

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Ricardo Pinha Alonso

Os Direitos Fundamentais Sociais e o Controle Judicial das Políticas Públicas

DOUTORADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2012**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Ricardo Pinha Alonso

Os Direitos Fundamentais Sociais e o Controle Judicial das Políticas Públicas

DOUTORADO EM DIREITO

**Tese apresentada à Banca Examinadora
como exigência parcial para obtenção do
título de Doutor em Direito, pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, sob a
orientação do Professor Doutor Antônio
Carlos Mendes.**

**SÃO PAULO
2012**

Banca Examinadora:

DEDICATÓRIA

Aos meus pais Orison e Magali (*in memoriam*),
pelos princípios de retidão sempre transmitidos.

À minha querida esposa e companheira de todas
as horas Sílvia, pelo convívio feliz e incentivo
diuturno.

À minha filha Mariana, grande responsável pela
seriedade nos estudos.

À Nayla, presente de Deus.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Antônio Carlos Mendes pela condução do Doutorado e pelos ensinamentos dentro e fora da sala de aula.

Aos funcionários das Secretarias Acadêmica da Pós-Graduação e do Programa de Pós Graduação em Direito, todos sempre prontos a atender com educação e presteza ímpares.

À Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, pelo imprescindível e fundamental apoio durante todo o curso de doutorado.

À Fundação Educacional Miguel Mofarrej, na pessoa de seu Presidente, Roque Quagliato, pelo apoio incondicional para a conclusão do Curso de Doutorado.

Aos Professores José Marta Filho e Bianor Costa Freire Colchesqui, pelo constante incentivo acadêmico.

Aos meus alunos, pelo auxílio na busca de algumas obras utilizadas neste trabalho.

Aos meus colegas professores das Faculdades Integradas de Ourinhos e Centro Universitário Eurípides de Marília, pelos momentos de discussão e reflexão sobre assuntos relacionados ao trabalho e que me ajudaram a colocar o presente estudo em prática.

ALONSO, Ricardo Pinha. *OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS*. 2012. 172 p. Tese (doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – São Paulo – SP

RESUMO

O presente trabalho volta-se ao estudo dos Direitos Fundamentais, especialmente dos direitos sociais de cunho prestacional como saúde, educação, moradia e alimentação. Busca-se no estudo desses direitos constitucionalmente consagrados a identificação daqueles que podem ser imediatamente exigidos do Poder Público, ainda que por meio de intervenção judicial e sem intermediação legislativa. Reconhece-se, ademais, que a eficácia plena e imediata dos direitos fundamentais sociais decorre da configuração normativa de cada um dos direitos, fixada pela própria Constituição, o que permite concluir que alguns direitos, ainda que previstos no texto constitucional, exigem a tomada de decisões políticas para completar o arcabouço normativo necessário à concretização desses direitos, ainda que não sejam meros compromissos futuros. Por outro lado, analisa a viabilidade do controle jurisdicional sobre políticas públicas, seja na hipótese de omissão do legislador ou de outro órgão encarregado, seja na hipótese de inadequação ou retardamento da execução de políticas públicas que já contam com a marca da decisão política, seja, finalmente, na hipótese de insuficiência das políticas públicas postas em funcionamento pelo Poder Público, sempre com atenção aos limites da intervenção jurisdicional, quando admitida.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Sociais. Controle Jurisdicional. Possibilidade. Limites.

ALONSO, Ricardo Pinha. *THE FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS AND THE JURISDICTIONAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES*. 2012. 172 p. Thesis (Doctorate in Law) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – São Paulo – SP

ABSTRACT

The following paper aims at the study of Fundamental Rights, especially of a social nature which ensure availability to health, education, housing and food. The study of these constitutionally consecrated rights focuses on the identification of the rights that can be immediately demanded from the Public Power, even if by means of judicial intervention and without legislative intermediation. It is recognized, moreover, that the full and immediate efficacy of fundamental social rights stems from the normative configuration of each of the rights secured by the Constitution itself, which permits the conclusion that some rights, although provided in the Constitution, demand political decision-making to complete the normative framework, necessary to the enforcement of these rights, even if they are not mere future commitments. On the other hand, the study analyzes the feasibility of jurisdictional control over public policies, either in the event of omission from the legislator or another governing body in charge, or in the event of inadequacy or delay in execution of public policies, which already shows the political decision, or, lastly, in the event of insufficiency of public policies carried out by the Public Power, always observing the limits of jurisdictional intervention, when admitted.

Key-words: Fundamental Social Rights. Jurisdictional Control. Possibility.Limits.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO.....	10
2 – DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	20
2.1 – As gerações ou dimensões dos direitos fundamentais.....	22
2.2 – Direitos fundamentais sociais.....	31
2.3 – Direitos sociais na Constituição brasileira de 1988.....	38
2.3.1 Direito Social à saúde.....	40
2.3.2 Direito Social à educação.....	43
2.3.3 Direito Social à moradia.....	46
2.3.4 Direito Social à alimentação.....	49
3 – DIREITOS SOCIAIS NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	52
3.1 Direitos Sociais em Portugal.....	52
3.2 Direitos Sociais na Espanha.....	56
3.3 Direitos Sociais na Colômbia.....	60
4 - DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS	64
5 – A ATIVIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO.....	73
5.1 – Positivismo jurídico.....	81
5.2 – Fundamento de validade do sistema jurídico	85
5.3 – A decisão judicial como fonte do direito.....	88
5.4 – Direito Positivo e Direito Natural.....	93
6 – A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	107
6.1 – A eficácia das normas constitucionais em geral.....	107
6.2 – A eficácia das normas programáticas.....	117
6.3 – A eficácia das normas sobre direitos sociais.....	122
6.3.1 Direitos sociais em normas constitucionais densas.....	128
6.3.2 Direitos sociais em normas constitucionais de baixa densidade.....	135
6.3.3 Omissão política do Poder Legislativo e Executivo e a atuação jurisdicional do Estado.....	141

6.3.4 Omissão, retardamento ou execução inadequada da decisão política e o controle jurisdicional.....	151
6.3.5 (In)suficiência das políticas públicas e atuação jurisdicional.....	156
7 – CONCLUSÕES.....	161
8 – BIBLIOGRAFIA.....	166

1 - INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo a análise da atividade jurisdicional do Estado, sua natureza e seus limites, especialmente no que concerne à intervenção judicial nas políticas públicas, necessárias para a concretização de disposições constitucionais que consagram os direitos fundamentais sociais e que, muitas vezes, aguardam a intermediação do legislador para, depois disso, serem, efetivamente implantadas pela administração pública.

É certo que, tradicionalmente, a atividade jurisdicional volta-se à aplicação do direito objetivado para solução dos litígios mas não se desconhece a existência de teorias que admitem a atuação do juiz para além do texto positivado, sobretudo quando tendente à aplicação de princípios constitucionais e à efetivação de direitos sociais.

O Estudo também focaliza a intervenção judicial, quando o legislador, encarregado de deliberar democraticamente sobre o modo, os limites e os requisitos para o exercício dos direitos fundamentais, não o faz, omitindo-se nesse mister, impedindo, de certa forma, a fruição dos direitos consagrados pela Constituição.

Portanto, por um lado, enfrenta-se o tema da atuação jurisdicional do Estado e seus limites no controle e na concretização de políticas públicas, em decorrência dos direitos sociais garantidos pela Constituição e previstos no

ordenamento jurídico e, por outro, a implementação de políticas públicas quando ausente a própria deliberação do legislativo na sua formulação.

Na análise desses temas, algumas questões surgem com realce a merecer atenção e resposta: a quem compete a concepção e a implementação das políticas públicas? A natureza dos Direitos sociais permite execução sem intermediação do Poder Legislativo? O judiciário, na falta da política pública definida pelo legislador, está autorizado a atender pleitos individuais ou coletivos que objetivem a realização dos direitos sociais? Se o legislador definiu a política pública, em decisão democraticamente legitimada, estaria o Judiciário jungido à decisão política, ainda que a considere insuficiente para efetividade dos direitos em questão?

Percebe-se, de plano, que a problemática está relacionada com tema complexo, multifacetário, a exigir atenção e análise detidas. As relações entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e o exercício das funções a cada um atribuídas pela Constituição da República de 1988 colocam-se a cada dia, em zona de difícil visualização específica e estanque. A clássica teoria da separação dos poderes não é suficiente para solucionar os problemas vivenciados pelas sociedades contemporâneas que exigem do Estado, mais e mais, atuações positivas, muitas delas necessárias para a satisfação dos direitos fundamentais consagrados de forma expressa e solene nos textos constitucionais.

E, na medida em que se agigantam as tarefas estatais, evidencia-se, num movimento inversamente proporcional, o enfraquecimento do Poder Legislativo

e sua incapacidade de responder às demandas sociais e mesmo de dar vazão aos comandos inseridos na Constituição. Muitas disposições constitucionais permanecem aguardando a intermediação do Poder Legislativo, inerte ou pelo menos extremamente moroso. Enquanto isso, direitos não podem ser alcançados e usufruídos pelos destinatários.

Embora o objetivo central do estudo sejam as questões relacionadas com a implementação judicial das políticas públicas, o trabalho também abordará as teorias existentes e os argumentos postos nos mais variados sentidos, com a necessária análise da doutrina especializada, nacional e estrangeira, como também das decisões judiciais de interesse.

É possível, desde logo, antever os temas que exigirão atenção: direitos fundamentais sociais, direitos positivos, judicialização da política, ativismo judicial, politização do direito, reserva do possível, mínimo existencial e legitimação democrática.

Destaque-se também que o tema é atual e vem sendo objeto de análise doutrinária e jurisprudencial, com debates nas Cortes brasileiras, inclusive no Supremo Tribunal Federal.

Em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal, admitiu, no Recurso Extraordinário 410.715/SP¹, a intervenção do judiciário, por sua típica função jurisdicional, mesmo sem intermediação do legislador, para implementação

¹ STF – 2ª T. RE nº 410.715/SP – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 03.02.2006.

dos direitos sociais referente à educação. Entretanto, reconheceu que a intervenção só é possível, em caráter excepcional, nas hipóteses de políticas públicas já definidas pela própria Constituição.

No que diz respeito ao direito à saúde, por exemplo, muito se tem debruçado, vislumbrando-se, nesse momento, tendência de reconhecimento de que é possível, em razão da natureza fundamental do direito consagrado expressamente pela Constituição brasileira, viabilizar sua eficácia plena e imediata, ainda que por decisões judiciais que ultrapassem os limites das políticas públicas definidas pelo legislador a partir de critérios técnicos e orçamentários por ele adotados.

Mas o mesmo não se pode afirmar em relação a outros direitos, também sociais, como moradia e alimentação, acesso ao trabalho, que não alcançaram ainda o mesmo nível de reconhecimento e de tratamento do Poder Judiciário, no plano da efetividade.

Como afirmado, no que se refere ao direito fundamental á saúde, muito já foi produzido, seja no meio acadêmico², seja nas efetivas intervenções do judiciário, inclusive da mais alta Corte brasileira³.

² SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito fundamental à saúde – O Dilema entre o Mínimo existencial e a Reserva do Possível*. Belo Horizonte: Editora Fórum, pág. 75/87, 2010.

³ Voto do Ministro Gilmar Mendes, proferido em sede de agravo regimental interposto pela União, contra decisão da Presidência do STF, na qual foi indeferido o pedido de suspensão de tutela antecipada, formulada pela União. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf> > Acesso em 20 de abril de 2012.

A Constituição da República de 1988 consagrou expressamente, no artigo 196, o “direito à saúde como dever do Estado”, ao mesmo tempo em que o eleva à categoria de direito social, inserido, ao lado de outros, como segurança pública, educação, trabalho, alimentação e moradia, no artigo 6º da mesma Constituição. Foi, sem dúvida, alçado à condição de direito fundamental.

Em atendimento ao comando normativo que atribuiu ao Estado o dever de criar e realizar as atividades para efetivação e, buscando tornar eficaz a norma constitucional que consagrara o direito social à saúde, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 8.080, de 1990, que organizou, prevendo a participação de todos os níveis de atuação das entidades federadas, o Sistema Único de Saúde - SUS, estabelecendo as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, reconhecendo, no artigo 2º como, aliás, não poderia ser diferente, vez que a própria Constituição reconhece tal natureza, que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.”

Entretanto, não obstante a existência e o funcionamento de política pública para a ação estatal na área da saúde, definida pela Constituição e concebida pela intervenção do legislador, o Judiciário brasileiro vem decidindo que o direito fundamental à saúde deve ser reconhecido e tutelado pelo Estado, ainda que extrapole os limites das políticas públicas definidas pelo legislador, em atendimento ao comando constitucional que conferiu a esse direito o status de direito fundamental e em respeito à previsão inserida no parágrafo primeiro, do artigo 5º, da

Constituição brasileira que determina aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Decisões com tal direcionamento, em larga escala, por certo, provocam impactos na própria política pública e deixam transparecer suposto desrespeito à clássica teoria da separação dos poderes, na medida em que o Judiciário passa a determinar gastos e políticas públicas, substituindo a decisão do legislador, cuja execução, ao menos em princípio, compete ao Poder Executivo.

Naturalmente, as autoridades da área da saúde opõem-se a essas decisões, com argumentos respeitáveis⁴, a saber:

1) os recursos destinados ao cumprimento das decisões judiciais seriam suficientes para otimizar, ainda mais, as atividades desenvolvidas de maneira universal;

2) o Judiciário privilegia aquele que primeiro a ele se socorre, sem levar em consideração os efeitos sistêmicos negativos que podem ser provados nas ações de saúde;

3) os orçamentos são limitados e os recursos públicos devem ser aplicados a partir de critérios objetivos e que atendam, com maior eficiência, toda a sociedade;

⁴ SOUZA, Gelson Amaro e MATTOS, Karina Denari Gomes de. *Ativismo Judicial e Políticas Públicas de Saúde: O impacto da tutela jurisdicional de medicamentos no SUS* em SIQUEIRA, Dirceu Pereira. ALVES, Fernando de Brito (organizadores). *Políticas Públicas – da previsibilidade à obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos*. Birigui-SP: Boreal, pág. 258280, 2011.

4) o Judiciário não está preparado tecnicamente para agir como administrador.

São algumas das objeções, sempre encontradas e referidas quando o tema debatido é a judicialização das decisões políticas, expressão que não deveria gerar maiores impactos ou celeumas entre os estudiosos do direito, pois, na medida em que o direito passa a tratar de posturas políticas do Estado, frutos de decisões fundamentais tomadas pelo constituinte, natural que o Judiciário, cuja função principal é a aplicação do direito, tenha que se debruçar sobre tais temas nas suas decisões.

O exemplo do direito fundamental à saúde ilustra a forma como vem o Judiciário interferindo nas políticas públicas, determinando a concretização de determinado direito social. As dificuldades não se localizam necessariamente no plano dessas decisões quando, por exemplo, determinam o cumprimento dos programas existentes. O problema reside na análise da adequação da intervenção, quando decisões judiciais ultrapassam os limites fixados pelo legislador ordinário ou mesmo, os parâmetros estabelecidos na própria Constituição que deve ser o referencial normativo último, inclusive para a atividade jurisdicional que também não deve escapar dos limites por ela impostos.

Entretanto, há direitos, além dos relacionados à saúde, também fundamentais que, a despeito dessa natureza, vêm recebendo tratamento diferenciado do mesmo Judiciário. O direito à educação é um deles.

Com efeito, assim como o direito à saúde, o direito à educação reveste-se da característica de direito social, elencado entre aqueles considerados como direitos fundamentais e também inserido expressamente no art. 6º, da Constituição Federal e, mesmo com essa identidade categórica, não são encontradas decisões que determinam a concretização do direito além dos parâmetros fixados pelo legislador ordinário, em atendimento às diretrizes constitucionais, seja diante da ausência de política pública, seja diante da insuficiência da política pública existente.

Encontram-se na própria Constituição Federal, sinais de equivalência e importância desses direitos, tanto que os artigos 198 e 212 vinculam comprometimento mínimo da arrecadação dos impostos com gastos voltados, necessariamente às áreas da saúde e educação.

Por outro lado, a relevância das ações nas áreas de saúde e educação é reconhecida e garantida com a possibilidade de intervenção federal no ente federado, seja Estado, Distrito Federal ou Município, que descumprir as exigências de aplicação mínima de recursos públicos (art. 34, VII, “e”, e 34, III, ambos da Constituição Federal).

Não obstante a identidade categórica dos direitos à saúde e educação, os resultados práticos da concretização são distintos. Não se encontram, por exemplo, decisões que determinam que o aluno deve ser matriculado na escola

pública “X” e não da escola pública “Y”, porque a primeira obtém melhores índices de aprovação nos vestibulares. Na área da saúde, ao contrário, isso ocorre, pois, são comuns decisões que determinam a entrega do medicamento “X” e não do “Y”, porque o primeiro, segundo informação médica, é mais eficiente do que o segundo.

Os direitos já referidos, são reconhecidos como direitos fundamentais, com conotação positiva, pois implicam em posicionar as pessoas como credoras de atividades materiais do Estado, merecedoras da atuação e intervenção positiva estatal que se vê na obrigação de agir, objetivando “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, como prevê o artigo 3º, inciso III, da Constituição da República, garantindo condições dignas de vida, de trabalho, de assistência social, serviços voltados à área da saúde, educação, e outras atividades necessárias. Entretanto, parece que alguns desses direitos alcançaram ambiente propício a maior efetivação, enquanto a percepção em relação a outros, não seja a mesma.

