamos a argumentação em decisão judicial:

“Não se há de permitir que um poder se imiscua em outro, invadindo esfera de sua atuação específica sob o pretexto da inafastabilidade do controle jurisdicional e o argumento do prevailecimento do bem maior da vida. O respectivo exercício não mostra amplitude bastante

⁵⁷ MOUSINHO, Ileana Neiva. A necessidade de políticas públicas para tornar efetivos os direitos sociais. In O MPT como promotor dos direitos fundamentais. Juliana Vignoli Cordeiro, Sebastião Vieira Caixeta, coordenadores. – São Paulo: LTr, 2006. p. 146.

para sujeitar ao Judiciário exame das programações, planejamentos e atividades próprias do Executivo, substituindo-o na política de escolha de prioridades na área de saúde, atribuindo-lhe encargos sem o conhecimento da existência de recursos para tanto suficientes. Em suma: juridicamente impossível impor-se sob pena de lesão ao princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes obrigação de fazer, subordinada a critérios tipicamente administrativos, de oportunidades e conveniência. (TJ-SP, AI n. 42.530.5/4, Rel. Des. Alves Bevilacqua, j. 11.11.1997)

Vale ressaltar que esta teoria baseia-se, principalmente, em um sistema político inglês por volta de meados do século XVIII, em que imperava o Regime Absolutista, e a ideia de que o juiz era um simples “boca da lei”⁵⁸.

Assim, resta certo que o sistema brasileiro de democracia presidencialista pouco tem a ver com o modelo inglês, sendo preocupante transladar de maneira tão rígida e estanque a teoria da separação dos poderes para o momento atual, quem dirá embasar-se tão somente nele para fundamentar a não aplicação da justiciabilidade dos direitos sociais.

Em suma, não se quer dizer que a teoria tripartite não é aplicável ao sistema jurídico brasileiro, mas sim que em uma visão contemporânea, a separação de poderes nada mais é do que uma separação de funções, em que o poder é considerado uno, necessária sua divisão apenas para viabilidade das funções e possibilidade de administração. Assim diz a Procuradora do Trabalho Ileana Neiva, em artigo sobre o tema: “a separação de poderes não passa de uma separação de funções, orgânico-formal. R. Carré de Malberg sustenta, com razão, que a separação de funções é meramente formal, sendo impeditivo da realização dos fins do Estado atual a concepção de uma separação material de funções.”⁵⁹

É nesta visão contemporânea, baseada no entendimento de ser a função institucional uma só, que se dá a inclusão do princípio da separação de poderes, visto de certa maneira reformado, no sentido de que “envolve

⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 589

⁵⁹ MOUSINHO, op. cit, p. 146-147

uma complexa trama de implicações e de limitações recíprocas e prevê a possibilidade de um poder exercer competências que tipicamente caberiam a outro.”⁶⁰ Visão esta muito frisada pelos professores durante os anos da graduação, sobre a existência de um sistema de freios e contrapesos.

Explicado de forma didática por Ileana:

Por motivos organizacionais, determinadas atividades são precipuamente cometidas a determinados órgãos, mas o dever de eficiência do Estado pode determinar que atos da esfera de atribuição de um órgão sejam realizados por outro, pois a ação estatal deve ser uma e a divisão de funções (ou de Poderes) é meramente instrumental, para a melhor consecução dos fins do Estado. No modelo jurídico-político brasileiro, o Legislativo julga o presidente, o vice-presidente da República e os ministros do STF nos crimes de responsabilidade (CF, art. 52, I e II); o Judiciário administra, quando promove a organização dos seus serviços (CF, art. 96 e incisos e art. 125); o Executivo legisla, quando edita medidas provisórias (CF, art. 59, V, e art. 62); vê-se que a separação estanque das funções estatais não existe. (MOUSINHO, 2006, p. 147)

Assim, quando do julgamento de ação civil pública em que há determinação para que se implemente uma política pública, ou até mesmo correção de uma política mal formulada, não está o Judiciário invadindo a espécie funcional Legislar, mas sim conhecendo do que dito em inicial e em posterior contestação, para, respeitando a seara do que ali tratado, impor a validade do ordenamento jurídico, ou seja, determinar que se execute algo que já fora imposto pela Constituição e posteriormente já fora tratado em lei infraconstitucional.⁶¹

Por conseguinte, dada a grande produção legislativa do Estado Social, onde poucos são os temas de direitos fundamentais sociais que já não tenham recebido densificação normativa infraconstitucional (aqui, cita-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, leis que abrangem a preocupação para com o deficiente físico, o idoso, o índio, a assistência social e etc.), o que falta realmente é a efetiva implantação dessas políticas, que pode ser

⁶⁰ SOUZA NETO, SARMENTO, op. cit, p. 520

⁶¹ MOUSINHO, op. cit, p. 148.

concretizada através da atuação do Poder Judiciário, quando diante, óbvio, de pedido judicial para cobrança da atuação dos Poderes Legislativos e Executivo, decide sobre o caso, deixando de lado ou ponderando os óbices apresentados, como o da reserva de poderes.⁶²

Ademais, com relação à argumentação de que não pode o Poder Judiciário se imiscuir em questões políticas, sob o argumento de que a implementação de uma política pública é um ato político, têm-se que, realmente, não pode o Poder Judiciário se preocupar com questões políticas.