Pretende-se, pois, com o presente trabalho, a análise da atividade jurisdicional e do seu exercício no que se refere à efetivação das políticas públicas necessárias à implementação dos direitos fundamentais sociais, pautada que deve estar na moldura constitucional que define, em relação a alguns direitos sociais, as diretrizes, as condições mínimas e limites para o seu exercício. Esses parâmetros constitucionais, ao obrigarem o Poder Legislativo, encarregado da definição normativa das políticas públicas e o Poder Executivo, a quem são atribuídas as tarefas materiais para oferecimento dos direitos aos seus destinatários, vinculam

também o Poder Judiciário que, certamente, não tem, ordinariamente, a função de tomar as medidas necessárias à criação e execução de políticas públicas.

A concretização dos direitos fundamentais positivos passa por um momento de tensão entre funções executiva, legislativa e judiciária e abre a possibilidade para aprofundamento das reflexões que, certamente, exigirão o tratamento de outros temas relacionados às estruturas institucionalizadas do poder estatal, o modo e o tempo de seu exercício, sempre com análise do direito positivo brasileiro, da jurisprudência que se forma em torno das questões em foco e do tratamento que outros sistemas jurídicos emprestam ao assunto.

2 – DIREITOS FUNDAMENTAIS

A evolução dos direitos fundamentais é lenta e gradual. Entretanto, alguns marcos nessa trajetória são evidentes. A Magna Carta de 1215, de certa forma, pode ser considerada um registro de direitos a serem opostos ao Monarca. Ainda na Inglaterra, outras referências são importantes. A Petição de Direitos de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679 e a Declaração de Direitos de 1689. Em 1789 a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e, alguns anos antes, a Declaração de Direitos da Virgínia deram mostras de que a consagração dos direitos fundamentais continuava em marcha que avançou, ainda mais significativamente, no século XX, sendo exemplar desse século a Declaração Universal de Direitos do Homem (1948).⁵

Importante consignar que, na primeira fase de evolução dos “Direitos do Homem”, predominava o ideário liberal, impondo-se, ao Estado, o reconhecimento desses direitos ou limites de atuação. Os direitos fundamentais são identificados como comandos de comportamento negativo do ente estatal, em respeito às pautas fixadas por escrito. Pode-se afirmar que o estágio dos direitos fundamentais, nesse momento, equivale ao reconhecimento das Liberdades Públicas, sendo pertinente, destacar, entretanto, como fez o Professor André Ramos Tavares, que a expressão liberdades públicas não é a mais adequada:

Dá a ideia de que se contrapõe a um rol de liberdades privadas, quando não é esse o sentido que se quer imprimir à expressão. Por

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 13ª ed., 2011, págs. 27/31.

outro lado, o termo 'liberdades' passa a noção de poder de agir, não englobando, gramaticalmente falando, as noções de poder de exigir, ou seja, a noção de exigir uma atuação por parte do Estado e dos demais particulares.⁶

Apesar da crítica à terminologia, não desconhece o citado autor que os primeiros direitos sejam de caráter negativo, que implicam em garantias que salvaguardam as pessoas contra o poder estatal institucionalizado.

Tais liberdades públicas, em sentido amplo, poderiam indicar também direitos à prestações positivas pelo Estado. É como esclarece o Ministro José Celso de Mello Filho:

As liberdades públicas constituem limitações jurídicas ao poder da comunidade estatal. Pertinem ao homem: a) enquanto pessoa humana (são as liberdades clássicas ou negativas); b) enquanto pessoa política (é a liberdade-participação, fundamento da ordem democrática) e; c) enquanto pessoa social (são as liberdades positivas, também denominadas liberdades reais ou concretas). São 3 (três), portanto, as dimensões em que projetam as liberdades públicas: 1) dimensão civil (liberdades clássicas); 2) dimensão política (liberdade – participação) e; 3) liberdade social (liberdades concretas: direitos econômicos e sociais).⁷

De todo modo, percebe-se que os direitos fundamentais, além de imporem abstenções ao Estado no que se refere às liberdades em sentido estrito, conferem à pessoa o direito de exigir prestações positivas do Estado, sem as quais, os direitos não podem ser totalmente usufruídos.

Sejam os direitos fundamentais encarados como direitos subjetivos, sejam como princípios objetivos da ordem constitucional, decorrente da

⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 422/423.

⁷ MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed. p. 320.

condição social da pessoa, sua atual fase de evolução permite identificar a presença de três características elementares como anotado por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins: o primeiro é o Estado, pois, sem a existência de uma estrutura de poder capaz de controlar determinado território e impor suas decisões, os direitos fundamentais careceriam de relevância prática, tornando-se inexigível qualquer rol de direitos; o segundo o indivíduo, considerado como elemento próprio, protagonista do arranjo político e não como mero membro de uma coletividade, no contexto social do grupo e, o terceiro, a presença do texto escrito e vigente no território do Estado, como texto normativo regulador da relação entre Estado e indivíduos, “desempenhado pela Constituição no sentido formal, que declara determinados direitos fundamentais”⁸ reconhecidos e presentes com status de norma dotada de superioridade.

2.1 AS GERAÇÕES OU DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS

É fora de dúvida a relevância que a temática dos direitos fundamentais assume nas sociedades contemporâneas. O direito evolui na medida da evolução do próprio corpo social que exige, a cada momento, novas reflexões sobre a perfeita identificação dos direitos, sua eficácia, seu alcance e os efeitos que produzem no seio social, envolvido em determinada realidade factual.

⁸ Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 21/23.

E, a história bem demonstra como os direitos fundamentais foram, passo a passo, encontrando ambiente para serem reconhecidos e consagrados e continuam a evolução, de gerações em gerações.

As conquistas representadas em cada uma das gerações são patrimônios de toda a humanidade e juntamente com a história continuarão a se desenvolver paulatinamente.

Registre-se que a própria nomenclatura utilizada na designação das sucessivas fases de implementação constitucional dos direitos fundamentais é variada. Paulo Bonavides utiliza o termo “gerações”, referindo-se à inserção, passo a passo, no direito positivado dos Estados, em gerações que se sucedem no tempo, “num processo cumulativo e quantitativo”⁹.

Todavia, encontram-se na doutrina reservas à utilização do termo gerações, o que poder implicar numa falsa ideia de que uma geração substituiria a outra, ocupando o seu lugar. André Ramos Tavares¹⁰ e Ingo Wolfgang Sarlet¹¹, por isso, preferem a expressão “dimensão” de direitos fundamentais. A expressão dimensão, todavia, não escapa de críticas, fundamentadas no argumento de que dimensão poderia estar a indicar mais de um elemento do mesmo fenômeno, quando, em verdade, os direitos fundamentais podem ser encontrados com características específicas, capazes de permitir estudo em espécies próprias de

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 563

¹⁰ TAVARES, André Ramos, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 2007, p. 426.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 55

direitos. Daí a sugestão de tratamento feita por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins¹², que preferem apontar espécies ou categorias de Direitos Fundamentais.

Seja como for, segura é a percepção de que os direitos fundamentais foram implementados aos poucos, no curso da história dos povos e dos Estados, sendo possível perceber uma sequência no surgimento dessas diversas categorias ou dimensões de direitos.

Os primeiros direitos fundamentais foram os de caráter negativo, que emergiram no Estado liberal. Podem ser referidos o direito contra a prisão arbitrária, de liberdade de religião, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo de correspondência. Tais direitos são categorizados como direitos de liberdades individuais (de profissão, de disponibilidade patrimonial). Integram também essa dimensão os direitos de liberdade política como, por exemplo, de associação, de reunião, opinião, direito ao voto, entre outros.

No Estado de Virgínia, no ano da declaração de independência das treze colônias americanas da Inglaterra, mais precisamente em 12 de junho de 1776, a “Declaração de Direitos” (Bill of rights) reconheceu direitos como liberdade, à igualdade, à propriedade, à liberdade de religião e de imprensa, entre outros direitos individuais, marcadamente liberais. Entretanto, a própria Constituição Federal dos Estados Unidos de 1787 não tratava, na origem, desses direitos o que apenas em 15 de dezembro de 1791 ocorreu, com a ratificação das primeiras Emendas

¹² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 36.

Constitucionais, quando então, estavam proclamados direitos à liberdade religiosa, à segurança, à propriedade individual, à livre manifestação do pensamento¹³.

Como afirma Fábio Konder Camparato, “na concepção dos Pais Fundadores dos Estados Unidos, a soberania popular acha-se, assim, intimamente unida ao reconhecimento de ‘direitos inalienáveis’ de todos os homens, ‘entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade’¹⁴. Esclareça-se que a expressão “direitos inalienáveis” está intimamente relacionada à concepção jusnaturalista, na medida em que pressupõe o reconhecimento de direitos que decorrem da natureza humana.

Na mesma época, na Europa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada em 2 de outubro de 1789 também reconhece direito à liberdade, igualdade, propriedade, segurança, de resistência à opressão e outras garantias.

A partir desses fatos políticos e históricos, consolidaram-se nesses ambientes e proliferaram-se os direitos de liberdade civis e políticas, com ênfase aos direitos à própria vida, à liberdade, igualdade e propriedade, além das liberdades de expressão e de participação nas atividades políticas desenvolvidas na sociedade.

¹³ Camparato, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. Editora Saraiva, 7ª edição, 2010, p. 115/118.

¹⁴ *Ibidem*, p. 119.

Sem dúvida, são conquistas dos povos que merecem destaque, extraídas de situações de turbulência institucional e revolucionária na América do Norte e na França, em movimentos contrários aos excessos de poderes concentrados nas mãos de monarquias absolutas. Não há dúvida de que foram reações à ação desmedida de governos absolutos para preservação do indivíduo. Como afirma Flávia Piovesan¹⁵, os direitos civis e políticos são uma herança liberal patrocinada pelos EUA.

Identificados como de segunda dimensão, os direitos sociais, diretamente relacionados com os direitos econômicos, tem por fim a garantia dos meios materiais necessários à efetivação dos direitos individuais. Nesse contexto, o Estado já não é o agressor e o opressor do indivíduo. A configuração do Estado está a colocá-lo na condição de quem é obrigado a satisfazer certos direitos ou necessidades da coletividade¹⁶.

Como afirma André Ramos Tavares:

O que essa categoria de novos direitos tem em mira é, analisando-se mais detidamente, a realização do próprio princípio da igualdade. De nada vale assegurarem-se as clássicas liberdades se o indivíduo não dispõe de condições materiais necessárias a seu aproveitamento. Nesse sentido, e só nesse sentido, é que se afirma que tal categoria de direitos se presta como meio para propiciar o desfrute e o exercício pleno de todos os direitos e liberdades. Respeitados os direitos sociais, a democracia acaba fixando os mais sólidos pilares.¹⁷

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Desenvolvimento Histórico dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988*. In *Retrospectiva dos 20 Anos da Constituição Federal*. AGRA, Walber de Moura (coordenador). São Paulo : Saraiva, 2009, p. 26

¹⁶ TAVARES, André Ramos, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 5ª ed. 2007, p. 428.

¹⁷ TAVARES, André Ramos, *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 429.

Com abordagem distinta, mas analisando o mesmo objeto, definem Dimitri Dimoulis e Leonardo Martis:

A categoria dos direitos de *status positivus*, também chamados de direitos 'sociais' ou prestações, engloba os direitos que permitem aos indivíduos exigir determinada atuação do Estado, no intuito de melhorar suas condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo as liberdades de *status negativus*.¹⁸

De terceira dimensão são direitos com feição coletiva ou difusa, não destinados à satisfação de necessidades do indivíduo ou mesmo uma determinada coletividade. Voltam-se sim à preservação do ambiente saudável, da proteção do patrimônio comum dos povos e ultrapassam os limites territoriais do Estado para tutelar interesses da humanidade, mas embora extrapolem os interesses desta ou daquela sociedade em particular, acabam recebendo referência e tratamento constitucional, como ocorre no artigo 225 da Constituição brasileira de 1988.¹⁹

De certo modo são direitos que, reconhecidos e respeitados, não apenas no plano de ação governamental interna, garantirão o desfrute dos direitos individuais, políticos e até mesmo sociais.

¹⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 57.

¹⁹ FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Método, 3ª ed., 2008, pág. 204.

É a partir desses direitos fundamentais de terceira dimensão que se nota o fenômeno da internacionalização dos direitos humanos como circunstância necessária à efetiva salvaguarda por eles pretendida²⁰.

Paulo Bonavides²¹ faz referência a direitos humanos de quarta geração caracterizados pela ideia de globalização política e direito à democracia, ao pluralismo político. Essa construção teórica é relativamente recente e ainda não conta com a concordância maciça da doutrina especializada. André Ramos Tavares a eles se refere com conotação diversa como integrantes da quarta dimensão.

No particular, parece mais acertado, para manter a estrita coerência com o critério de identificação das demais dimensões (e a própria ideia de dimensão), falar na quarta dimensão, de uma diferenciação de tutela quanto a certos grupos sociais, como, por exemplo, as crianças e os adolescentes, a família, os idosos, os afro-descendentes etc. Enquanto os direitos de participação democrática poder-se-iam reconduzir aos clássicos direitos políticos, presentes desde os direitos de primeira dimensão, estes direitos não deixam de ser direitos já existentes, mas que sofrem não um alargamento (extensão) de conteúdo, senão uma diferenciação qualitativa quando aplicados a certos grupos.²²

Nota-se, portanto, que os direitos fundamentais evoluíram no curso da história. Estão em mutação constante, sofrendo, inclusive retrocessos eventuais e não desejados, mesmo porque estão inseridos em “categoria materialmente aberta e mutável”²³, compondo no Estado contemporâneo, um rol de normas positivadas pelas constituições a englobar valores fundamentais das sociedades a que se referem.

²⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997, v. 1.

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 11ª edição, págs. 524/525.

²² TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, 5ª ed., 2007, pág.431.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 10ª ed. 2009, pág. 61.

Nesse sentido, a lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição) a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, de ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir de forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunha material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo.²⁴

Sem dúvida, os direitos fundamentais, conquanto integrantes do conjunto normativo positivado em determinado Estado, encerram valores jurídicos. Não são encontrados além dos marcos constitucionais, mas precisamente nos textos das Constituições, carregadas de carga inegavelmente axiológica. Portanto, não são fenômenos extrajurídicos, embora resultado da evolução histórica e cultural da sociedade.

Pietro Alarcón reconhece e expressa esse fenômeno jurídico:

Admita-se, então, que o Direito é um fenômeno com memória – a que se entrelaça a fatos e episódios marcantes da Humanidade – construído em um momento determinado da vida social, na perspectiva de resolver conflitos e melhorar as condições existenciais do ser humano, conduzindo-o a seu bem-estar.

O sentido atual e atuante do Direito deriva da aliança entre essa historicidade que lhe é própria e a reprodução dos valores sociais. Com efeito, as sucessivas modificações valorativas com relação ao que deve ou não ser aceito socialmente, podem tornar supérfluo todo

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Cit., pág. 70.

ou parte de um conjunto normativo através do qual se revele ou apresente o Direito.²⁵

Todavia, apesar dos contextos histórico e cultural serem responsáveis pela maior ou menor avanço do direito, inegável que as concepções jusnaturalistas muito contribuíram para o desenvolvimento e a evolução dos Direitos Fundamentais.

Realmente, a doutrina jusnaturalista foi de extrema importância para o reconhecimento e desenvolvimento dos direitos fundamentais. A partir do pensamento de São Thomás de Aquino, evoluiu a concepção da igualdade dos homens perante Deus e a existência do Direito Natural como “expressão da natureza racional do homem.”²⁶

Sarlet ressalta que “foi justamente na Inglaterra do século XVII que a concepção contratualista da sociedade e a idéia de direitos naturais do homem adquiriram particular relevância, e isto não apenas no plano teórico, bastando, neste particular, a simples referência às diversas Cartas de Direitos assinadas pelos monarcas desse período.”²⁷

Segundo afirma o Professor Luís Pietro Sanchís, “Os direitos fundamentais, como categoria ética, cultural e histórica – quer dizer – pré-jurídica -, não constituem uma concepção fechada e acabada dos ordenamentos positivos que

²⁵ LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Ciência Política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade*. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, pág. 35.

²⁶ SARLET. Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Livraria do Advogado: Porto Alegre. 2009. P. 38.

²⁷ SARLET. Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Livraria do Advogado: Porto Alegre. 2009. P. 39.

só podem aceitá-los ou rejeitá-los no todo, mas sim num conceito aberto a diferentes concepções e desenvolvimentos.”²⁸

Sem desconhecer a unidade que encerra os direitos fundamentais, não obstante a percepção de que se desenvolveram e continuam a evoluir em gerações, dimensões, espécies ou categoriais identificáveis, nos interessam, de perto, como objeto específico deste trabalho, os direitos fundamentais de segunda dimensão, conhecidos como Direitos Sociais, especificamente, aqueles marcados com o rótulo de direitos sociais positivos, a exigir do Estado o oferecimento de prestações aos destinatários credores.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Os direitos sociais, já apontados como de segunda dimensão, podem ser caracterizados, numa primeira aproximação, como aqueles que exigem do Estado alguma atuação positiva, como necessária à implementação dos valores fundamentais consagrados na Constituição, inclusive, ações materialmente voltadas à efetivação das liberdades públicas.

²⁸ PIETRO SANCHIS, Luis. “*Derechos Fundamentales*” em Garcón Valdés, Ernesto y Laporta, F.J. (comp) *El Derecho y La Justicia*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Trotta, Madrid, 1996: los derechos fundamentales, como categoria ética, cultural e histórica – es decir – prejurídica-, no constituye una concepción cerrada y acabada que los ordenamientos positivos tan solo pueden acoger o rechazar em su totalidad, sino más bien um concepto abierto a distintas concepciones y desarrollos.

O constitucionalismo social incorporou, ao longo da evolução das sociedades organizadas e de suas constituições, cláusulas programáticas com conteúdo econômico e social.

A Constituição Mexicana de 1917 é, sem dúvida, antecedente fundamental nesse quadro. Carlos Miguel Herrera²⁹ a ela se reporta como verdadeira certidão de nascimento da constitucionalização social.

Vislumbrando o mesmo autor, nos debates travados pelos constituintes mexicanos, a consciência de que a proposição inclusiva de cláusulas tradicionalmente consideradas como regulamentares em matéria de direito do trabalho e de organização econômica extrapolavam as tradicionais teorias da ciência do direito e citando manifestação de Rouaix, presidente das Comissões encarregadas de redigir os artigos que tratavam daqueles direitos, pronunciou:

Assim como a França, depois de sua revolução, teve a honra de consagrar na primeira de suas cartas magnas os imortais direitos do homem, assim a Revolução Mexicana terá o orgulho legítimo de mostrar ao mundo que é a primeira a consignar em uma Constituição os sagrados direitos dos trabalhadores.³⁰

Alguns anos mais tarde, a constitucionalização do Estado Social é desenvolvida na Assembleia de Weimar e na Constituição Alemã de 1919, com a consagração de direitos de alguns grupos sociais como família, juventude, menores,

²⁹ HERRERA, Carlos Miguel. *Estado, Constituição e Direitos Sociais in Direitos Sociais, Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Lumen Juris Editora, 2010, p. 13

³⁰ *Ibidem*.

mães e funcionários públicos, com expressa menção aos direitos à educação e moradia e o respeito a um conjunto de direitos econômicos e dos trabalhadores.³¹

Uma nova onda da constitucionalização social surge após a Segunda Guerra Mundial, com um novo modelo de Estado intervencionista. A Constituição Italiana de 1947, por exemplo, contemplou amplamente os direitos sociais, incluindo um “direito ao trabalho” (art. 4º).

A Lei Fundamental de Bonn, fez expressa referência à proteção da família (art. 6º), proclamando nos artigos 20 e 28 o princípio do “Estado Social” a condicionar a interpretação dos direitos individuais à luz produzida pelo princípio da igualdade.

A Constituição Francesa de 1946, ao menos no preâmbulo, fez referência aos direitos sociais sob a forma de “princípios particularmente necessários a nosso tempo”. E, embora inicialmente refratário, o Conselho Constitucional Francês acabou evoluindo para o reconhecimento da força normativa dos direitos sociais mencionados no preâmbulo da Constituição.³²

Portugal, com a Constituição de 1976, é exemplar dos mais ambiciosos na constitucionalização dos direitos sociais, seguido, em 1978, pela Constituição Espanhola, pouco menos ousada, mas com referência aos “princípios

³¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997, v. 1.

³² *Ibidem*.

rectores”, valendo mencionar o artigo 1º, inciso 1, ao proclamar que “a Espanha é um Estado Social e Democrática de Direito”.

A Constituição brasileira (1988), a Colombiana (1991) e a Paraguaia (1992), seguiram os mesmos passos e consagram em seus textos os direitos sociais o que, inevitavelmente, provocou a necessidade de rever o posicionamento do Estado diante dessas novas exigências e de levá-lo a efetivar essas pautas sociais que imprimem um novo modo de ação estatal.

Diante da nova realidade constitucional, impõe-se a análise do que são, efetivamente, esses direitos sociais.

Como afirmado por André Ramos Tavares, são direitos sociais “que visam a oferecer meios materiais imprescindíveis à efetivação dos direitos individuais.”³³

Para José Afonso da Silva, direitos sociais podem ser conceituados como:

prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.³⁴

³³ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 5ª ed. 2007, pág.428.

³⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, pag. 289-90.

Não se trata mais e apenas de garantir a liberdade das pessoas. Esses direitos projetam-se para além da preocupação com o arbítrio do Estado para alcançar, como afirmam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior “um patamar mais evoluído”³⁵ e numa nova forma de proteção à dignidade das pessoas, buscando a satisfação das necessidades materiais e intelectuais como algo imprescindível para garantia da dignidade humana.

Pode-se dizer que são direitos tendentes à melhoria das condições de vida digna na sociedade juridicamente organizada que, consagrados pela positivação constitucional, podem ser exigidos do Estado, obrigado ao planejamento, criação e desenvolvimento de políticas públicas voltadas à diminuição das desigualdades sociais e ao resgate das mínimas condições de vida digna. Na feliz expressão utilizada por Sarlet, “os direitos sociais podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social.”³⁶

Embora de cunho social, importante consignar que os direitos aqui referidos mantêm-se individualizados e caracterizados como direitos públicos subjetivos. Nesse particular o escólio de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem “a exemplo dos direitos de primeira dimensão, também os direitos sociais (tomados no sentido amplo ora referido) se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão.”³⁷

³⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 93.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Livraria do Advogado, 10ª edição, 2009, p. 48.

³⁷ *Ibidem*.

Gilmar Mendes, tratando dos direitos fundamentais e do controle de constitucionalidade, esclarece que “a moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor de pretensão a prestações por parte do Estado.”³⁸

Os mesmos direitos fundamentais sociais positivos foram objeto de estudo por parte de Alexy, que a eles se refere como “direito a algo” ou “direito a ações positivas”³⁹, encontrados em dois grupos, o primeiro consistente em ações fáticas e o segundo em ações normativas, exemplificando como sendo do primeiro grupo a pretensão do cidadão ao direito a uma vaga na universidade e do segundo, a um ato estatal de criação de normas, o direito às normas de proteção penal ao nascituro, cujo âmbito de intervenção foi deixado em aberto pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão.

Possível afirmar que o Estado, em face dos direitos sociais, não está apenas na contingência de não intervir na esfera do domínio jurídico dos indivíduos, mas também vocacionado, ao menos juridicamente, a criar as condições materiais e normativas para o efetivo exercício dos direitos fundamentais.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Editora Saraiva, 3ª edição, 2009, p. 6.

³⁹ ALEXY, Robert. Tradução, Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Malheiros Editores, 2008, p. 201.

J. J. Gomes Canotilho, revisitando o tema, em recente trabalho, delinea bem a tormentosa questão:

O nosso objectivo era recortar uma *posição jurídico-prestacional* com a mesma densidade jurídico-subjectiva dos direitos de defesa. No entanto, e embora tenha sido reconhecido que o Estado, os poderes públicos e o legislador estão vinculados a proteger e a garantir prestações existenciais, a doutrina e a jurisprudência abraçaram uma posição cada vez mais conservadora: (i) as prestações existenciais partem do mínimo para uma existência minimamente condigna; (ii) são consideradas mais como dimensões de direitos, liberdades e garantias (direito à vida, direito ao desenvolvimento da personalidade, direito ou princípio da dignidade da pessoa humana) do que como elementos constitutivos de direitos sociais; e (iii) a posição jurídico-prestacional assenta primariamente em *deveres* objectivos, *prima facie* do Estado, e não em direitos subjectivos prestacionais derivados directamente da constituição.⁴⁰

Pelo que se nota, não tem sido fácil a tarefa de delimitar o alcance, o sentido, o conteúdo dos direitos sociais prestacionais (saúde, educação, moradia, alimentação, assistência social), especialmente no que se refere à efetividade e concretização das normas constitucionais independentemente de decisão política legitimada pela representação popular.

O relevante fato das Constituições consagrarem tais direitos não implica, necessariamente, que reúnem todas as condições para efetividade. Muitos desses direitos exigem mais do que normas constitucionais. Exigem atuação política e jurídica do Estado no sentido apontado pela Constituição. Mas quando? De que forma? Por decisão de quem? São perguntas que ainda desafiam os estudiosos.

⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. O Direito constitucional como ciência de direção – O núcleo essencial de prestações sociais da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social” in Direitos Fundamentais Sociais. J. J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correa e Érica Paula Barcha Correia (coordenadores), Saraiva: São Paulo, 2010, pág. 12.

2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

No direito positivo brasileiro os direitos sociais, estão assentados no comando nuclear do artigo 6º, que expressa:

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

Percebe-se do enunciado normativo que não se tratam de direitos que impõe ao Estado um comportamento negativo. Efetivamente, de liberdades subjetivas ou políticas não se tratam. Tem por objeto uma conduta positiva do Estado, um fazer, um agir no sentido de possibilitar aos membros da sociedade o desfrute dos resultados decorrentes das prestações concretas necessárias para tanto.

São direitos que tutelam os menos favorecidos e buscam proporcionar condições dignas de vida aos seus destinatários, com a tendência de concretizar a igualdade real entre os membros da sociedade. E, referida tutela impõe ao Estado as chamadas “prestações positivas”, vez que revelam um fazer estatal, por seus órgãos, por meio de atividades materiais e normativas.

Objetivam, pois, garantir melhor qualidade de vida com acesso à educação, à saúde, ao trabalho, lazer, moradia, segurança, alimentação, previdência

e assistência social, proteção à infância, aos idosos, à maternidade e a todos que necessitam de assistência estatal em razão de sua condição desfavorável.

Como esclarecem Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, “os direitos sociais, como os direitos fundamentais de segunda geração, são aqueles que reclamam do Estado um papel prestacional, de minoração das desigualdades sociais.”⁴¹

André Ramos Tavares, da mesma forma, define-os como direitos de segunda dimensão, “que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante na implementação da igualdade social dos hipossuficientes.”⁴²

Como já afirmado, a Constituição brasileira de 1988, indica, no artigo 6º, de maneira genérica e abstrata, os direitos sociais a merecer especial tutela estatal, sendo possível identificar a categorização, que a própria Constituição imprime a esse tipo de direito como: 1) Direitos sociais dos trabalhadores, individuais e coletivos (artigos 7º, 8º e 9º); 2) Direitos sociais da seguridade social que, por sua vez, compreendem o direito à saúde, à assistência e previdência social; 3) Direitos sociais de natureza econômica; 4) Direitos sociais de cultura e, 5) Direitos sociais de segurança.

⁴¹ ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES FILHO, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 178.

⁴² TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 5ª ed. 2007, pág. 737.

Em todos os casos, exigir-se-ão do Estado prestações materiais e normativas que podem ou não estar pré-definidas, ao menos em parâmetros básicos, no próprio texto constitucional. E, a análise individualizada de alguns desses direitos, proporcionará o suporte necessário para posterior verificação do planejamento e execução de políticas públicas e da possibilidade da sindicabilidade judicial dessas mesmas políticas, antes mesmo de serem editadas e, se já foram, de seu alcance e conteúdo.

2.3.1 DIREITO SOCIAL À SAÚDE

No caso do direito social à saúde, a Constituição brasileira, além do comando central posto no artigo 6º, disciplina no artigo 196 que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Nota-se da leitura do mencionado artigo 196 que o acesso às ações comprometidas com a prevenção, recuperação e promoção da saúde deve ser franqueado a todos. É universal. Essa mesma característica está presente logo no artigo 2º, da Lei 8.080/90, que instituiu o Sistema Único de Saúde no Estado brasileiro. Assim, qualquer pessoa, independentemente de quaisquer condicionamentos, pode ser beneficiária das atividades desenvolvidas pelo Estado na área da saúde.

Pode-se afirmar, da análise da prescrição normativa constitucional que a implementação do direito social dar-se-á por intermédio de políticas públicas que, ao menos em princípio, estarão sob a ação do legislador e de sua função própria a ser exercida a partir de ações fixadas materialmente no texto da Constituição. Com apego ao direito social à saúde e à título de ilustração, vale a menção à disciplina detalhada do Sistema Único de Saúde no artigo 198, com indicação, inclusive, do mínimo de gastos a serem aplicados nesses programas pelas entidades públicas que integram a Federação e as diretrizes básicas a serem seguidas na implementação desses direitos, como a descentralização das atividades por todos os níveis de governo, com direção única em cada um; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; participação da comunidade.

A Constituição, por outro lado, preocupou-se com o financiamento do Sistema Único de Saúde, com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito federal e dos Municípios, sem prejuízo de outras fontes.

Nota-se, dessa forma, que o direito social à saúde recebeu tratamento específico e detalhado na própria constituição, disciplinando as bases para o desenvolvimento de política pública constitucionalmente adequada, das quais, nem o legislador, nem o administrador podem se afastar.

Em outras palavras, o direito social à saúde tem parâmetros fixados diretamente pela Constituição, cabendo ao legislador e administrador, na esteira do que foi pré-determinado, implementar as atividades que dão efetividade às normas constitucionais. Ressalte-se, pois, que esse direito social está definido, em detalhes, na própria norma constitucional, presente com densidade normativa que permite identificar suas características principais e necessárias.

A Constituição brasileira, portanto, antecipou-se à atuação legislativa infraconstitucional para fixar, de modo denso e efetivo, os parâmetros da política pública a ser desenvolvida para implementação do direito social à saúde, diminuindo, sobremaneira, a margem de discricionariedade e de escolhas políticas por parte do legislador e do administrador público.

Ainda assim, resta uma gama considerável de decisões a serem tomadas no plano infraconstitucional a fim de determinar-se, por exemplo, que espécies de ações preventivas devem ser tomadas ou quais os parâmetros técnicos científicos deverão ser seguidos para o direcionamento dos serviços ou ainda, quais critérios para integrar os vários níveis de atuação governamental para racionalização da atividade, já que participam do mesmo sistema as três esferas de atuação política da Federação brasileira. São, certamente, questões a serem resolvidas com planejamento, estudos e decisões que não estão na própria Constituição e que exigirão uma intensa atuação do Poder Legislativo e Executivo, nas áreas afetas à matéria.

2.3.2 DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO

Citando Canotilho, André Ramos Tavares afirma ser “praticamente um truísmo o afirmar que o nível de ensino de certa sociedade constitui um pressuposto dos direitos fundamentais, o que realça a importância do direito fundamental à educação.”⁴³

Democracia exige conhecimento. Não há poder institucionalizado que não se exerça “em público”, com acentuou Norberto Bobbio:

O poder autocrático dificulta o conhecimento da sociedade; o poder democrático, ao contrário, enquanto exercido pelo conjunto dos indivíduos aos quais uma das principais regras do regime democrático atribui o direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, o exige. O cidadão deve “saber”, ou pelo menos deve ser colocado em condição de saber. Ainda que com uma certa ênfase, atribui-se à ciência política, no momento do seu nascimento, em um momento de entusiasmo iluminista, que hoje em parte se apagou, até mesmo a tarefa da ‘educação para cidadania’.⁴⁴

Não há grandes possibilidades, para não dizer qualquer uma, de desenvolvimento humano e social sem que esteja, ao menos em alguma medida, lastreada na educação dos membros que compõem determinada sociedade. Por isso, inquestionável que o direito à educação é direito fundamental que auxilia, inclusive, na concretização e fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

⁴³ TAVARES, André Ramos. *Direito Fundamental à Educação. Direitos Sociais*, SOUZA NETO, Cláudio Pereira e Sarmiento, Daniel (coord), Lumen Juris Editora: Rio de Janeiro, 2010, pág. 771.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. 13ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, págs. 392-393.

É, sem dúvida, um dos principais instrumentos criados pelo Direito para o combate à desigualdade econômica e social que marca Estados como o brasileiro e para concretização de valores previstos na Constituição Federal de 1988 (art. 3º) que consagra, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre outros, construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Perceptível, pois, a enorme importância da educação como direito fundamental, assegurado pela Constituição brasileira que, além da disposição posta no artigo 6º, já mencionado, dela tratou, nos contornos básicos, nos artigos 205 a 214.

Tais dispositivos constitucionais são as bases do direito à educação no Brasil consagrando que “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” (art. 205). Ademais, registram os seguintes princípios que deverão ser observados: “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino e; gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais” (art. 206).

Na sequência, a Constituição passa a especificar o tipo de educação e a forma de oferecê-la à sociedade, chegando a referir-se ao acesso à educação obrigatória como direito subjetivo público. Tudo a depender, por certo, da criação e desenvolvimento de políticas públicas, que permitirão o oferecimento de ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurando-se, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; progressiva universalização do ensino médio gratuito; atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Também foram fixadas regras de competência, definindo-se quais ações devem ser capitaneadas pela União, pelos Estados e Distrito Federal e Municípios (art. 211) e, finalmente, disposições que garantem que a União deve aplicar, anualmente, no mínimo de dezoito da receita resultante da arrecadação dos impostos, enquanto os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, da mesma forma, não poderão deixar de aplicar, no mínimo, vinte e cinco por cento da arrecadação dos impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Portanto, da mesma forma como constatado em relação ao direito social à saúde, o direito à educação mereceu tratamento detalhado na própria Constituição, restando, naturalmente, a adoção das medidas, legislativas e materiais, necessárias à implementação daquilo que fora previsto na norma constitucional, a exigir, também políticas públicas voltadas à consecução desse direito.

Trata-se, pois, de Direito Social com típica feição prestacional, vez que exige do Estado algo a oferecer a todos, em condições de igualdade, lembrando, ademais que não há, na Constituição brasileira cláusula de exclusividade no oferecimento material das atividades educacionais, já que foi facultada à iniciativa privada, desde que atendidas as exigências de autorização e fiscalização pelo Poder Público e as diretrizes fixadas nacionalmente para a educação.

2.3.3 DIREITO SOCIAL À MORADIA

Incluído no rol do art. 6º, da Constituição Brasileira pela Emenda Constitucional nº 26/2001, o direito à moradia é mais um direito social de cunho positivo que, ao lado dos outros, tem a função de garantir condições dignas de vida aos membros da sociedade.