Contudo, aqui, não há a caracterização de tal situação, pois além de não haver, na ordem constitucional vigente, amparo algum para defender-se que os atos políticos não estão sujeitos ao controle judicial, pois no Estado Democrático de Direito torna-se inadmissível atividade administrativa isenta de controle judicial, a natureza de uma política pública não é a de um ato político originado da atuação tão somente dos titulares de mandatos eletivos, mas de um ato administrativo complexo, que passou pelo crivo dos Conselhos de Direitos, ou seja, fora articulado entre o Poder Público e sociedade civil.⁶³

Além do que, sendo as políticas públicas necessárias para a concretização dos direitos sociais a prestações e, tendo tais direitos aplicabilidade imediata, conforme explicita o art. 5º, § 1º, da CF, não há discricionariedade do administrador, pois onde há dispositivo determinando um proceder, há atuação vinculada e não discricionária.

Pelo exposto, o poder público tem o dever de agir para alcançar os objetivos e metas previstos nas normas constitucionais e infraconstitucionais.

Neste sentido, conclui Ileana Neiva:

O titular do poder político – o povo, através do legislador constituinte e do legislador infraconstitucional, já determinou que a atividade administrativa deve perseguir determinados fins de interesse público, tais como a proteção integral à infância e à juventude, a não-

⁶² MOUSINHO, loc.cit.

⁶³ Ibid, p. 132-133.

discriminação e a inclusão dos portadores de deficiência, a proteção de comunidades indígenas, a atenção especial ao idoso, entre outros grupos sociais cuja proteção constitui valor e interesse de toda a sociedade. Destarte, o Estado há que desenvolver atividade administrativa direcionada à concretização dos direitos fundamentais sociais desses grupos. (MOUSINHO, 2006, p. 150)

Portanto, vendo-se que no Estado contemporâneo há a interação de funções estatais, não vale se utilizar da simples referência à separação de poderes para deslegitimar a garantia de efetivação dos direitos sociais pelo controle judicial, pois, na interação de funções estatais, o Estado contemporâneo propicia que, na criação de uma política pública, já não se conceba que o Legislativo, isoladamente, a crie, e o Executivo a execute e, muito menos, que o Judiciário não exerça nenhum controle sobre sua implementação.

16.2 O Controle Judicial frente ao aspecto democrático

Há, também, certa objeção ao controle jurisdicional dos direitos sociais sob o argumento de que tal concretização seria antidemocrática pelo fato de ser conduzida por agentes que não passaram pelo crivo do voto popular. Assim, ao invés de autogoverno do povo, teríamos um governo de juízes.

Ou ainda, sustentado sob o crivo de que a concretização dos direitos sociais via judiciário só agravaria a apatia política existente por parte dos cidadãos.

Na verdade, o que se observa desde as primeiras decisões mais tímidas relacionadas à efetivação social, até o peso que a discussão sobre tal atuação tomou nos dias de hoje, é a maior participação da sociedade na busca de ver seus direitos implementados, pois é óbvio que a garantia dos direitos sociais desenvolve no cidadão a capacidade para exercer “real

influência” sobre os destinos da comunidade. Sem direito à educação, por exemplo, o cidadão, em geral, possui menores capacidades reais para influenciar a vida pública. “Quando o judiciário o garante, não viola o princípio democrático: afiança a conformação de um contexto adequado à manifestação efetiva da vontade popular”⁶⁴.

Explicita Souza Neto que, “no plano conceitual, é pertinente o contra-argumento de que a garantia de direitos sociais, ao invés de enfraquecer a atuação cidadã, pode fomentá-la, ao capacitar o cidadão para atuar politicamente.”⁶⁵

Aduz, ainda, o autor que a atribuição desta competência ao Poder Judiciário não é justificada no fato de que possam estar mais aptos para tomar decisões racionais e informadas (já que não derivam de um sistema eletivo, vindo a fazer certos compromissos de caráter impeditivo para a consecução dos direitos sociais), mas sim na questão de que pode a atuação judiciária exercer papel importante “na garantia das condições para que a deliberação pública se instaure adequadamente.”⁶⁶

Dessa forma, em uma avaliação genérica, sobre como a judicialização da política tem repercutido na mobilização cidadã, há casos em que a atuação junto ao Judiciário tem sido utilizada de modo coordenado a estratégias mais amplas dos movimentos sociais.

Exemplificando, expõe o citado autor o caso da luta contra o vírus HIV, em que as decisões determinantes da distribuição de medicamentos para portadores do vírus acabaram provocando a gana pela busca de demais garantias, o que ensejou a alteração da política formulada para o setor (leis passaram a determinar a distribuição gratuita de remédios, produção de medicamentos genéricos, influenciando, até mesmo, a atuação do Governo no plano internacional, que passou a rescindir patentes), e ao invés de

⁶⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. Sarmento, p. 524.

⁶⁵ Ibid., p. 525.

⁶⁶ Ibid., p. 523.

desmobilizar a cidadania, o que se vê é que o Judiciário contribuiu para que a atuação cidadã efetivamente acontecesse.⁶⁷

16.3 O Controle Judicial mediante a utilização de certos meios que possibilitam a análise técnica da questão Social

Além do já exposto, existe uma argumentação de que o Judiciário não tem o conhecimento técnico imprescindível para verificar, no campo das políticas públicas, qual é a providência adequada, visto que estas deliberações são complexas, não podendo ser determinadas em um processo judicial em que há a participação apenas formal das partes legitimadas.

Enfim, tal situação seria melhor ponderada pelo Executivo, pois são capazes de lidar com a sociedade e de considerar informações mais complexas e variadas.

Neste sentido, encontram-se os autores americanos Eric Christiansen e Marius Pieterse, citados por Cláudio P. de Souza Neto, em seu texto sobre a justiciabilidade dos direitos sociais.⁶⁸

Apesar de ser uma crítica importante, que demonstra as limitações do Poder Judiciário quanto à sua atuação, os argumentos consistentes para superá-las são ainda de maior valia, pois, apesar de tal limitação acontecer, pode o Judiciário se valer de certos meios como a perícia e com o pronunciamento do “amicus curiae” (terceira pessoa que passa a integrar a demanda, para discutir objetivamente teses jurídicas que vão afetar a sociedade como um todo). Além do que, pode promover audiência pública da qual participem especialistas na matéria, e, neste ponto, vale fazer uma

⁶⁷ Ibid., p. 525.

⁶⁸ Ibid, p. 530

ressalva sobre o instituto que há pouco tempo vem sendo utilizado.

A audiência pública foi instituída pela Lei n. 9868/1999, que trata do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Em seu art. 9º, § 1º, diz a lei que, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Assim, resta claro que o argumento da falta de tecnicidade do Poder Judiciário não é óbice para tal efetivação, pois, além do entendimento doutrinário, a lei também garante que se valha dos meios acima citados para garantir a instrução do feito e decida baseadamente em esclarecimento da questão.

Uma decisão judicial debatida, que seja o resultado de múltiplas informações e influências, é preferível a uma decisão que, embora se apresente como técnica, seja incapaz de se justificar publicamente. A Administração pode levar ao Judiciário seus argumentos técnicos, e ao juiz cabe tê-los em conta quando profere sua decisão. Para que o juiz decida em sentido contrário, basta que busque as informações técnicas necessárias para justificar sua decisão.

Apesar de ter sido tratado em 1999, o instituto da audiência pública foi utilizado pela primeira vez oito anos depois, em 20 de abril de 2007, para a discussão quanto à inconstitucionalidade do art. 5º, da Lei de Biossegurança, realizada na ADI n. 3510/DF, formulada pelo Procurador-Geral da República à época⁶⁹.

⁶⁹ STF, ADI 3510/DF, Rel. Min. Carlos Britto. DJ 17.04.2007. Ademais, há disponível

Nessa audiência, houve a abertura para a exposição dos especialistas em dois blocos. Num primeiro momento, pelos defensores dos dispositivos da Lei de Biossegurança; num segundo momento, pelos contrários ao uso das células-tronco embrionárias em pesquisa, sendo dadas duas horas para cada um dos grupos.

Portanto, tendo em vista as tarefas que vem o Judiciário assumindo modernamente, do juiz são exigidos novos tipos de formação, muito além da restrição tão somente do conhecimento dos textos legais. Para desempenhar esse papel contemporâneo, dando efetividade às decisões complexas que envolvem não só os direitos sociais, mas tantas outras questões, o juiz deve ser capaz de analisar relatórios técnicos, de interpretar dados econômicos, sociológicos e políticos, ou seja, deve poder lidar com um conhecimento multidisciplinar, não esquecendo que poderá ser auxiliado por especialistas da área, conforme explicita os ordenamentos legais.