Grandes são os problemas e as carências enfrentadas pela sociedade brasileira nas cidades, sobretudo após o processo de industrialização que trouxe um enorme contingente de pessoas antes radicadas no campo, para a

cidade. Esse processo de crescimento populacional nas cidades, desordenado e sem preocupações urbanísticas, aliada à falta de infraestrutura e especulação imobiliária pela iniciativa privada, provocou o deslocamento dessas pessoas para as periferias e locais afastados, muitas vezes, sem mínimas condições básicas e de segurança.

Essas circunstâncias já mostram os enormes desafios a serem enfrentados pela sociedade e pelo Estado para garantir, minimamente, a utilização adequada, justa e democrática das áreas urbanas.

Mas, apesar da importância do tema e da grandiosidade dos problemas, diferentemente do que ocorreu com a normatização constitucional dos direitos à saúde e à educação, o direito à moradia não mereceu mais do que a menção no artigo 6º, sem quaisquer preceitos que possam permitir uma mínima diretriz constitucional acerca do tema. Para não dizer que nada mais previu o legislador constituinte, registrou, ser de “competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” (art. 23, IX, CF/1988).

Poder-se-ia dizer também que, de modo tangencial, estaria abarcado pelo artigo 7º, da Constituição Brasileira, quando faz referência aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais e especificamente ao direito a um "salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas

necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim".

Também de forma indireta, o direito à moradia está a amparar a aquisição da pequena área urbana, quando o possuidor utiliza o imóvel como sua morada, pelo prazo ininterrupto de cinco anos, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural (art. 183 CF/1988).

Nada mais além disso.

E, da falta de contornos constitucionais, surgem logo as primeiras dúvidas e dificuldades no que se refere ao sentido e alcance do dispositivo constitucional, quando e se poderá ser exigido do Poder Público e de que modo conforma e condiciona a elaboração das políticas públicas voltadas à satisfação desse direito.

Quanto maior o nível de abstração da previsão constitucional, proporcionalmente mais amplo será o espaço para a discricionariedade da decisão política definidora das atividades públicas necessárias à efetivação das ações. Vale dizer, quanto menor a densidade normativa do texto constitucional que se limita a fazer vagas referências aos direitos de que tratam, maior as possibilidades de atuação do legislador na criação e, em seguida, do Poder Executivo, na execução

das políticas públicas. A entrega dos direitos, vagamente positivados, demandará estudos técnicos, planejamento e decisão política para criação e estruturação das políticas públicas, gestadas, planejadas, implantadas e desenvolvidas de forma racional e inclusiva.

2.3.4 DIREITO SOCIAL À ALIMENTAÇÃO

Direito social inserido no art. 6º da Constituição Brasileira pela Emenda Constitucional nº 64/2010, o direito à alimentação é, sem dúvida, o que contém menor densidade normativa-constitucional própria, sendo encontrado ao lado de outros temas não menos importantes.

É direito diretamente relacionado à própria vida, pressuposto para o exercício dos demais direitos fundamentais. O próprio desenvolvimento da personalidade de cada um depende das suas condições nutricionais.

É nítida proximidade desse direito com outros, previstos na Constituição Brasileira de 1988 e com ele relacionados. É o que ocorre, por exemplo, no art. 227 do texto constitucional que determina ser “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Da mesma forma, referindo-se aos direitos dos trabalhadores (at. 7º) e dos parâmetros para fixação do valor do salário mínimo nacional, exigindo que seja “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.”

Também a segurança da alimentação foi objeto da preocupação do legislador constituinte, necessária ao completo desfrute do direito e garantida por norma constitucional inserida no artigo 200, da CF/1988 que dispõe ser de competência do Sistema Único de Saúde “fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano.”

Nota-se, pois, que o arcabouço constitucional não vai além desses dispositivos, impedindo-se vislumbrar-se desde logo, de que modo e por meio de quais políticas públicas o direito à alimentação deverá ser concretizado no plano material.

Evidencia-se, pois, nessa quadra, que há direitos sociais definidos em detalhes pela Constituição. É o caso do direito à saúde e educação. Outros, também com feição de direitos sociais, não receberam da mesma Constituição tratamento idêntico. Exemplo disso é o direito social à alimentação ou moradia. Há normas constitucionais densas que estabelecem, em pormenores, os

direitos sociais, antecipando as diretrizes básicas para o exercício desses direitos. Outras disposições não chegam a definir os direitos, nem mesmo seus contornos básicos e podem ser referidas como normas com baixa densidade normativa. Estas, pelo nível de abstração, demandam atuação legislativa intensa a bem definir o conteúdo e os contornos do direito, como condição necessária à criação e oferecimento de políticas públicas.

3. OS DIREITOS SOCIAIS NO DIREITO ESTRANGEIRO

3.1 DIREITOS SOCIAIS EM PORTUGAL

A evolução e o desenvolvimento dos direitos fundamentais em gerações, dimensões ou categorias não é fenômeno local, mas histórico e generalizado, sendo possível encontrá-los, com algumas notas particularizadas, no direito estrangeiro.

Na Constituição Portuguesa de 1976, é notável a identificação dos direitos de liberdade e dos direitos sociais. Foi opção clara do legislador constituinte bem distinguir os direitos, liberdades e garantias dos direitos econômicos, sociais e culturais.

As dimensões de liberdade dos direitos de primeira geração são nítidas quando, inseridas no Título II, expressamente denominado de “Direitos, Liberdade e Garantias”, dividido em três capítulos, a saber: 1) Direitos, liberdades e garantias pessoais; 2) Direitos, liberdades e garantias de participação política; e 3) Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores.

Por outro lado, os Direitos Fundamentais de cunho econômico, social e cultural, são tratados no Título II, denominado como Direitos e Deveres Econômicos, sociais e Culturais. Os Econômicos regulados no Capítulo I, os Sociais no Capítulo II e, finalmente, os Culturais no Capítulo III.

Essa sistematização permite perceber que o direito à educação tanto se apresenta com a feição de direito de liberdade como direito social prestacional. O artigo 43 da Constituição Portuguesa garante a liberdade de ensinar e de aprender, assegurando-se, ademais, por proibição expressa, que o Estado não programará a educação e a cultura segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas. Não há como não reconhecer, nesse aspecto, a imposição de limites à atuação estatal que deve abster-se de práticas que podem, em tese, agredir a liberdade das pessoas.

Por outro lado, o mesmo tema, educação, recebe tratamento com dimensão social, quando o artigo 74, da Constituição Portuguesa expressa que “Todos têm direito ao ensino com garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar”, com comando normativo que determina as diretrizes a serem seguidas na realização da política de ensino que incumbe ao Estado.

A opção do constituinte português é, inicialmente, questão de sistematização o que, por si só, não provoca maiores dificuldades ou problemas de compreensão. O que mais chama a atenção e provoca debates, é o fato da Constituição Portuguesa também ter previsto um “regime jurídico” próprio para os Direitos de Liberdade, no artigo 17, dispondo que “O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga”.

E, referido regime jurídico, no que toca à força jurídica, é disciplinado pelo artigo 18, no item 1, assim redigido: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”

Tais dispositivos geram todo tipo de especulação, mas independentemente de identificar a melhor solução, a dificuldade de perfeita compreensão dos direitos fundamentais e do seu regime jurídico-constitucional é evidente. Cristina Queiroz⁴⁵, tratando do tema destaca o que foi afirmado:

Um dos problemas com que se defronta o constitucionalismo actual, no plano nacional, tem a ver com a dicotomia entre os ‘direitos, liberdades e garantias’ e os ‘direitos económicos, sociais e culturais’. Essa dicotomia (ou ‘dualismo’), que encontra apoio implícito no texto constitucional, posto que os direitos económicos, sociais e culturais, ou genericamente, os ‘direitos fundamentais sociais’, ainda que expressamente qualificados de *direitos fundamentais*, beneficiam do regime jurídico geral dos direitos fundamentais, mas não do regime jurídico específico previsto para os direitos, liberdades e garantias, basicamente o disposto no artigo 18º da Lei Fundamental.

A primeira análise desses dispositivos é capaz de revelar a impressão de que a Constituição em comento considerou os direitos de liberdade com prevalência entre os direitos fundamentais, ainda que tenha consagrado os direitos sociais. Delimitou categorias distintas de direitos fundamentais, deixando os direitos de liberdade em posição de superioridade, na medida em que passam a dispor de regra constitucional determinante de imposição imediata, enquanto os direitos sociais, ao largo do mesmo tratamento, poderiam ter o momento de

⁴⁵ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pág. 5.

aplicação postergado para o futuro, a espera de intermediação legislativa, submetida às confluências da conveniência e oportunidade políticas.

Naturalmente, direitos negativos que impõem abstenções do Poder Público, em nome de uma margem de liberdade individual garantida pelo direito, são mais apropriados à aplicação imediata. Já a natureza positiva e prestacional dos direitos sociais, necessariamente vinculados às prestações fáticas pelo Estado, implica em imposições, ao próprio Estado, de deveres de prestar, condicionados materialmente à existência e suficiência de recursos técnicos, humanos e financeiros.

J. J. Gomes Canotilho, tratando dos direitos sociais na Constituição Portuguesa e sob a ótica da dicotomia perpetrada pela Lei Fundamental, aponta a necessidade de intermediação legislativa:

Em primeiro lugar, os preceitos constitucionais relativos a estes direitos são insusceptíveis de aplicação direta pelos operadores jurídicos. É que o seu conteúdo não decorre da Constituição, mas sim da lei: é ao legislador que incumbe concretizar, no quando do que é possível (econômica e socialmente), o conteúdo dos direitos sociais. Estes valem, relativamente aos operadores jurídicos, como direitos legais, como direitos aplicáveis apenas na medida da lei. Os preceitos constitucionais que os consagram vinculam unicamente o legislador, quer impedindo-o de pôr em causa a consagração constitucional de cada direito sob pena de inconstitucionalidade por ação, quer impondo-lhe a concretização legal do respectivo conteúdo sob pena de inconstitucionalidade por omissão.⁴⁶

⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa*. Separata do Boletim do Ministério da Justiça nº 400, pág. 16.

Portanto, o acesso pleno e irrestrito aos direitos sociais que impõem ao Estado ações positivas materiais, não foi, de antemão, garantido pela norma constitucional, sendo impossível determinar, de forma direta e imediata, o acesso aos bens e direitos protegidos.

Cristina Queiroz, citando Canotilho, esclarece que “o critério da ‘aplicabilidade direta’ encontra-se ligado à ideia de ‘determinabilidade constitucional’ do conteúdo do direito em causa. Significa, entre outras coisas, que o direito se encontra dotado de ‘densidade suficiente’ para ser feito valer na ausência da lei ou mesmo contra a lei – o que não é o mesmo que afirmar que a mediação legislativa se mostra desnecessária ou irrelevante.”⁴⁷

Reconhece, pois, que o acesso direto aos tribunais depende do grau de “determinabilidade constitucional” ou “densificação constitucional autônoma” do “conteúdo” e “dimensão” do direito em foco.⁴⁸

3.2 DIREITOS SOCIAIS NA ESPANHA

A Constituição Espanhola de 1978, no título preliminar (artigo 9º) já aponta para a consagração dos direitos fundamentais de primeira geração (ou dimensão), impondo aos poderes públicos a promoção das condições para que a liberdade e igualdade do indivíduo e dos grupos em que se integram seja real e

⁴⁷ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais: Questões interpretativas e limites de Justiciabilidade*, in SILVA, Virgílio Afonso da (org.), *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1ª ed., 2ª tiragem, 2007, pág. 197.

⁴⁸ *Ibidem*, pág. 198.

efetiva, prevendo, outrossim, o dever de remover os obstáculos que impeçam ou dificultem a sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social.

Portanto, ao garantir direitos de liberdade, reconhece que esses direitos só podem ser efetivos na medida em que todos possam acessar direitos de cunho político, econômico, cultural e social. Vale dizer, previu, no dispositivo em comento, o respeito a direitos de segunda geração (ou dimensão).

No artigo 15 faz referência ao direito à vida, à integridade física e moral, proibindo, em condições normais a pena de morte, como também a tortura e as penas degradantes e desumanas.

Especificamente sobre direitos sociais, trata do direito à educação com o mesmo viés encontrado na Constituição Portuguesa. No mesmo dispositivo, enfoca a feição negativa e positiva do direito fundamental, na medida em que, ao garantir a todos o direito à educação, incumbência dos Poderes Públicos, mediante programa geral de educação, com participação efetiva de todos os setores afetados, reconhece, por outro lado, a liberdade de ensinar (artigo 27, itens 1 e 5).

É nítida, pois, da análise desse dispositivo, a previsão de direitos fundamentais de liberdade, impedindo o Estado de agir no que à liberdade de ensinar, e de prestação, já que reconhece o direito à educação como sendo um dever do Estado em benefício das pessoas que pertencem àquela sociedade.

Também tratou a seguridade social como tarefa estatal, impondo aos Poderes Públicos a manutenção de programa voltado a todos os cidadãos, garantindo-se a assistência e prestações sociais, suficientes, na medida da necessidade, especialmente em caso de desemprego (art. 41).

Da mesma forma tratou do direito social à saúde (art. 43), reconhecendo-se o direito à prestação da saúde e a competência dos Poderes Públicos de organizar e tutelar a saúde pública por meio de medidas preventivas e de prestações e serviços necessários.

Por fim, no artigo 47, item 1, consagra o direito à moradia, como direito social, dispondo que:

Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.

Como visto, não é clara na Constituição Espanhola a “dicotomia” dos direitos fundamentais em direitos negativos e direitos prestacionais, como é na Constituição Lusitana. Não obstante, apenas os direitos fundamentais previstos nos artigos 19 a 29, com nítido caráter de direitos de liberdade, foram contemplados com um regime jurídico protetivo especial, com a possibilidade de interposição do

“recurso de amparo”, cujo conhecimento é de competência originária do Tribunal Constitucional.

É o que prevê o artigo 53.2:

Recurso de amparo. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª. del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

Desse modo, não é sem fundamento a conclusão de que na Espanha, os direitos sociais de prestação não são capazes de gerar, apenas pela previsão constitucional, direitos subjetivos às prestações estatais deles decorrentes.

Ademais, no mesmo dispositivo (artigo 53.1), a Constituição reconhece a vinculação dos todos os poderes públicos aos direitos e liberdades de que trata o Capítulo II e, ainda assim, remete a regulamentação do exercício desses direitos apenas à lei que, naturalmente, deverá respeitar seus conteúdos essenciais. Portanto, mesmo os direitos negativos estão a exigir, em tese, intermediação legislativa. Quanto mais os direitos sociais que demandam o desenvolvimento e a implantação de políticas públicas e, por via de consequência, uma decisão política.

Evidente que esse entendimento, capitaneado pelo jurista espanhol Gregório Robles⁴⁹ não pode ser simplesmente transportado para a realidade jurídica brasileira, mas, certamente, também não pode ser desconhecido e desconsiderado.

3.3 DIREITOS SOCIAIS NA COLÔMBIA

A recente Constituição da República Colombiana foi escolhida pela proximidade com o Brasil e pela contemporaneidade da Carta Política que inaugurou, na Colômbia, um Estado social de direito.

Em comum também o fato de ter sido produzida em 1991, em ambiente de democratização tardia da sociedade. Na América do Sul, em geral, as últimas décadas foram palcos de grandes avanços democráticos e, conseqüentemente, de intensos debates a respeito dos direitos fundamentais acolhidos nos textos constitucionais.

Também como se constata na Constituição Brasileira, a Colombiana é rica em relacionar, no Capítulo 1, do Título II (Dos Direitos, das Garantias e dos Deveres), os direitos fundamentais. A rol dos direitos se espalha do artigo 11 ao 41 e tem relação com direitos de liberdade, igualdade e direitos políticos.

⁴⁹ ROBLES. Gregório. Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual. São Paulo: Manole, 2005, pág. 9.

O Capítulo 2 trata dos “Direitos Sociais, Econômicos e Culturais” e elenca a família o núcleo fundamental da sociedade, merecedora de proteção integral por parte do Estado. Cuida ainda da proteção especial a ser designada à mulher durante a gravidez e depois do parto, às crianças, adolescentes, às pessoas da terceira idade e deficientes físicos.

A Seguridade social é tratada pelo artigo 48 como serviço público de caráter obrigatório, dirigido, controlado e coordenado pelo Estado, sujeito aos princípios da eficiência, universalidade e solidariedade, nos termos que a lei estabelecer.

A atenção à saúde também está expressamente mencionada no texto constitucional (art. 49), como serviço público a cargo do Estado, com a tríplice função de promoção, proteção e recuperação, devendo cuidar da organização, direção e regulamentação dos serviços de saúde, estabelecendo políticas públicas para que o serviço possa ser prestado, sempre nas condições assinaladas em lei.

O direito social à moradia recebeu tratamento específico do artigo 51, incumbindo-se o Estado de fixar as condições necessárias para o efetivo exercício do direito e de promover planos de moradia de interesse social com sistemas de financiamento por longo prazo e formas associativas de execução dos programas de moradia.

Não se nota na Constituição Colombiana qualquer previsão que implique no reconhecimento de duplicidade de regimes jurídicos e na efetividade direta, plena e imediata dos direitos fundamentais independentemente de intermediação legislativa. Há sim a consagração de que os “direitos inalienáveis das pessoas” e o “amparo à família” gozam de primazia. Contudo, percebe-se da leitura dos dispositivos mencionados que os direitos sociais impõem tarefas ao Estado a serem desenvolvidas a partir de previsão legal e de programas governamentais estruturados pelos Poderes Públicos o que, em princípio, pode implicar alguma dificuldade na tentativa de efetivação direta desses direitos.