Neste sentido, entenda-se que, por mais que auxiliado, tem o juiz o papel de conseguir verificar, ainda que por alto, qual a melhor atuação para o caso, e é aqui que se afirma a necessidade do conhecimento multidisciplinar. “Decidir sobre políticas públicas exige a superação da formação bacharelesca que ainda predomina no ensino jurídico brasileiro”.⁷⁰

Destarte, apesar das críticas à Resolução n. 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre o ingresso na magistratura, fez ela acertadamente a inclusão, em suas provas, de questões relativas a noções gerais de Direito e formação humanística (aqui se referindo à Sociologia do Direito, Filosofia Jurídica e Teoria Geral do Direito e da Política), pois o juiz contemporâneo deve, sobretudo, saber aprofundar o diálogo com a sociedade e com as demais instituições, evitando se restringir às partes

no site do STF inscrição para Audiência Pública que ocorrerá em março de 2010 para a discussão acerca da constitucionalidade das cotas em universidades. Disponível na Internet em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>

⁷⁰ SOUZA NETO; SARMENTO, op. Cit, p. 531.

formalmente legitimadas, bem como saber lidar com questões novas e situações ainda não enfrentadas pelo Poder Judiciário.

16.4 A alegação de insuficiência de recursos e de necessidade de reserva orçamentária

Não se pode olvidar da crítica econômica, lastreada basicamente no argumento da insuficiência de recursos e da reserva orçamentária.

Com relação ao primeiro argumento, o embate é certo. A alegação do ente político de que há insuficiência de recursos para o cumprimento de determinada política pública só será aceita mediante apresentação de provas concretas sobre o alegado.

Pois, se assim não fosse, poderíamos recair no que diz Luís Roberto Gomes:

(...) se a simples alegação de dificuldade financeira ou orçamentária sempre prevalecesse, não haveria como restaurar a ordem jurídica violada pela omissão administrativa diante de tamanha carta branca de que se valeria o administrador para fugir a qualquer controle judicial ou extrajudicial, situação inadmissível num Estado Social e Democrático de Direito.(GOMES, 2003, p.126 apud MOUSINHO, 2006, p. 143)

Resta óbvio que surgirão vezes em que o Estado não poderá cumprir positivamente a política pública, diante da incapacidade financeira, contudo, não poderá postergar indefinidamente a concretização dos direitos sociais.

Frente a esta situação, surgem soluções como a possibilidade da concessão de prazo pelo Juiz, valendo-se da prova técnica, de modo a compatibilizar a necessidade de concretização dos direitos sociais com as limitações reais, fazendo cessar, em prazo razoável, a inércia administrativa.

Com relação ao segundo argumento, que tenta contrariar a justiciabilidade, há o entendimento de que não pode o Judiciário entrar nessa seara, tendo em vista que a previsão orçamentária para o tratamento da questão cabe ao Poder Administrativo.

Contra esta argumentação, explicita Ileana Neiva que:

O óbice da vedação de realização de despesas sem previsão orçamentária somente é oponível ao administrador, não ao Poder Judiciário, que diante da recalcitrância do administrador pode – e deve – determinar a realização de políticas públicas. Quando a Constituição dispõe que a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais, é objetivo fundamental da República, seria ridículo sustentar que essa norma constitui mera exortação aos Poderes Públicos, podendo, portanto, ser afastada perante a aplicação de regras de nível infraconstitucional, como aquelas referentes ao equilíbrio orçamentário, enunciadas na mal denominada Lei de Responsabilidade Fiscal. (MOUSINHO, 2006, p. 144)

Corroborando o entendimento da Procuradora, temos a Lei de Responsabilidade Fiscal, onde, em seu art. 9º, § 2º, estabelece que “não serão objeto de limitação as despesas que constituem obrigações constitucionais e legais do ente”. Incluindo-se nesta expressão, conforme assevera Luis Roberto Gomes, “as obrigações impostas pelo Poder Judiciário, diante do caso concreto”⁷¹

Assim, não se quer dizer que as regras orçamentárias não devam ser respeitadas, mas sim que não pode ser admitido que o Poder Estatal se apegue a tal motivação para o não cumprimento das políticas públicas. As leis orçamentárias são normas destinadas em primeiro lugar ao administrador, para que não se desvie do seu dever de honestidade e

⁷¹ MOUSINHO, op. cit, p.145

eficiência, não para que sirva de obstáculo à possibilidade de realização do controle judicial dos fatores sociais.