A dificuldade de aplicação dos direitos sociais, por um lado, e a crescente necessidade das pessoas, por outro, logo chamaram a participação do Judiciário que, nos últimos 20 anos, assumiu papel de protagonista, notando-se uma intensa atuação da Corte Constitucional, seja no controle abstrato de constitucionalidade das leis, seja pelas ações individuais de tutela, por intermédio das quais, os direitos prestacionais à saúde ou outros serviços que garantem vida digna são perseguidos.⁵⁰

Pelo visto, o fenômeno ocorrido na Colômbia de intervenção da função jurisdicional nas políticas públicas é parecido com o Brasileiro, e os problemas que envolvem a judicialização da política também, pois, o deslocamento do palco das discussões políticas do parlamento, democraticamente escolhido, para

⁵⁰ YEPES, Rodrigo Uprimny. *A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos in Sur*, Ver. Int. direitos humanos, vol.4, nº 6, São Paulo, 2007.

o Judiciário, com menor legitimação democrática não se enquadra, com exatidão, na opção democrática feita pelos constituintes nos dois Estados.

As ações governamentais necessárias para concretização dos direitos sociais como saúde, educação, moradia e alimentação, não podem escapar das vistas e da competência do legislador, pois, como as próprias constituições também reconhecem, a ele cabe a decisão política, democraticamente proferida.

Certo que o Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, tem papel importante no cumprimento das políticas públicas. Todavia, esse papel não é de definição, planejamento ou de construção. Decisões judiciais que invadem a área política da atuação estatal podem comprometer o desenvolvimento regular dos programas existentes, sem que impliquem, necessariamente em alguma contribuição para o aperfeiçoamento e efetividade dos direitos sociais.

4. DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Do que foi exposto, chama-se a atenção para o fato de que a Constituição Brasileira não tratou dos direitos sociais de modo uniforme. Alguns direitos mereceram tratamento com riqueza de detalhes, como ocorreu com os direitos à saúde e, em grande parte, a educação. Outros, como moradia e alimentação, não foram referidos em dispositivos completos, limitando-se a Constituição a referir-se a eles apenas de maneira vaga e pouco densa em regras de competência ou indiretamente, sem previsões outras que pudessem antecipar os caminhos da concretização dos seus comandos. Entretanto, seja como for, esses direitos sociais, de cunho prestacional, cuja existência não é possível negar, exigirão o desenvolvimento de políticas públicas, pelas quais, a eficácia plena das normas constitucionais poderá ser alcançada.

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen partindo do uso corrente da palavra política define políticas públicas com “complexo de objetivos, previamente definidos, relacionados com os meios racionalmente possíveis e adequados para atingi-los.”⁵¹

Para Eros Grau políticas públicas é expressão que “designa a atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem marcada separação entre Estado e sociedade“ .⁵²

⁵¹ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Editora Max Limodad, s/d, pág. 76.

⁵² GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pág. 25.

Em qualquer noção conceitual, como se viu, surge como ponto inexorável a necessidade de fixação prévia de objetivos que estão, naturalmente referidos na Constituição e o planejamento, com a análise de todos os elementos, imprescindíveis para que os objetivos possam ser alcançados por meio de uma atividade, em seguida materializada.

Assim, qualquer aproximação conceitual do que se deve entender por políticas públicas, tendentes à realização e efetivação dos direitos sociais, aponta para programas de ação governamental, planejados a partir de uma decisão política prévia, para que possam ser, num momento posterior, levados à concretização, com finalidade última da satisfação das necessidades sociais.

Podem ainda ser conceituados como “instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de garantir igualdade de oportunidades aos indivíduos, tendo por objetivo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos”.⁵³

Mas, antes da implementação de qualquer ação governamental, imprescindível uma fase prévia de planejamento e formulação. É preciso definir, em razão de cada política pública, quais os objetivos e metas a serem alcançadas. É necessário colher informações técnicas, custos, formas de execução mais adequadas em função de diversas variantes fáticas que exigem dimensionamento. Trata-se, pois, de um processo que envolve profundo conhecimento dos fatos

⁵³ APPIO, Eduardo. *Controle Jurisdicional das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá. 2006.

envolvidos, dos objetivos próximos e remotos e finalmente, uma decisão com manifestação da vontade política.

Maria Paula Dallari Bucci, tratando do tema, esclarece que a elaboração e, depois, a implementação de políticas públicas pode ser decomposta em três elementos fundamentais: programa, ação-coordenação e processo.

O programa remete ao conteúdo propriamente dito de uma política pública. A definição prévia desse conteúdo se faz necessária não apenas quando se delineiam as alternativas, mas também quando se toma a decisão que redundará na implementação da política pública. Do mesmo modo, a fase de avaliação requer os contornos precisos dos resultados propostos na fase inicial.

(...)

No núcleo do programa administrativo constam os objetivos concretos da política, nas suas camadas internas, os elementos operacionais (instrumentos) e os elementos de avaliação, e finalmente, nas camadas externas, os elementos instrumentais e procedimentais, bem como os arranjos político-administrativos, os meios financeiros e outros recursos.

(...)

A dimensão material da política pública está contida no programa. É nele que se devem especificar os objetivos e atingir os meios correspondentes. Os programas bem construídos devem apontar também os resultados pretendidos, indicando, ainda, quando possível, o intervalo de tempo em que isso deve ocorrer. Tais parâmetros serão úteis na avaliação dos resultados da política pública, após sua implementação.⁵⁴

Quanto ao segundo elemento, esclarece que “pensar em política pública é buscar a coordenação, seja na atuação dos poderes públicos, Executivo, Legislativo e Judiciário, seja entre os níveis federativos, seja no interior do Governo

⁵⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva. 2006, págs. 40/42.

entre as várias pastas, e seja ainda considerando a interação entre organismos da sociedade civil e o Estado.”⁵⁵

Finalmente, tratando do terceiro elemento, Bucci informa que as Políticas Públicas também envolvem a noção de processo como “sequência de atos tendentes a um fim, procedimento agregado do elemento contraditório. Este último, no contexto de formulação de políticas públicas, associa à abordagem jurídica inequívoca dimensão participativa”⁵⁶.

Perceptível, pois, que o desenvolvimento e a concretização das políticas públicas não são atividades simples, mas complexas, dinâmicas e multidisciplinares, envolvendo fases distintas mas que se complementam, em fases de elaboração, decisão, execução e posterior controle e avaliação dos resultados.

Patrícia Helena Massa-Arazabe observa, nesse sentido, que:

A política pública é tida, pelo senso comum, como procedimento linear em que fases perfeitamente distintas sucedem-se, de modo a ser partir da formação, passando pela implementação, finalizando com a avaliação. É necessário ao jurista o conhecimento do ciclo da política pública para tornar possível o controle jurídico de seu processo e de seus resultados. Desde logo, é preciso ter claro que a política pública dar-se-á por ciclos, não sendo possível discernir de forma definitiva suas fases, por se verificar um processo de retroalimentação, onde a avaliação não é feita ao final, mas no curso da execução. Isto introduz novos elementos no quadro inicialmente proposto, modificando-o, de forma a adequá-lo à realização do objetivo.⁵⁷

⁵⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva. 2006, págs. 44.

⁵⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. cit., pág. 44.

⁵⁷ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das políticas públicas*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 70.

Portanto, a formulação e a execução de políticas públicas exigem mais do que atividades administrativas e técnicas e, no Estado democrático, devem ser resultante, necessariamente, de decisões políticas, como se observa a seguir:

costuma-se pensar o campo das políticas públicas unicamente caracterizado como administrativo ou técnico, e assim livre, portanto do aspecto 'político' propriamente dito, que é mais evidenciado na atividade partidária eleitoral. Este é uma meia verdade, dado que apesar de se tratar de uma área técnico-administrativa, a esfera das políticas públicas também possui uma dimensão política uma vez que está relacionado ao processo decisório.⁵⁸

Fácil perceber que os direitos sociais são marcados pela necessidade de atuação do Estado e não apenas pelo comportamento absenteísta e, esse agir deve dar-se por meio das referidas políticas públicas ou programas governamentais concebidos no ambiente político e concretizado em seguida pelo Estado por meio de sua função executiva.

E, pelo visto, direitos da mesma categoria, espécie, geração ou dimensão, receberam tratamento diferenciado do legislador constituinte, o que faz surgir dúvidas e polêmicas no momento de serem exigidos e concretizados, pois alguns parecem ter um nível maior de densidade normativa a permitir aplicação mesmo sem intermediação legislativa, enquanto outros, com grande carga de abstração, carecem de densidade a permitir o mesmo nível de concretização. Em

⁵⁸ FERNANDES, Antônio Sergio Araujo. *Políticas Públicas: Definição evolução e o caso brasileiro na política social*. In DANTAS, Humberto e JUNIOR, José Paulo M. (orgs). *Introdução à política brasileira*, São Paulo: Paulus, 2007, pág. 203.

outras palavras: Relativamente a alguns direitos fundamentais sociais, o programa de atuação estatal já está desenhado na própria Constituição e a fase primeira de concepção da ação já está superada. Em relação a outros, a Constituição limita-se a referência apenas embrionária, sem maior detalhamento da política pública necessária que, evidentemente, nesse caso, fica atribuída, ao menos em princípio, ao legislador infraconstitucional, que recebeu a missão de decidir, democraticamente, pela feição adequada da política pública a ser implementada.

Portanto, a concretização desses direitos é desafiadora. Exige atuação estatal e, na mesma medida, a definição completa das políticas públicas correspondentes. Por sua vez a definição da atividade material adequada para oferecimento do direito implicará, certamente, na indicação e escolha dos recursos necessários, nas melhores técnicas para a prestação da atividade para que sejam, a um só tempo, eficientes e racionalizadas, entre outras tantas condicionantes a serem objeto de estudo do legislador.

Assim, ao menos numa primeira análise, a definição das políticas públicas é tarefa afeta à atividade do legislador que, após fixada, no momento da execução, exige ação do executivo.

E, ao exigirem comportamentos positivos e prestacionais por parte do Estado, surgem, quando ausentes ou insuficientes as políticas determinantes da ação estatal concreta, problemas relacionadas à efetivação desses direitos. Seriam as pessoas, credoras das ações estatais nessa área? Esse

crédito deve corresponder a uma ação imediata e individualizada? Sendo necessária a definição de políticas públicas, estaria o judiciário legitimado a determinar o fornecimento da prestação, mesmo diante da ausência da decisão política? Em caso positivo, a qual órgão do Judiciário competiria essa atribuição? Da mesma forma, sendo necessária a decisão política e uma vez tomada no foro legislativo, teria, o Judiciário, legitimação para alargar o alcance daquilo que foi definido pelo legislador? Nessa hipótese, estaria ocorrendo ativismo judicial com violação da separação dos poderes?

São alguns entre tantos questionamentos possíveis a preocupar a doutrina e desafiar o próprio judiciário que se vê diante de novas tensões sociais às quais precisa dar vazão na sua irrefutável função jurisdicional.

Para tanto, necessário, desde logo, analisar a atuação do Poder Judiciário em sua função jurisdicional, buscando subsídios, principalmente nas teorias juspositivistas e jusnaturalistas.

A forma de compreensão do direito como objeto de uma Teoria Geral é imprescindível para preparação de qualquer conclusão.

A aproximação do tema das ideias ligadas ao Direito Natural e ao Direito Positivo é importante para possibilitar uma conclusão inicial que permitirá compreender as fontes do direito. Ou o direito nasce da vontade humana, seja o legislado, seja o costumeiro ou nasce do reconhecimento de que existe,

independentemente da intervenção humana, como valor universal. A adoção de uma ou outra teoria repercutirá, diretamente, nas conclusões finais.

Se o direito existe, independentemente da vontade humana e pode ser compreendido com um conjunto de normas e princípios justos e verdadeiros e, por isso, vinculantes, referido “direito” estará no âmbito do jusnaturalismo⁵⁹.

Tal doutrina, em linhas gerais, ressaltando muitas variações, pode ser caracterizada pelas seguintes marcas⁶⁰:

1) Existem princípios universalmente válidos, ou seja, vinculantes;

2) Os princípios não decorrem de decisões voluntárias humanas e resultam da natureza das coisas, encontradas e reveladas pela razão humana.

Importante registrar que o jusnaturalismo referido não está sendo mencionado em sua variante religiosa, embora, repita-se, tenha sido importante para alavancar o desenvolvimento dos direitos humanos, mas vinculado à ideia de que o direito válido e obrigatório é o direito que se amolda àquele que é justo e assim reconhecido pela sociedade.

⁵⁹ GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pág. 115.

⁶⁰ ROSS. Alf. *Il concetto di validità e Il conflitto tra positivismo e giusnaturalismo*. Gênova: EGIC, 1989, pág. 142.

O Direito Positivo, por outro lado, decorre da vontade humana. Interessam ao direito positivo as normas produzidas pelas autoridades competentes e vigentes em determinado Estado. Registre-se, contudo, como fez Elival da Silva Ramos que o direito positivo não é apenas fato:

observe-se que essa objetividade metodológica não importa, necessariamente, na aceitação passiva do direito posto (legislado ou costumeiro), pela completa desconsideração dos juízos de valor nele encarnados. Os positivistas sabem que as normas jurídicas prescrevem condutas e, portanto, intrinsecamente são juízos de valor (dever-ser).⁶¹

Estabelecidas tais premissas, possível avançar na análise da atividade jurisdicional estatal, com maior ou menor apego ao direito positivo quando da aplicação do direito para solução do litígio a ele levado pelo interessado.

⁶¹ RAMOS. Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 36.

5. A ATIVIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO

Não é novidade que a teoria tripartite da separação dos poderes inspirou o constituinte brasileiro na elaboração da última carta constitucional. Essa afirmação é facilmente verificável quando se nota a prescrição do artigo 2º da Constituição Federal de 1988: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Contudo, referido dispositivo que, registre-se, não tem sido objeto de muita especulação por parte da doutrina brasileira, não responde a todos os problemas de relacionamento entre os “Três Poderes”, que não são poucos nos dias atuais. Por isso, não é possível iniciar a abordagem de temas ligados à separação dos poderes ou das funções estatais sem antes refletir, mais profundamente, algumas das teorias que, apesar das adaptações decorrentes de cada realidade social, ainda servem para delimitar minimamente o objeto de estudo.

Para Montesquieu⁶², um dos precursores da teoria e sempre lembrado pela clássica obra “*O Espírito das Leis*”, de 1748, a separação dos poderes realiza-se por meio da separação de funções, a legislativa, a executiva e a jurisdicional, com preocupação de que entre as funções, exercida por órgãos distintos, estarão localizadas as de fiscalização e controle mútuo. Duas são, portanto, as linhas centrais de seu pensamento: a atribuição de funções próprias a órgãos distintos e a possibilidade de fiscalização recíproca. E, tanto uma quanto a

⁶² MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O Espírito das Leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. UnB, 1982.

outra estão inseridas na idéia central de limitação do poder, cuja tendência, no exercício pelo homem, é exacerbar-se.

Fica evidenciada a preocupação do filósofo francês, no capítulo IV, do Livro XI, de sua mais conhecida obra quando afirma que, mesmo os mais virtuosos governantes têm necessidade de limites e, nesse contexto de limitação do poder para garantir a liberdade das pessoas é que sugere que o poder seja um obstáculo ao poder. Não é concebível, nesse sentido, que os poderes Legislativo e Executivo se concentrem no mesmo órgão, sob pena de sérias apreensões de que o legislador produza leis tirânicas para executá-las da mesma forma de maneira tirânica. Também o Judiciário não pode se reunir ao Legislativo ou Executivo, sem prejuízo da liberdade estar sujeita a decisões arbitrárias, violentas e opressoras.

Nota-se, pois, que o valor determinante da teoria desenvolvida por Montesquieu foi o valor da liberdade, embora tenha reconhecido o autor que não existe palavra com significados mais variados.

Entretanto, antes mesmo de Montesquieu, Locke⁶³, com a mesma preocupação de garantia de liberdade dos indivíduos e contenção do poder, sugere a necessidade de equilíbrio entre os poderes/funções do Estado. Defende como necessária a separação entre Legislativo e Executivo. Identifica-se, nesse pensamento, coerência com o ideário antiabsolutista presente na Inglaterra no

⁶³ LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

século XVII. Mais uma vez, é saliente o viés limitador da teoria da separação dos poderes, ainda que identificadas apenas as funções de legislar e executar.

Diga-se, contudo, que a identificação e a referência à função do Judiciário em Montesquieu, inexistente na obra de Locke, não chega nem próximo da idéia ampla de interpretação que se tem hoje no exercício da jurisdição. Ao contrário, para o pensador francês “os juízes de uma nação não são mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor.”⁶⁴

A atividade jurisdicional é caracterizada pela função de aplicar a lei para solução de litígios, sendo inegável que implicará, necessariamente, no contato subjetivo daquele que julga com os fatos concretamente ocorridos e levados à apreciação judicial. E, por mais simples que seja a tarefa, cuja solução pode decorrer de uma mera verificação de subsunção, isso, por si só, já revelará a função interpretativa. Entretanto, a função jurisdicional pode ocorrer, e a própria evolução da hermenêutica comprova, sob comandos mais ou menos elásticos.

O modelo liberal de Estado instituído pela Resolução Francesa implicou na legalização da justiça, subordinada aos preceitos legais fixados pelo legislador. O Poder Legislativo é o protagonista das decisões, restando ao Executivo e ao Judiciário, o cumprimento literal do comando legal, como se fosse possível

⁶⁴ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O Espírito das Leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. UnB, 1982.

mecanizar o exercício da jurisdição e assegurar a conduta do juiz em absoluta conformidade com a lei.

O dogma que está a embasar esse sistema voltado a fechar o âmbito de liberdade do juiz no cárcere da lei é o de que não há direito ao largo da lei. De certa forma, é a semente do positivismo jurídico legalista, que transforma o juiz em escravo da lei ou “a boca que pronuncia as suas palavras”, na conhecida expressão utilizada por Montesquieu⁶⁵.

Todavia, tal modelo não resistiria ao surgimento do Estado social, com significativo aumento das funções estatais, à dinâmica social da sociedade de massa, com relações sociais multifacetárias que, se não impõe a inércia ao legislador, certamente provoca a demora na resposta legislativa.

Essa mesma dinâmica das relações sociais provoca o envelhecimento precoce das leis produzidas, obrigando o legislador a utilizar conceitos elásticos, flexíveis ou principiológicos. Tudo a exigir novas formas exegéticas.

O juiz, para enfrentar essa nova feição do direito, deve dispor de um poder de criação no exercício de sua função jurisdicional, A interação com fatos, a análise da conjuntura em que ocorreram e a aplicação do molde normativo para

⁶⁵ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O Espírito das Leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. UnB, 1982.

solução do problema são tarefas que exigem efetivo relacionamento do juiz com fatos, textos, valores, pessoas e com sua própria experiência.

Não se desconsidera, entretanto, que o direito deve implicar em segurança jurídica, em previsibilidade das decisões e, para tanto, a vinculação do juiz à norma regularmente editada é importante elemento.

O direito escrito e codificado, de certa forma, propicia maior vinculação do juiz à lei. Isso não implica, todavia, irrestrita e absoluta vinculação.

Winfried Hassemer observa que a vinculação do juiz à lei não pode ser absoluta. A decisão judicial, em princípio, resulta da letra da lei. Se esta não for suficientemente clara, cabe ao juiz, na decisão, completar a lei, “imaginando, para tanto, a solução que o legislador teria, provavelmente, adotado, caso tivesse considerado a questão em causa.”⁶⁶

Portanto, ao interpretar o texto com conteúdo normativo para aplicá-lo a determinados fatos, estará o juiz atuando com criatividade e originalidade. Por mais que o legislador tenha tentado, no texto, alcançar todas as possibilidades fáticas, alguma variação ocorrerá na situação levada ao Judiciário, alguma nova faceta estará presente a exigir do juiz um maior esforço interpretativo. Assim e, naturalmente, com maior ou menor discricionariedade, sempre agirá o juiz no exercício da judicatura.

⁶⁶ KAUFMANN, A. e HASSEMER, W. (org). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pág. 284.

Todavia, também é certo que o mesmo juiz não é absolutamente livre e a sua atuação não pode colocá-lo no campo da arbitrariedade, como afirmou Cappelletti: “O juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos”⁶⁷.

Eros Grau, negando a discricionariedade judicial, registrou:

Insisto nisso: o que se tem denominado de *discricionariedade judicial* é o poder de criação de norma jurídica que o intérprete autêntico exercita formulando juízos de legalidade (não de oportunidade). A distinção entre ambos esses juízos encontra-se em que o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente; o juízo de legalidade é atuação, embora desenvolvida no campo da prudência, que o intérprete autêntico empreende atado, retido, pelo texto normativo e, naturalmente, pelos fatos.⁶⁸

Como ensina Maria Helena Diniz:

O ato mediante o qual é posta a norma individual é quase sempre predeterminado por normas gerais. A função jurisdicional se desenvolve em três níveis complementares e interdependentes: a informação sobre as normas gerais a serem utilizadas na avaliação do caso concreto, o conhecimento do dado social conflitivo, confrontando-o com os parâmetros legais, e a avaliação prudente, que redimensiona a norma geral e a situação fática, para produzir a norma jurídica individual.⁶⁹

Claro que os vínculos que amarram e condicionam a atividade jurisdicional estarão compreendidos no conjunto de normas postas e vigentes em

⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Giudici legislatori?* Milano: Giuffrè, 1984.

⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros Editora. 5ª ed., 2009, pág. 57.

⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 304.

determinada sociedade, especialmente nos Estados democráticos, em que as decisões políticas se legitimam pela proximidade da sociedade com aqueles que são chamados à função legislativa.

Desse modo, a maior dificuldade não está localizada na identificação da jurisdição criativa. O grande problema que vem chamando a atenção dos estudiosos é estabelecer, com segurança, os limites dessa criatividade e a inserção dessa criatividade no âmbito da enunciação do direito novo.

Mas, o que se deve entender por novo direito?

Para DWORKIN⁷⁰, o “novo direito” nada mais é do que o próprio direito e, mesmo admitindo a superação da lei, o que muitas vezes ocorre efetivamente, entende que a solução deverá ser encontrada dentro do quadro e princípios presentes no próprio ordenamento jurídico.

E, o âmbito dos direitos fundamentais positivos ou prestacionais é propício ao estudo, na medida em que normas constitucionais com pouca densidade normativa acabam sendo invocadas por juízes para aplicação de um direito com contornos não positivados e criados pelo próprio juiz, no momento da decisão judicial.

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. O império do Direito, Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

A atividade jurisdicional do Estado aperfeiçoou-se. Tornou-se mais complexa. Não basta, para que seja realizada, a aplicação da lei pelo método da subsunção. O juiz, no momento em que constrói a decisão judicial, excede os limites da atividade de interpretação silogística ao editar uma norma a ser aplicada ao caso concreto. E, construir a decisão é criar a norma jurídica, encontrando e descrevendo o conteúdo da regra positivada, mesmo quando esse conteúdo não esteja expressamente previsto.

O exercício da atividade não é um atuar mecânico. A adequação dos fatos à norma não é ocorrência que se completa em todos os casos levados ao judiciário. Se a lei não retrata, de forma completa e cabal a situação fática levada à decisão judicial, deve o juiz, buscar no conjunto normativo, o que falta e, ao fazer isso afasta-se da mera aplicação cega e mecânica da lei para aproximar-se de uma forma mais complexa de interpretação, a exigir esforço argumentativo e demonstração efetiva dos caminhos escolhidos para chegar a este ou aquele resultado.

Não convence, e não é de hoje, a ideia de que o juiz é mero interlocutor a aproximar o fato conhecido da previsão legal. Não se trata de encontrar, na previsão hipotética legal, aquela que se aplica, com todos os contornos, ao fato litigioso levado à solução judicial. Há algo de função legislativa na atividade jurisdicional, pois, não há dúvida de que esta última é complementar à primeira, na medida em que a partir da generalidade da previsão legal, cria os argumentos necessários para que possa recair sobre o caso concreto e solucionar a questão discutida.

Considere-se, ademais, que em algumas situações, o Judiciário assume, com maior visibilidade, a atividade de produção normativa para ocupar o espaço deixado pelo legislador, sobretudo no campo das omissões inconstitucionais.

Diante da complexidade que cerca a atividade jurisdicional, importante bem identificá-la e reconhecer que assume, a cada dia, maior importância nas sociedades modernas.

No momento da aplicação do direito o juiz também produz o direito. A jurisdição exercida por todos os órgãos do judiciário caminha e, em alguns casos, invade, competências, antes, atribuídas ao Poder legislativo, não apenas pela omissão deste último, mas por atribuição própria do Poder Judiciário. Assim, a separação entre os Poderes, prevista no texto constitucional, não tem, atualmente, a feição de outrora.

5.1 POSITIVISMO JURÍDICO

Qualquer tentativa de compreender a função jurisdicional passa pela necessidade de encontrar subsídios nas principais teorias do direito, inspiradas no juspositivismo ou jusnaturalismo.

A noção de que o direito positivo tudo pode resolver como teoria da ciência do direito para a compreensão de um sistema normativo é objeto de questionamentos.

Afirmou-se que a regra jurídica, quando positivada, é marcada pelas características da abstração e generalidade. Fixa, de maneira geral, as premissas que estão aptas a incidir sobre os fatos sociais. Todavia, a antecipação formal do molde legislativo, nem sempre se verifica, no mundo fenomênico, quando da ocorrência dos fatos. Vale dizer, não é incomum a falta de perfeita e minuciosa adequação entre os fatos e a forma legislativa. A sociedade e as relações sociais evoluem, são dinâmicas e ganham em complexidade, com contornos que não puderam, ao tempo da produção normativa, ser previstos. A realidade social não é exatamente espelhada no texto normativo e a positivação do direito não é, isoladamente, suficiente para garantir a aplicação da norma. Tal situação acaba por exigir do julgador, intérprete e aplicador do direito, mais do que uma decisão mecânica e automática. A falta de perfeita adequação do fato à norma jurídica positivada exige, pois, solução construtiva.

A jurisdição, portanto, não é função simples e, quando se desenvolve no sentido de aplicar e, portanto, interpretar normas constitucionais, maior importância assume, pois, em muitos casos, as decisões que resultam dessa jurisdição, produzem efeitos generalizados. É o caso de decisões judiciais vinculantes, das decisões tomadas pelas Cortes Constitucionais quando resolvem conflitos positivos ou negativos de constitucionalidade das leis. Essas decisões são

verdadeiras normas e aproximam do Judiciário a função legislativa, posto que está autorizado, pela própria Constituição, a produzir decisões com as características da generalidade, abstração e obrigatoriedade. Assim, seja pela importância da atividade, seja pelo impacto que provoca na sociedade, não pode ser desenvolvida senão a partir de referenciais positivados no texto constitucional.

Certo que as teorias positivistas do direito sofrem críticas. A consagração, nas constituições, de princípios com pouca densidade normativa pode abrir caminho para questionamentos. Afinal, se princípios são valores e se podem ser aplicados direta e imediatamente pelo aplicador, surgirá a possibilidade de a decisão judicial buscar fundamentação em valores não expressos no texto normativo. Isso não significa, necessariamente, a consagração do direito natural como suporte de validade do sistema jurídico, pois, a referência ao texto normativo, inclusive à Constituição, continua sendo imprescindível para a construção e desenvolvimento de um sistema jurídico racional, seguro e pacificador das relações sociais.

Assim, ainda que se reconheça, por um lado, que o positivismo jurídico não responde, isoladamente, às exigências exegéticas atuais, por outro, é preciso reconhecer que o jusnaturalismo está longe de passar a salvo de críticas fundamentadas. Os fundamentos de qualquer decisão devem estar ligados aos parâmetros existentes, aceitos, reconhecidos e enunciados por atos de vontade⁷¹. Não há outra forma de afastar a arbitrariedade, o subjetivismo e a manipulação das decisões que não passam pela exigência do enquadramento da situação de fato a

⁷¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, págs. 86 e segs.

uma norma geral pré-existente. É o mínimo necessário para a garantia de segurança jurídica e da previsibilidade, ainda que relativa, das decisões judiciais.

Seja como for, como afirmado por Dimitri Dimoulis, não é possível concluir pela superação do positivismo jurídico:

o êxito teórico da abordagem positivista *lato sensu* é ignorado pela maioria dos autores nacionais que insistem em indicar os “fracassos” do positivismo jurídico, sem levar em consideração que quase todos os estudiosos modernos admitem a positividade do direito e sua mutabilidade no tempo, de acordo com decisões dos detentores do poder, rejeitando a possibilidade de um direito paralelo, independentemente da vontade política dos legisladores humanos.⁷²

Pelo visto, a ideia de superação do clássico positivismo jurídico com a possibilidade do juiz inovar a ordem jurídica, criando ele próprio a norma ainda não produzida pelo legislador, provoca fundadas resistências e abre espaço para algumas reflexões, sejam relacionadas à separação das funções estatais que foram atribuídas a órgãos distintos, seja pela eventual usurpação pelo Judiciário, da atividade legislativa atribuída ao parlamento, seja ainda quanto à carência de legitimação democrática do Judiciário para decidir como se legislador fosse.

As teorias nas quais sempre se assentaram os principais debates sobre a natureza do próprio Direito enquanto objeto de uma análise científica são, também, objeto de novas discussões.

⁷² DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método. 2006, p. 82/83.

5.2 O FUNDAMENTO DE VALIDADE DO SISTEMA JURÍDICO

As reflexões acima referidas são necessárias como necessária é a identificação do fundamento de validade do sistema normativo.

Se a vontade do legislador é necessária, decisiva e preponderante, o juiz, na função jurisdicional, assume o papel secundário de intérprete e aplicador. Nesse caso, a função jurisdicional está relacionada à hermenêutica e dos métodos existentes para interpretação da norma. Se, entretanto, a lei, desde que produzida, tem existência própria e autônoma em relação ao legislador, abre-se, nesse aspecto, espaço para atuação jurisdicional criativa. Vale dizer, se o juiz pronuncia a vontade da lei, agirá também como legislador.⁷³

Tal situação alcança o centro da temática abordada e relativa à legitimidade da função jurisdicional, especialmente quando ultrapassa o âmbito da mera interpretação e aplicação do direito para alcançar a esfera de verdadeira criação do direito.

A questão torna-se mais relevante quando o estudo volta-se à análise da função da jurisdicional constitucional que, no sistema jurídico brasileiro foi atribuída a todos os órgãos integrantes do Poder Judiciário, no conhecido controle

⁷³ ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

difuso, bem como ao Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado, pois, na medida em que a atividade é exercida e marcada por decisões caracterizadas pela definitividade, aproxima-se de uma típica função política, embora exercida pelo Poder Judiciário.

Não é tarefa fácil distinguir uma decisão de inconstitucionalidade de uma decisão política. A jurisdição constitucional deve ser pautada e regada de sorte a evitar invasão de espaço reservado, também pela Constituição, a outros agentes. Problemas políticos não têm a mesma conotação das questões jurídicas e os primeiros não estão, necessariamente, relacionados à aferição de constitucionalidade e inconstitucionalidade das leis e de interpretação constitucional.

Decisões políticas devem estar reservadas ao parlamento, onde têm assento os representantes populares e que agem com a autorização da legitimação pela maioria.

É preciso evitar que a função legislativa negativa, normalmente utilizada na jurisdição constitucional, ao negar validade à lei inconstitucional, dê lugar à indevida usurpação da função legislativa positiva, verificada quando os julgadores, a despeito de exercitar a função própria da jurisdição constitucional, decidem por uma determinada interpretação, supostamente conforme a Constituição, afastando e fechando qualquer outra possibilidade interpretativa. Nesse momento, o julgador coloca-se na condição de legislador ordinário. Isso

também ocorre quando, ao forçar uma interpretação discutível, manipula a decisão afastando-a de argumento sério e plausível.

Em situações extremas, inegável a constatação de que o exercício da jurisdição constitucional usurpa função legislativa. O Judiciário passa a atuar tomando verdadeiras decisões políticas, sem legitimação democrática, com risco de insegurança jurídica, pois, as decisões não são tomadas sempre em um núcleo central, com violação evidente à separação constitucional das funções estatais.

Portanto, qualquer decisão, política ou judicial, deve respeitar o marco constitucional com todos os seus parâmetros.

A decisão política é marcada pelo nível maior de discricionariedade. O âmbito de atuação política tem pautas mais elásticas. O pano de fundo é permeável e os limites para tomada da decisão ocupam parâmetros expandidos. Não implica, contudo, em negar alguma margem de liberdade na construção da decisão judicial, ela também existe, entretanto, em gradação menor. A jurisdição exige esforço interpretativo e, interpretar, é escolher, entre os moldes normativos presentes no ordenamento, aquele que deve ser aplicado para solução do caso concreto. Portanto, a decisão também é uma escolha da melhor solução, da solução mais adequada. Assim, mesmo sendo menos elástica, a atividade jurisdicional é criativa.

Kelsen sintetizou a distinção entre a liberdade do legislador e do juiz da seguinte forma:

De certo que existe uma diferença entre estes dois casos, mas é uma diferença quantitativa e não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este.⁷⁴

Registre-se, contudo, que há decisões judiciais que ultrapassam o marco da interpretação do direito e, invadem área reservada à atuação política do Estado. A atividade assim reconhecida recebe a denominação de “ativismo judicial”, fenômeno que vem chamando a atenção da doutrina que aponta para o desvirtuamento da atividade jurisdicional, sendo conceituado por Elival da Silva Ramos como um “desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional”⁷⁵.

5.3 A DECISÃO JUDICIAL COMO FONTE DO DIREITO

A decisão judicial é fonte do direito mas não é elemento isolado. Se construída pelo método da subsunção à lei, garante-se a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões. Todavia, não é possível afastar do juiz margem de liberdade para encontrar a solução mais adequada, sempre a partir da norma jurídica produzida pelos agentes políticos. Mesmo quando atua no exercício da jurisdição constitucional, ao interpretar o texto constitucional marcado pelas decisões

⁷⁴ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pág. 368.

⁷⁵ Ramos, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 138.

políticas fundamentais da sociedade, deve respeito aos mesmos fundamentos constitucionais.

Nesse ponto não é lançada crítica à jurisdição criativa. O risco, entretanto, é o de arbitrariedade. Se é necessário reconhecer liberdade para julgar, também é, da mesma forma necessário evitar a insegurança jurídica, a decisão resultado do subjetivismo do juiz que não se sustenta num argumento sério e impregnado pelos elementos do sistema normativo.

Se, por um lado, admite-se o exercício da função jurisdicional complementar da ordem jurídica, o que está presente no cotidiano da atividade dos juízes, imprescindível, também, o esforço para delimitar esse espaço, com o desenvolvimento de instrumentos metodológicos que permitam o racional controle da adequação decisões judiciais.

A decisão judicial não se legitima apenas pela origem. Justifica-se quando demonstrada sua correção, pela aderência que tem com os valores normativos, expressos ou implícitos, mas sempre verificáveis.

Não se justifica a liberdade no julgamento para atribuir ao julgador poder ilimitado. Dworkin afirma que “o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar

novos direitos retroativamente”⁷⁶. Para o autor, os casos difíceis são aqueles em que nenhuma regra regula o caso.