Por conseguinte, resta esclarecido que, apesar de tais correntes constituírem um certo óbice à efetivação jurisdicional dos direitos sociais, não são elas páreo para negar e impedir o movimento contínuo que vem fortalecendo a aplicação desta justiciabilidade. Porém, de certa forma, contribuem, através de suas críticas, para que sejam repensados os limites do controle jurisdicional das políticas públicas, bem como quais podem ser os parâmetros para o embasamento da questão.

E é com base nisto que foi elaborado o tópico abaixo, com o fim de se chegar a uma certa conclusão sobre a matéria.

17. CERTOS PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO JUDICIAL

Apesar de se ter verificado a necessidade de uma atuação efetiva do Judiciário em prol da materialização dos direitos sociais, cabe mencionar que sua consolidação deve ocorrer de forma moderada, quando verdadeiramente for necessária para a sua concretização, sob pena do uso arbitrário de competência.

Souza Neto expõe algumas críticas sobre a atuação exagerada do Judiciário, no sentido da preocupação com a universalização das medidas, e assim explicita:

O STF já afirmou que “a cláusula da reserva do possível (...) não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais. Mas, se não há condições materiais concretas, a decisão judicial está condenada à inefetividade. O problema não é de legitimação (...) O problema é de executoriedade. A verificação da insuficiência dos recursos públicos deve, contudo, considerar não só o caso concreto, mas também a totalidade dos casos semelhantes. Deve-se ponderar se a decisão judicial seria exeqüível se a providência fosse universalizada. O governo não tem recursos para construir casas para todos os cidadãos brasileiros que não possuem moradia adequada, apesar de o custo de uma casa ser insignificante se comparado ao orçamento público. O parâmetro da universalização é fundamental para tornar a ação do Estado coerente e imparcial. Do contrário, apenas os cidadãos que obtiveram sucesso em suas ações judiciais teriam seus direitos sociais efetivados, invertendo-se a lógica igualitária subjacente aos direitos fundamentais. O problema torna-se mais grave em contextos como o brasileiro, em que os mais pobres tendem a ter menos acesso à justiça. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2008, p. 526-527)

Tem-se, também, que a atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos sociais desorganiza a Administração Pública, que deixaria de se devotar ao planejamento e à execução de políticas públicas, para se dedicar ao atendimento de demandas individuais decorrentes de decisões do Poder Judiciário, que têm se proliferado nos últimos anos.

Por mais que não possa tal argumentação ser levada ao pé da letra para justificar a não atuação do Judiciário, deve ser considerada, pois decisões judiciais que não vislumbram problemas de organização administrativa podem gerar conseqüências contrárias aos próprios valores que pretendem promover.

Tal objeção, como dito, não deve ser o fundamento justificável para a não atuação judicial. Contudo, deve ser levada em conta para criar parâmetros que balizem os limites do citado controle.

Neste sentido, também se critica que a atuação judiciária no campo social tem favorecido, predominantemente, a classe média, sendo que os mais pobres continuam excluídos do acesso à justiça.

Alguns dados disponíveis sobre isto são apresentados por Souza Neto, relacionados ao Estado de São Paulo, onde uma pesquisa, que examinou todas as ações ajuizadas entre 1997 e 2004, verificou que, em 67,7% dos casos, os autores eram representados por advogados particulares – o que sugere a possibilidade de arcarem com os custos dos processos –, nada obstante, em 23,8%, possuísem apoio de associações.⁷²

Esta crítica, valendo ponderar, acaba por utilizar a desigualdade de acesso para negá-lo a todos, não só à classe média, mas também aos que não possuem qualquer condição de custeio do processo.

Resta certo que a solução está em outras medidas: aumento do acesso à justiça dos menos abastados, melhorando a participação da Defensoria Pública e do Ministério Público; fomento da advocacia representativa da sociedade civil organizada.

Mesmo que seja considerado que tal pesquisa revela uma tendência nacional, a crítica não é consistente a ponto de afastar a atuação judiciária, pois será um dos fundamentos do parâmetro segundo o qual devem ser priorizadas as ações de cunho coletivo, que levam as decisões aplicáveis a todos que se encontrem nas mesmas condições.

⁷² SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit, p. 533-534.

A crítica também é importante para justificar o critério da hipossuficiência, garantindo-se entrega imediata de bens e serviços primordialmente para os que não possam provê-los com recursos próprios.

Como dito nos capítulos 05 e 06, o princípio da proporcionalidade, a garantia de um mínimo existencial e a reserva do possível são os meios mais empregados pelo Judiciário para poder mediar a utilização do controle jurisdicional de políticas públicas.

Portanto, cabe ponderar que tal atuação ainda apresenta seus impasses, que não se prestam a fundamentar a não atividade do Judiciário, mas tão somente suscitar falhas e justificar parâmetros que a tornem mais racional.

Daí porque, a seguir, são delineados alguns destes parâmetros.

17.1 Priorizar a atuação Judiciária ao titular incapaz de arcar com os seus custos, sem inviabilizar a garantia de outras necessidades básicas

O atendimento irrestrito de toda a coletividade pode ser um ideário admirável, contudo é surreal para os patamares financeiros do Brasil. Deve a universalidade da efetivação dos direitos sociais ser considerada pelo Poder Judiciário como um objetivo a ser alcançado eventualmente, mas na prática, deve ser priorizada a garantia dos direitos sociais aos hipossuficientes.

A hipossuficiência deve ser verificada no caso concreto, de forma a incluir qualquer pessoa que demonstre não possuir recursos para arcar com as prestações sociais sem tornar inviável o atendimento de outras necessidades básicas.

Nada impede que o legislador opte por conceder de maneira

universalizada a prestação não apenas para os hipossuficientes, mas para toda a população. Como exemplo, a gratuidade nas universidades públicas, estabelecida pelo próprio constituinte.

Isso pode ocorrer por diversas razões, dentre elas, a de que “a universalização abrangente da prestação social se justifica pelo propósito de promover a adesão republicana ao interesse público”.⁷³

17.2 Prioridade para a opção técnica da Administração

É certo que as opções técnicas oferecidas pelo Poder Executivo e Legislativo devem ser priorizadas sobre a que proposta pelo demandante. Assim, se o Estado oferece procedimento médico para determinada patologia, o Judiciário não deve determinar que tais poderes arquem com os custos de outro procedimento desenvolvido para a mesma patologia, por ter sido prescrito pelo médico privado. Se o Estado inclui em sua lista medicamento para o tratamento de determinada doença, o magistrado não pode determinar que adquira outro, da preferência do médico demandante.

O assunto até pode ser discutido no Judiciário, mas há prioridade para a adoção da solução técnica apresentada pela Administração Pública. Apesar do Judiciário ter meios para qualificar tecnicamente suas decisões, a Administração dispõe de capacidades institucionais mais apropriadas para tanto.

17.3 Prioridade para a solução mais econômica

⁷³ Ibid., p. 540

Diante dos institutos da proporcionalidade, garantia do mínimo e reserva do possível, que visam traçar parâmetros para a atuação judicial, nada mais coerente de que dentre as soluções eficazes, o Judiciário deve optar pela solução mais econômica.

Neste sentido, o autor acima citado traz como exemplo que, havendo requisição da entrega de medicamento fabricado por determinado laboratório, sendo que há tal propriedade farmacológica produzida de forma genérica, o Judiciário deve optar por este último.⁷⁴

A limitação e escassez de recurso público cria essa obrigação para tal Poder, até para que a medida possa ser universalizada. Ademais, o administrador pode normalmente considerar outros critérios, estabelecendo padrões mais estritos e específicos de qualidade, tendo em vista todas as características técnicas que possui, dando-lhe efetividade e confiabilidade para assim atuar.

O Judiciário, por mais que possa se valer de peritos para avaliação da lide, é, de certa forma, desprovido de capacidade técnica para análise da questão. Outrossim, atua abalizado por certos critérios, sendo um deles o econômico, devendo priorizar, então, a solução que depreende menos gastos.

17.4 Intensidade do Controle Judicial atrelado aos níveis de investimentos em Políticas Públicas

A atuação judicial deve estar interligada ao grau de execução efetiva do orçamento que a Administração Pública aplica no campo social. Isso leva a crer que a intensidade do controle judicial é inversamente proporcional à

⁷⁴ Ibid., p. 542.

atuação administrativa nos direitos sociais.

Assim, se há investimentos consistentes, o Judiciário deve intervir de modo mais moderado. “Os governos que priorizam, no orçamento e em sua execução, a garantia de direitos sociais têm reforçada a presunção de constitucionalidade de suas opções orçamentárias”⁷⁵.

Entretanto, se os investimentos da Administração Pública estão atrelados a obras sem qualquer ligação com o caráter social, tendentes à exuberância e ao aspecto faraônico, resta claro que o rigor do controle jurisdicional deve ser mais intenso.

17.5 Prioridade para as ações coletivas

A ideia de dar prioridade à ação coletiva se deve a vários fatores.

Primordialmente, as decisões proferidas em ação coletiva atendem não apenas aos que estão envolvidos diretamente na lide, mas, também, a todos aqueles que se encontram nas mesmas condições, o que garante a universalidade da prestação.

Assim, tais decisões desorganizam menos a Administração Pública, quando comparadas às de interesse tão somente individual.