O poder estatal, seja qual for, exige controle e limites encontrados no interior do sistema normativo. Disso decorre a necessidade de pautar e conformar a função jurisdicional aos naturais limites decorrentes do regime democrático, sem retirar-lhe a liberdade para decidir e de escolher, entre as alternativas normativas existentes, com demonstração argumentativa, aquela que mais se enquadra no contexto fático a ser resolvido.

A responsabilidade e a seriedade da função do julgador é inegável e os argumentos, vinculados ao conjunto normativo produzido pelo Estado, são imprescindíveis.

Os parâmetros criados e objetivados pelo legislador em decisão respaldada pela legitimação democrática são necessários. O legislador tem a função de produção das leis, com o intento de efetivar as normas constitucionais. A concretização da norma, pela decisão judicial, é o esperado da atividade jurisdicional. Nesse esquema, a lei ainda ocupa posição de proeminência, ao lado da Constituição, entre as fontes formais do direito, sem desmerecer a decisão judicial que, como já afirmado, é a última fronteira a ser ultrapassada para que a norma, enfim, alcance o fato para conformá-lo aos comandos normativos. A sentença, pois,

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pág. 128.

é fonte da produção normativa, vinculada aos precedentes normativos que serão objeto de aplicação pelo juiz.

Pode-se afirmar, outrossim, que a norma decorre do texto mas como ele não se confunde. É mais do que a prescrição normativa.

O texto normativo é ponto de partida. É o primeiro instrumento de aproximação do intérprete da norma que precisa ser aplicada e, antes compreendida, mas não é a norma. A norma jurídica será o resultado da compreensão, após contrastada a prescrição normativa aos fatos para os quais se destina. A norma, portanto, pode ser compreendida como o resultado da interferência do intérprete e aplicador. Assim, inegável a função criativa daquele que toma o texto normativo como pressuposto necessário à aplicação do direito e sua imposição fática.

Nesse sentido, a lição de Eros Roberto Grau:

Assim, a *concretização* envolve também análise do âmbito da norma, entendido como tal o aspecto da realidade a que respeita o texto. Dizendo-o de outro modo: a norma é produzida, no curso do processo de concretização, não à partir exclusivamente dos elementos do texto, mas também dos dados da realidade à qual ela – a norma – deve ser aplicada.⁷⁷

Todavia, isso não deve significar que o intérprete/aplicador esteja totalmente livre de qualquer condicionamento anterior para aplicação do

⁷⁷ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. Malheiros Editores: São Paulo, 2009, pág. 78.

direito. O direito positivado é referência necessária, ainda que afastado pela argumentação posta na norma de decisão que, racionalmente, deverá demonstrar a inadequação do texto para concretização da norma voltada aos fatos em análise.

E nem mesmo a abertura dos textos⁷⁸, marcados por valores e princípios, permite ao intérprete decisões livres. Não há liberdade na produção normativa pelo juiz.

A 'abertura' dos textos de direito, embora suficiente para permitir que o direito permaneça ao serviço da realidade, não é absoluta. Qualquer intérprete estará sempre, permanentemente por eles atado, retido. Do rompimento dessa retenção pelo intérprete autêntico resultará a subversão do texto.⁷⁹

Além do mais, a compreensão do texto e dos fatos e o correspondente esforço de interpretação não atribui ao juiz o poder de arbítrio. A interpretação não está livre de amarras metodológicas. Não há decisão a que se chega aleatoriamente. A sociedade que opta pelo regime democrático deve garantir o funcionamento de instrumentos de legitimação das decisões.

Portanto, se o direito ultrapassa os limites da regra escrita pressuposta para alcançar valores que transcendem ao próprio ordenamento jurídico objetivado, inegável que limites hermenêuticos argumentativos estarão à frente do intérprete, impedindo que atue de maneira absolutamente livre e desvinculado de quaisquer condicionamentos, exigindo-se que demonstre de forma clara, a presença dos valores invocados, na ordem jurídica.

⁷⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, pág. 136.

⁷⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. Malheiros Editores: São Paulo, 2009, pág. 56.

5.4 DIREITO POSITIVO E DIREITO NATURAL

Nesse ponto, interessante trazer ao trabalho alguns aspectos fundamentais das teorias jusnaturalistas e positivistas, que servirão de base para novas reflexões.

Norberto Bobbio⁸⁰, tratando das distinções entre Direito Natural e Direito Positivo e referindo-se, na sequência, aos pensamentos clássicos, medieval e dos jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, indica de forma resumida, os critérios que permitem identificar uma e outra teoria do direito.

A primeira distinção pelo autor referido baseia-se no critério da universalidade do Direito Natural que se contrapõe ao Direito Positivo, válido, por convenção, apenas em alguns lugares.

O segundo critério tem relação com a imutabilidade que marca o Direito Natural e, ao contrário, a mutabilidade do Direito Positivo.

O próximo critério está relacionado à fonte do direito. O Direito Natural decorre da própria natureza racional do homem, enquanto o Direito Positivo decorre da vontade do poder estatal.

⁸⁰ BOBBIO. Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Icone Editora: São Paulo, 1999, págs. 22/23.

Diferenciam-se, ainda, pelo modo pelo qual o direito é conhecido. O primeiro é conhecido pela razão humana, enquanto o Direito Positivo chega a seus destinatários por intermédio de uma declaração de vontade externa.

Ademais, o objeto dos direitos também é distinto. O Direito Natural regula comportamentos bons ou maus por si mesmos e os comportamentos humanos aos quais se destinam as regras positivadas são indiferentes, dependendo, para sua configuração, da qualificação dada pelo Direito Positivo.

Finalmente, faz referência ao critério de valorização das ações: “o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil.”⁸¹

Entretanto, ainda que possível vislumbrar os fundamentos das duas teorias, em síntese, apresentadas, com o surgimento do Estado moderno que assume e monopoliza a produção do direito e o reconhecimento da validade do direito consuetudinário, o direito positivo acaba por excluir, por assim dizer, o direito natural como categoria de Direito, sendo pertinente valer-se de uma formulação sintética utilizada por Bobbio, para exprimir o sentido que alcançou a expressão positivismo jurídico, como “aquela doutrina segunda a qual não existe outro direito senão o positivo”⁸²

⁸¹ BOBBIO. Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Icone Editora: São Paulo, 1999, págs. 22/23.

⁸² BOBBIO. Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Cit., 1999, pág. 26.

Importa explorar um pouco mais o positivismo jurídico como uma teoria do direito que se desenvolve com muitas variantes. E, não obstante sujeitar-se à críticas, apresenta-se como teoria viável a possibilitar o conhecimento do direito como objeto destacado do agente cognocente, no sentido de que “a validade das normas jurídicas e sua interpretação independe de mandamentos e valores de origem moral e política. Admite a tese da necessária separação entre direito e moral, assim como entre direito e política.”⁸³ Apesar disso, “não impede a avaliação moral, nem a crítica política, nem a pesquisa sociológica das possíveis causas e dos múltiplos efeitos dos sistemas jurídicos.”⁸⁴

Conclui-se, pois, que o positivismo jurídico não transforma o juiz em mero aplicador do direito a realizar apenas o silogismo interpretativo para subsumir os fatos às normas.

Nesse sentido, o próprio Kelsen que pretendeu desenvolver a completa separação do direito das demais áreas do conhecimento acabou por concluir que “a interpretação feita pelo aplicador do direito é sempre autêntica”⁸⁵, o que implica na conclusão de que o juiz, ao criar a norma particular, atua com criatividade dentro de parâmetros pré-determinados numa norma hierarquicamente superior (moldura da norma jurídica).

Referida moldura não pode ser desconsiderada, ainda que, como adverte Eros Grau, seja uma moldura do texto e dos fatos, vez que o

⁸³ DIMOULIS, Dimitri. *O Positivismo Jurídico*. Método Editora: São Paulo, 2006, pág. 276.

⁸⁴ DIMOULIS, Dimitri. *O Positivismo Jurídico*. Cit., pág. 273.

⁸⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, págs. 393/394.

“intérprete interpreta também o caso, necessariamente, além dos textos, ao empreender a produção jurídica do direito.”⁸⁶

Desse modo, impossível desconsiderar a importância da teoria do juspositivismo, valendo menção à referência feita por Elival da Silva Ramos:

Assim, desde que se possam completar as lacunas teóricas do positivismo, nesse campo, sem comprometer a sua identidade enquanto proposta de compreensão do direito, estará assegurada a validação do positivismo jurídico, em sentido estrito, enquanto modelo dogmático, pouco importando a constatação de que um número crescente de autores, mormente no âmbito do Direito Constitucional, se diz antipositivista ou pós-positivista.⁸⁷

Assim, se o direito positivo como realidade pura, não é capaz de garantir total segurança jurídica, mesmo considerando que a previsibilidade das decisões não é objetivo da teoria⁸⁸, é sem dúvida, necessário para garantir uma sensação de estabilidade. Por outro lado, tem-se a convicção de que a norma positivada sofre, no momento de sua criação e, depois, no de sua aplicação, direta interferência de princípios, referenciais axiológicos compartilhados por toda a sociedade e que, nem sempre são captados de modo preciso e expresso pelo legislador. Esses princípios, ainda quando não sejam bem identificados pela linguagem legislativa estarão presentes no sistema jurídico e contribuirão, sobremaneira, à aplicação do direito, de sorte que não se constituem elementos externos, mas intrínsecos, cujo reconhecimento decorre muito mais da presença desses valores no sistema normativo do que no subjetivismo da decisão judicial.

⁸⁶ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. Malheiros Editores: São Paulo, 2009, pág. 36.

⁸⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 59

⁸⁸ DIMOULIS, Dimitri. *O Positivismo jurídico*. São Paulo: Método editora, 2006, págs. 82 e segs.

Se o direito positivado e objetivado nem sempre é suficiente para a solução das questões levadas à função jurisdicional que deve valer-se das inspirações principiológicas para decidir, isso não quer implicar, isoladamente que esses valores, utilizados pelo juiz para decidir, escapam ao direito positivo. Também não implicaria na aceitação da existência de direitos naturais como teoria do direito a justificar e explicar o surgimento, conhecimento e aplicação das normas jurídicas. Em verdade, são referências que encontram justificativa no próprio direito positivo e na sua textura aberta como referido por Hart:

Em todos os sistemas jurídicos, um espaço amplo e importante é deixado aberto à discricionariedade dos tribunais e de outras autoridades para concretizar cláusulas inicialmente vagas, pra responder a incertezas em relação às normas ou para desenvolver e especificar normas que se encontram, de forma abstrata, em precedentes vinculantes.⁸⁹

Assim, pode-se dizer que o direito positivo precisa de complementos valorativos não captados expressamente por ele, mas que têm importância fundamental para garantir o ambiente de segurança jurídica numa sociedade e, cada vez mais, se utiliza de valores que sobrepõem o conjunto de normas positivadas. Todavia, tal circunstância não implica no ressurgimento do direito natural.

A consagração do registro escrito e do texto legal é fundamental, ainda que a aplicação do texto tenha de levar em conta, necessariamente, valores

⁸⁹ HART. Herbert Lionel Adolphus. *The concept of Law*. Oxford: Oxford University Press. 2002. Pág. 136.

não escritos, embora presentes no ambiente normativo. Assim, o direito positivo não foi superado e apresenta-se como o pensamento mais viável para melhor aproximação do estudioso com o objeto de suas atenções.

Por outro lado, nota-se no atual ambiente de rejeição ao positivismo jurídico com teoria do direito, uma bandeira erguida por autores nacionais que defendem o desenvolvimento de uma teoria pós-positivista, pela qual, a aplicação do direito tornar-se-ia mais flexível, com concessão de maior margem para decisões judiciais, com apelo a valores ou princípios com pouca densidade normativa⁹⁰. Paulo Bonavides, após abordar, na sequência, o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, no contexto dos Princípios Gerais do Direito e dos Princípios Constitucionais, referindo-se ao pós-positivismo, define-o da seguinte forma:

A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas deste século. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.⁹¹

A teoria em questão consagra a normatividade dos princípios que, ao lado das regras, assumem densidade suficiente para criar obrigações e direitos, independentemente de intermediação legislativa e, uma vez presentes no próprio texto constitucional, destacam-se com proeminência, no sistema jurídico.

Sem que se pretenda maior profundidade de análise, a ideia em comento abre espaço para compreensão do direito a partir das noções

⁹⁰ DIMOULIS, Dimitri. *O Positivismo jurídico*. São Paulo: Método editora, 2006, págs. 82 e segs.

⁹¹ BONAVIDES. Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros Editores: São Paulo. 2002, pág. 237.

principiológicas de justiça, buscando afastar e superar o reducionismo do sistema da dedução lógica da norma ao fato, imprimindo à tarefa de aplicação do direito a marca da compreensão axiológica do intérprete.

Os princípios, nesse contexto, abrem-se como verdadeiras normas jurídicas, ao lado das regras, como extratificação de valores que poderão ser captados no momento da aplicação e, elevados tais princípios ao status de normas constitucionais, passam a comandar o esforço de interpretação e aplicação do direito, possibilitando-se, dessa forma, a aplicação desses valores sem a necessidade de intermediação legislativa.

Desse modo, a compreensão do fenômeno jurídico na perspectiva pós-positivista atribui ponto central aos princípios, sobretudo constitucionais⁹², na concepção do raciocínio jurídico, refletindo, de modo direto, na função do intérprete e aplicador do direito.

Os princípios fundamentais servem como suporte à compreensão do direito, justificando os significados jurídicos e permitindo uma nova racionalização do exegeta. Se os princípios revelam valores sociais, éticos e morais e, se esses valores são encontrados pelo intérprete como integrantes do sistema jurídico, deve o aplicador orientar-se por eles para garantir coerência ao seu argumento e ao próprio sistema jurídico. Mas, registre-se. Isso não implica desapego ao direito positivo, Insista-se, os princípios e valores estão contidos no direito positivado e devem nele ser encontrados pelo intérprete e aplicador.

⁹² BONAVIDES. Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros Editores: São Paulo. 2002, pág. 237.

Dimitri Dimoulis adverte, contudo, que embora a doutrina referida como pós-positivista tenha seduzido respeitáveis estudiosos nacionais, há uma falsa impressão de sua difusão universal e que na verdade o “termo é praticamente desconhecido fora do Brasil”⁹³ e que, na Alemanha, onde foram encontradas referências ao pós-positivismo por adeptos da teoria estruturante do direito⁹⁴ que admite a atividade criativa do juiz a partir de elementos históricos e sociais, buscando sentido ao texto legal a partir de “considerações relacionadas com particularidades do caso concreto.”⁹⁵ Todavia, chama a atenção para o fato de que mesmo nesse contexto, o intérprete não pode se afastar das fontes jurídicas estatais vinculantes.

Os valores jurídicos quando apropriados por princípios que se incorporam ao sistema jurídico, não são valores externos, mas integram o conjunto normativo de determinada sociedade. Alguns são expressos ou explícitos, outros implícitos. Estes, ainda que não objetivados, são encontrados no sistema, reconhecidos e declarados pelo intérprete quando a eles recorre no momento da produção normativa voltada à aplicação do direito ao caso concreto.

Os princípios de direito que descobrimos no interior do ordenamento jurídico são princípios deste ordenamento jurídico, deste direito. Os princípios em estado de latência existentes sob cada ordenamento – isto é, sob cada direito posto – repousam no direito pressuposto que a ele corresponda. Neste direito pressuposto encontramos ou não o encontramos. De lá os resgatamos, se nele preexistirem.⁹⁶

⁹³ DIMOULIS, DIMITRI. *O Positivismo Jurídico*. Método Editora: São Paulo, 2006, pág.47.

⁹⁴ MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2012.

⁹⁵ DIMOULIS, DIMITRI. *O Positivismo Jurídico*. Cit., pág.47.

⁹⁶ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. Malheiros Editores: São Paulo, 2009, pág. 47.

Portanto, quando se analisa a interferência dos princípios e dos valores a ele referidos na interpretação e aplicação do direito, como tentativa de sugerir alternativa ao positivismo jurídico, pode-se chegar à conclusão de que essa interferência está justificada pelo próprio direito positivo e não além dele. Essa conclusão, entretanto, não pode chegar ao ponto de liberar o intérprete e aplicador do direito a decidir conforme sua vontade e seus valores subjetivos, se tais vontades e valores não corresponderem àqueles decorrentes do sistema normativo pressuposto.

Como afirma Elival da Silva Ramos, nessa tentativa de justificar a decisão judicial como decorrente da força criadora do intérprete-aplicador, “a identificação de limites ao órgão responsável pela tarefa de concretização, sutilmente, acaba por se deslocar de um plano exclusivamente jurídico-normativo para uma dimensão axiológica, externa ao ordenamento jurídico”, que o autor chama de “ordem objetiva de valores.”⁹⁷

Nesse sentido, a defesa do positivismo jurídico não precisa, necessariamente afastar, desconsiderar e nem negar a existência de valores. É possível apontar, sim, para a necessidade de reconhecer a existência desses valores que povoam a norma jurídica, objetivamente encontrados e revelados pelo intérprete. Eles estão contidos no sistema positivo. Os valores existem, mas, muitas vezes, precisam ser encontrados e desvendados dentro do próprio sistema

⁹⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo:Saraiva, 2010, pág. 88.

normativo e não além dele. Assim, não há direito que decorra do subjetivismo e dos valores de quem decide.

Como adiantado, a questão que envolve as teorias do direito e da interpretação é tormentosa e está longe de se esgotar.

Poder-se-ia dizer que se as normas jurídicas são valores e esses são reconhecidos e aplicados mesmo sem expressa previsão é porque o direito prescinde de positivação, sendo encontrado dado pela natureza. A essa conclusão, poder-se-ia afirmar, por outro lado e em sentido diametralmente oposto que tais valores, em verdade, não decorrem da natureza mas da vontade do legislador que os fizeram inserir no contexto normativo, ainda que de maneira pouco densa, permitindo, pela textura aberta da norma, a atuação ativa do aplicador do direito no momento de expressar a decisão.