Ademais, nas ações coletivas, é possível discutir, com a devida cautela, os aspectos técnicos envolvidos. Isso, porque, no caso do Ministério Público, por exemplo, antes de ajuizar ação civil pública, pode instaurar inquérito civil para exame dos aspectos técnicos pertinentes ao caso.

Outrossim, como já tratado no subtítulo 7.2, em que se rebateu a crítica ao aspecto democrático do controle judicial, resta claro que há maior participação da comunidade, a partir da ocorrência de concessões de

⁷⁵ Ibid, p. 543

efetivação dos direitos sociais por parte do Judiciário.

Dessa forma, a priorização das ações coletivas estimula que o cidadão se mobilize para a atuação política conjunta, sobretudo através de associações da sociedade civil.

Sem contar que a priorização das ações coletivas evita que apenas cidadãos que possuam um acesso qualificado à justiça sejam efetivamente destinatários de prestações sociais.

Ainda, nas ações coletivas, é possível analisar, de modo mais preciso, o impacto da política pública no orçamento. Grande parte das objeções acima formuladas perde densidade quando as decisões judiciais são proferidas em ações coletivas.

O parâmetro de priorização das ações coletivas não abomina a ocorrência de litígios individuais, apenas traça ideias para que o meio coletivo seja priorizado.

A atuação judiciária em litígios individuais é especialmente legítima quando a não garantia do direito social tender a causar prejuízos irreversíveis. Certos direitos são imprescindíveis como, por exemplo, a concessão do ensino pré-escolar na idade própria e a entrega de medicamentos a tempo de preservar a saúde.

Este tem sido o claro entendimento nas vias judiciais, valendo aqui reproduzir julgado do Tribunal de Justiça de Mato Grosso que trata sobre o assunto:

Não obstante os ponderosos argumentos trazidos no recurso, estou convencido de que razão não assiste ao recorrente, uma vez que no caso dos autos, encontram-se presentes os requisitos indispensáveis para autorização da liminar outrora deferida, tendo em vista que é direito de todo o cidadão e dever da União, dos Estados e dos Municípios a promoção, prevenção e recuperação da saúde daqueles que assim necessitarem, onde resta inequívoco a necessidade da agravada de auferir o medicamento necessário para o tratamento de sua enfermidade, vez que lhe faltam recursos para o seu custeio. A questão não é nova e já tem pacificação no âmbito desta Câmara Cível, sendo vencedora a tese de que tanto o Estado de Mato

Grosso, como os Municípios e a União Federal, têm o dever de fornecer medicamentos de alto custo aos pacientes necessitados, independentemente destes constarem de suas listas de fornecimento. (TJMT, Número: 26890 – Ano: 2009 – Magistrado: DES. RELATOR ANTÔNIO HORÁCIO DA SILVA NETO)

Há hipóteses, contudo, em que a atuação judiciária em litígios individuais é legítima mesmo que não haja risco de dano irreversível, como ocorre no caso do administrador que deixa de cumprir a lei ou de entregar as prestações que se comprometeu a fornecer em seus próprios programas.

Quando, por exemplo, a Administração elabora uma lista de medicamentos e deixa de entregá-los à população, é adequado que o cidadão, individualmente, ajuíze ação tendo em vista obter imediatamente a prestação. Nesses exemplos, as objeções acima não prevalecem, pois se está diante da contrariedade na atuação governamental, que não cumpre o que elaborado em seu programa.

17.6 AMPLIAÇÃO DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Por fim, vale trazer como parâmetro o que já observado anteriormente. Decisões judiciais que não observem mais detidamente suas conseqüências na vida prática podem acabar por produzir efeitos contrários aos valores que lhes inspiraram. Souza Neto argumenta que decisões que levam à retirada da UTI de paciente que se encontra em estado mais grave para que seja internado paciente que está em estado menos grave são injustas e irracionais, tratando desigualmente os cidadãos e impedindo a realização de outras finalidades também positivamente valoradas pela Constituição.⁷⁶

Por conseguinte, faz-se necessário que haja não só uma interação

⁷⁶ Ibid., p. 546

formal entre Poder Judiciário e o restante da sociedade, mas que os juízes tenham sensibilidade para a consecução de tal diálogo.

Toda essa interação se faz necessário, pois o que se conclui é que modernamente a judiscialização das políticas sociais depende de decisões refletidas, tratadas antecipadamente, através da interlocução entre magistrados, Poder Executivo e Legislativo, pessoas com capacidade técnica no assunto, associações da sociedade civil e outros.

18. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a inserção dos direitos sociais dentre aqueles necessários de efetivação, o que se vê, após as primeiras decisões neste sentido, é uma crescente tendência para tal atuação.

Este aspecto, como visto, não surge de questões esparsas, mas sim de um conjunto de pensamentos e construções debatidas sobre a abrangência e eficácia dos direitos sociais, aliado ao fato de estarem eles dentre os de caráter fundamental, que devem ser prioritariamente tratados pelos poderes públicos como um todo.

Apesar do velho entendimento de que estão os direitos sociais ligados ao caráter prestacional, estando assim vinculados à efetivação por parte daqueles que possuem competência para tanto, a questão é que, modernamente, tem-se que entender os caracteres do poder, bem como não deixar de lado o que dizem os dispositivos legais e interpretá-los a favor da garantia dos direitos dos homens.

Por mais que, à primeira vista, seriam tarefas dirigidas ao Legislativo e Executivo, não há que se embasar em tal premissa como se fosse ela acabada e única para a fundamentação contrária à possibilidade de o Judiciário efetivar política pública.

Nem mesmo outras críticas tratadas neste trabalho têm o condão para tanto. O que se vê é que podem ser utilizadas positivamente na nova tendência, no sentido de parametrizar a aplicação judicial, pois, por mais que seja ela positiva e cheia de boas intenções, a questão é que existem outros poderes, com tarefas específicas, que não podem ser subtraídas a qualquer tempo, sob qualquer argumentação.

Faz-se necessário, então, o respeito a certos critérios para que o controle judicial não se transforme de solução dos problemas em uso

arbitrário do poder.

Neste sentido, explicita-se que, dentre tantos aspectos limitadores ao poder de atuação judicial, faz-se necessário, principalmente, a priorização da justiciabilidade ao titular incapaz de arcar com os custos da efetivação de seus direitos sociais.

Ademais, que tal atividade prime pela opção técnica oferecida pelo Poder Administrativo, bem como pela solução mais econômica ao caso. Além do que, o controle judicial deve estar atrelado aos níveis de investimentos em Políticas Públicas fornecidos pela Administração, fazendo com que a efetivação judicial aconteça na medida em que os outros Poderes deixam de oferecer aplicações no campo social.

Por fim, há que acontecer, ainda, a priorização às ações coletivas, pois além de todos os argumentos expostos, garantem a universalidade da medida, não se esquecendo da necessidade da ampliação do diálogo entre Poder Judiciário, os outros Poderes e sociedade, realizando, dessa forma, o controle judicial das questões sociais que realmente necessitam de tal atuação.

Assim, é certo a atualidade do tema, que também traz várias discussões, não tendo, ainda, a justiciabilidade dos direitos sociais um formato perfeito e positivado.

Por conseguinte, as questões aqui trazidas, como muito bem lembrado durante todo o tratar da monografia, são partes do grande debate que envolve o controle judicial dos direitos sociais.

Portanto, justifica-se que o que aqui tratado foi assim decidido após uma série de leituras sobre o tema, sendo os tópicos aqueles necessários para o entendimento e compreensão da discussão sobre o assunto e da necessidade da efetivação do controle judicial dos direitos sociais.

19. REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

QUEIROZ, Cristina. **DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

MOUSINHO, Ileana Neiva. **A necessidade de políticas públicas para tornar efetivos os direitos sociais**. In O MPT como promotor dos direitos fundamentais. Juliana Vignoli Cordeiro, Sebastião Vieira Caixeta, coordenadores. – São Paulo: LTr, 2006. p. 146.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Os Direitos Sociais como limites materiais à revisão constitucional**. Salvador: Juspodvim, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

Textos Eletrônicos

ATRIA, Fernando. ¿Existen Derechos Sociales? Disponível na internet no endereço: <http://www.cartapacio.org.ar/viewarticle.php?id=39>. Acesso em 14 de abril de 2009.

SILVA, José Afonso da. Garantias Econômicas, Políticas e Jurídicas da Eficácia dos Direitos Sociais. Disponível na internet: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto110.htm>. Acesso em 25 de julho de 2009.

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. *Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais.* Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 22 de julho de 2009.

KAPPEL, Rosalia Carolina. A eficácia dos direitos sociais e a Reserva do Possível. Disponível na Internet: http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_V_novembro_2005/rosalia-eficacia.pdf. Acesso em 14 de abril de 2009.

LIMA, George Marmelstein. Efetivação do Direito Fundamental à Saúde pelo Poder Judiciário. Disponível na Internet: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/monografia.pdf>. Acesso em 14 de abril de 2009.

CARBONELL, M. Breves reflexiones sobre los derechos sociales. In: *Derechos Económicos, Sociales y Culturales.* México: Programa de Capacitación sobre Derechos Humanos. Disponível em <http://www.pdhumanos.org/libreria/libro6.html>. Acesso em 24 de agosto de 2009.