Todavia, ainda que as teorias do positivismo jurídico e jusnaturalismo possam parecer inconciliáveis, pontos de interseção podem ser indicados, na medida em que alguns princípios positivados, com menor densidade normativa e próximos da natureza das coisas, tornam-se necessários para o exercício da função jurisdicional. Vale dizer, pautas de direitos não formalizados integralmente nos registros escritos são consideradas como argumentos justificadores de decisões.

Há, sem dúvidas, acoplado ao direito positivado, um instrumento metodológico capaz de impor aplicação aos comandos decorrentes do sistema normativo. Referido método que permite a compreensão do sistema normativo não é decorrência, por si, do direito positivo. Tal recurso metodológico (norma hipotética fundamental, regra de reconhecimento, regra matriz) que permeia o sistema jurídico não é norma positivada. Entretanto, mesmo sem positivação, não está à margem do direito. É direito e não apenas valor.

Mas essa linha de pensamento não pode levar à extrema conclusão de dispensabilidade da norma positivada. Os valores, ainda que reconhecidos como integrantes de dado sistema jurídico, não podem ser encontrados soltos e despregados de outros elementos integrantes do mesmo sistema normativo. Estão inseridos na estrutura normativa que também se vale de normas positivadas e devem ser compreendidos sistematicamente, sob pena de considerar a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões como valores de menor importância, o que, evidentemente, não é a melhor conclusão. Nenhuma sociedade juridicamente organizada pode abrir mão de tão importantes pautas axiológicas.

O juiz se vale tanto da norma escrita como de pressupostos éticos, morais e principiológicos que estão contidos na norma, não se limitando, em sua função, a ser seguidor cego e aplicador da subsunção automática e mecânica dos postulados normativos-positivados ao caso concreto. Também não pode ser praticante do jusnaturalismo como pressuposto único da sua atividade. O direito é decorrência da razão e da vontade humana, donde a adoção do positivismo jurídico

não implica na negativa de valores encontrados na sociedade e levados ao sistema normativo como decisões democráticas a serem respeitadas.

Importante, sempre, a aferição do argumento que encerra a decisão judicial. A atividade jurisdicional, como qualquer outra atividade estatal no Estado democrático deve ser acessível. Deve estar dotada de transparência, coerência, a permitir um resultado adequado, razoável, responsável e sério.

O juiz, ainda que exerça a jurisdição com criatividade, deve construir seus argumentos em base normativa sólida, sedimentada no raciocínio lógico e sistêmico. Sem tais parâmetros, a função jurisdicional poderá se aproximar de uma atividade arbitrária, sem legitimidade. Portanto, uma teoria da argumentação deve percorrer a tomada da decisão judicial.

A norma jurídica não pode ser o que quer e o que pensa o intérprete, apoiado em valores subjetivos e vontade pessoal. Deve ser o que o sistema normativo, voltado aos fatos, diz que é, mesmo considerando a extrema e determinadora importância do intérprete no instante em que concretiza a norma e a concretiza.

Eventuais espaços para discricionariedade a serem aproveitados pelo intérprete, de maneira responsável, no momento da decisão judicial não transformam o direito em objeto inapropriável à razão humana e ao argumento lógico e tampouco o juiz em legislador absoluto. Ao lado da evolução das teorias do direito também evoluiu a dimensão democrática das sociedades, fundada em valores

extremos dos Estados modernos e atuais e, qualquer tentativa de enfraquecimento das decisões democráticas, tomadas em conformidade com a Constituição correspondente, deve ser rechaçada.

Nesse sentido, importante trazer ao trabalho o pensamento de Lênio Luiz Streck:

Ora, interpretar é dar sentido (*Sinngebung*). É fundir horizontes. E direito é um sistema de regras e princípios, 'comandado' por uma Constituição. Que as palavras da lei (*lato sensu*) contém vaguezas e ambigüidades e que os princípios podem ser – e na maior parte das vezes são – mais 'abertos' em termos de possibilidades de significado, **não constitui nenhuma novidade** (até os setores que prima, pela standardização do direito e que praticam uma espécie de 'neopentecostalismo jurídico, já perceberam essa característica 'linguística' dos textos jurídicos). O que deve ser entendido é que a aplicação destes textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende de uma subjetividade assujeitadora (esquema sujeito-objeto), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete, como que a dar razão a Kelsen, para quem a **interpretação a ser feita pelos juízes é um ato de vontade** (sic).⁹⁸ Grifos no original.

Faz-se necessário encontrar caminho para que o intérprete-aplicador não chegue ao ponto de se transformar no centro principal de produção de normas e que decisões absolutamente soltas no sistema e sem justificativas fundadas no próprio sistema jurídico sejam combatidas e vencidas. O direito, repita-se, não é aquilo que o juiz diz que é, mas está relacionado a objeto pré-existente, que se localiza fora do sujeito, encontrado, revelado e conformado para aplicação ao caso concreto.

⁹⁸ MOURA, Lenice S. Noreira (Org). *O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista*. Saraiva: São Paulo, 2009, pág. 72.

J. J. Gomes Conotilho⁹⁹, afirmou, concordando com Virgílio Afonso da Silva, afirma “que não há mais espaço para optimismo metodológico, isto é, para crença de que o resultado da interpretação constitucional depende pura e simplesmente do método utilizado.”¹⁰⁰ Contudo, adverte:

Mas o que se exige, hoje, do jurista é que, sem deixar de ser um pessimista metodológico, dê positividade à sua retórica e abra caminhos hermenêuticos capazes de auxiliarem a extrinsecação do direito constitucional. Ora, a nossa ver ‘a floresta tem caminhos’. É necessário descobrir os caminhos da floresta.¹⁰¹

Neste ponto do trabalho não está presente a pretensão de apontar soluções mas de relacionar e analisar, ainda que superficialmente, algumas das principais teorias do direito, como condição necessária à compreensão e aplicação do próprio direito, inclusive no campo dos Direitos Fundamentais.

Os direitos fundamentais, especialmente os Direitos Sociais, estão a exigir especial atenção do cientista jurídico. Precisam ser bem conhecidos e compreendidos no contexto constitucional em que se inseriram para que a plena eficácia dos seus comandos possa, um dia, alcançar os sujeitos a que se destinam.

⁹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *O Direito constitucional como ciência de direção – O núcleo essencial de prestações sociais da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”)* in *Direitos Fundamentais Sociais*. J. J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correa e Érica Paula Barcha Correia (coordenadores), Saraiva: São Paulo, 2010, pág. 22/23.

¹⁰⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*, in Virgílio Afonso da Silva (coord.), *Interpretação constitucional*, São Paulo, 2005, pág. 143.

¹⁰¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *O Direito constitucional como ciência de direção – O núcleo essencial de prestações sociais da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”)* in *Direitos Fundamentais Sociais*. J. J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correa e Érica Paula Barcha Correia (coordenadores), Saraiva: São Paulo, 2010, pág. 22/23.

6. A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

6.1 A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS EM GERAL

O capítulo 2 dedicou-se à análise dos Direitos Fundamentais, seja no aspecto evolutivo-histórico, seja no conteúdo, seja, finalmente, na identificação de categorias, dimensões ou gerações, como podem ser considerados os direitos fundamentais sociais, sempre citados como direitos fundamentais de segunda dimensão, com conteúdo positivo, a colocar o cidadão na posição de credor do Estado, relativamente às atividades que devem ser prestadas à coletividade.

Na mesma medida em que as Constituições consagram tais direitos, surgem inúmeras questões submetidas a intenso debate. Referidas pautas de direitos sociais implicam em normas de direcionamento das ações estatais ou exigem deste, imediata implementação? São dotadas de efetividade plena e imediata a ponto de serem exigidas como direitos subjetivos ou demandam uma ação paulatina estatal, por meio de suas estruturas políticas e administrativas, em busca de efetivação dos comandos constitucionais? São, realmente, reveladores de direitos subjetivos ou realizam-se, no plano fático por meio de ações públicas, planejadas, construídas e voltadas à sociedade de modo em geral?

Várias são as concepções clássicas na tentativa de sistematizar uma teoria que englobe de maneira completa, todas as categorias de normas constitucionais no que se refere à eficácia.

Numa breve referência histórica, necessário aludir à doutrina norte-americana que inspirou Ruy Barbosa¹⁰² e, conseqüentemente, os primeiros passos do constitucionalismo na República brasileira. As normas são auto-executáveis (*self executing*) ou não auto-executáveis (*not self executing*), na medida em que dependem ou não de outras normas infraconstitucionais para alcançarem o plano da aplicação.

...muitas disposições constitucionais, mas não as disposições constitucionais em sua maioria, são, digamos assim, autoexecutáveis, isto é, se executam de si mesmas, se executam imediatamente, se executam independentemente de qualquer desenvolvimento legislativo.¹⁰³

Outras, porém, que “demandam a interferência do legislador, para se revestirem de forma prática, e terem, nos preceitos que ele ditar, um diretório geral, uniforme e permanente aos seus executores.”¹⁰⁴

Pode-se dizer que as primeiras são normas completas no conteúdo e que se bastam, independentemente de intermediação legislativa, permitindo aplicação direta e imediata, inclusive por meio de decisão judicial que

¹⁰² BARBOSA, Ruy. *Obras completas de Rui Barbosa: limites interestaduais*. Rio de Janeiro: MEC, vol. XLII, Tomo I, 1964, pág. 156

¹⁰³ BARBOSA, Ruy. *Obras completas de Rui Barbosa: limites interestaduais*. cit., pag. 156.

¹⁰⁴ BARBOSA, Ruy. *Obras completas de Rui Barbosa: limites interestaduais*. cit., pag. 156.

estará autorizado a fundamentar suas decisões na própria prescrição constitucional. Por outro lado, as segundas, incompletas, exigem complementação normativa a ser produzida em segundo grau, pois, como mencionado por Pontes de Miranda¹⁰⁵, são regras jurídicas não bastantes em si, sem densidade suficiente a permitir apropriação de todo o comando normativo.

A doutrina não está ultrapassada e é aplicada pelos Tribunais brasileiros, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, como ocorreu, por exemplo, na ADin 4, do Distrito Federal, quando apreciou a aplicabilidade do artigo 192, § 3º, da Constituição brasileira de 1988. O voto elaborado pelo Ministro Celso de Mello é esclarecedor quando trata das normas constitucionais programáticas, no sentido de que “a complementação integradora do preceito constitucional, por via legislativa, decorre do fato, juridicamente relevante, de a matéria normativa ainda não ter obtido ‘definitividade em seu perfil’.

A eficácia das normas constitucionais também foi objeto de estudos por Meirelles Teixeira¹⁰⁶ para quem não há norma constitucional desprovida de eficácia. Assim, conclui pela existência de normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada ou reduzida. As primeiras, completas, têm aptidão para produção de todos os efeitos porque acabadas e prontas à produção de “todos os objetivos especialmente visados pelo legislador constituinte”.¹⁰⁷

¹⁰⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1 de 1969*. 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1987, t. I.

¹⁰⁶ TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, pág. 317.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

Segundo a mesma classificação, as normas de eficácia limitada ou reduzida não reúnem normatividade suficiente sobre a matéria, restando a tarefa supletiva para o legislador ordinário. Contam, pois, com eficácia indireta e dependem de intervenção do legislador infraconstitucional.

A teoria clássica, entre nós, foi reformulada por José Afonso da Silva¹⁰⁸. Para referido autor, as normas constitucionais podem ter eficácia plena, contida, limitada ou reduzida, essas subdivididas em declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e declaratórias de princípios programáticos.

As normas com plena eficácia são reguladas diretamente pelo constituinte com o condão de produzir todos os efeitos essenciais decorrentes da regulamentação constitucional. As normas de eficácia contida têm suficiente regulação constitucional, mas a própria Constituição deixa parcela de atuação ao nível infraconstitucional e, embora gozem de eficácia direta e imediata, aguardam, para eficácia integral, atuação do legislador ordinário.

Já as normas com eficácia limitada não normatizam o campo de incidência material de modo direto e imediato e apenas alcançam total aplicação após serem regulamentadas pelo Poder Legislativo, seja quando o “legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo

¹⁰⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 7ª edição, São Paulo:Malheiros,1999.

mediante lei”¹⁰⁹, sejam “aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando a realização dos fins sociais do Estado.”¹¹⁰

Celso Bastos e Carlos Ayres Britto¹¹¹ com nomenclatura própria, preferem referir-se às normas de aplicação e normas de integração, posto que todas as normas são produzidas para alcançarem efeitos práticos. As primeiras estão aptas a desencadear seus efeitos imediatamente. As segundas, ao contrário, “têm por traço distintivo a abertura de espaço entre o seu desiderato e o efetivo desencadear dos seus efeitos”¹¹².

Ainda dentro da classificação proposta, as primeiras, de aplicação, podem ser normas irregulamentáveis, quando a própria Constituição veda a possibilidade de regulamentação e as regulamentáveis que permitem regulamentação em nível infraconstitucional. As normas de integração, por outro lado, também podem ser encontradas em duas espécies, a saber: 1) normas completáveis, que dependem de intervenção da legislação ordinária para efetiva aplicação e, 2) normas restringíveis que permitem, por decisão do legislador constituinte, que o legislador, à partir do texto constitucional e, diante das exigências

¹⁰⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 7ª edição, São Paulo:Malheiros,1999, pág. 126.

¹¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., pág. 138.

¹¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro & BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

¹¹² BASTOS, Celso Ribeiro & BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais*. Cit., pág. 48.

do interesse público, possa restringir a extensão dos direitos ou da aplicabilidade das normas como previstas na Constituição.

As normas constitucionais, pela ótica de Maria Helena Diniz¹¹³ podem ter eficácia absoluta, plena, normas com eficácia relativa restringível e, finalmente, com eficácia relativa, dependente de complementação legislativa. As primeiras, que também recebem o rótulo de super-eficazes tem eficácia positiva e negativa. Positiva, porque projetam seus efeitos de forma imediata e absoluta e, ao mesmo tempo negativa por impedirem qualquer espécie de norma que as contrarie. Exemplo dessas normas, segundo a autora, são as cláusulas pétreas inseridas no texto da Constituição Brasileira (art. 60, § 4º).

A eficácia plena das normas implica na imediata aplicação, sem necessidade de intervenção legislativa, sendo desde logo exigíveis, vez que o conteúdo normativo é suficientemente denso a permitir tais efeitos. Diferenciam-se, todavia, das primeiras pela circunstância de poderem ser alteradas ou mesmo revogadas por Emendas Constitucionais.

Aponta ainda a existência das normas com eficácia relativa restringível que possuem aplicabilidade imediata mas podem ter o âmbito de incidência restringido pelo legislador ordinário, desde, evidentemente, esteja assim autorizado pelo texto Constitucional.

¹¹³ DINIZ, Maria Helena. Normas Constitucionais e seus efeitos. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 1998.

Por fim, refere-se às normas constitucionais de eficácia relativa complementável, que dependem de suplementação legislativa, com aplicação mediata. Não obstante a ausência de maior efetividade positiva, são dotadas de eficácia negativa na medida em que impedem qualquer produção normativa incompatível com o mandamento constitucional.

Luís Roberto Barroso¹¹⁴, propõe uma nova sistematização da classificação, defendendo a existência de normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direitos e normas constitucionais programáticas.

Na primeira categoria de normas, incluem-se as normas que determinam a estrutura do poder que passa a ser institucionalizado. São normas de competência, de organização espacial, material e política, como as que traduzem decisões políticas fundamentais tomadas pelo constituinte, como a forma de Estado, de Governo, a divisão orgânica e funcional do poder. Por voltarem-se às próprias estruturas do poder instituído e seus respectivos agentes, pouco alcançam, quanto aos efeitos, a esfera jurídica dos indivíduos.

Em seguida, refere-se às normas constitucionais definidoras de Direitos, considerando que, além da organização estruturante do Estado como poder. As constituições incorporaram novo elemento, nova categoria de normas,

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

voltadas à consagração dos direitos fundamentais que se subdividem em direitos políticos, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos.

Para o professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, o estudo da eficácia das normas veiculadoras de direitos fundamentais é tormentoso. Apesar das dificuldades que o tema provoca, conclui que as normas assim classificadas têm eficácia e aplicabilidade, criam “situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem materializadas em prestações positivas ou negativas”¹¹⁵. Como decorrência natural, se o poder público ou qualquer outro destinatário da norma não a cumpre espontaneamente, sujeita-se a imposição da pretensão, ainda que seja por meio de uma ação judicial.

Realça também que entre os direitos fundamentais, os de índole social, pela possibilidade de exigência de prestações positivas do Estado, ainda geram problemas de operatividade que aguardam solução. Adianta, contudo, três grupos de posições jurídicas dos indivíduos: 1) as que geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de abstenção estatal; 2) as que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado e; 3) aquelas que contemplam interesses cuja realização depende de edição de norma infraconstitucional integradora.

Por último, trata das normas constitucionais programáticas, com normas “indicadoras de fins sociais a serem alcançados. Estas normas têm por

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pag. 101.

objeto estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público”¹¹⁶.

Entretanto, a referência às normas programáticas mereceu rigorosa crítica do Professor André Ramos Tavares¹¹⁷.

Segundo o autor a aceitação das normas programáticas não pode levar à conclusão de que existem previsões constitucionais totalmente desprovidas de exigibilidade imediata. Argumentos como o da impossibilidade do judiciário impor a concretização das normas em face do princípio da separação dos poderes, ou da ausência de comando diretamente voltado ao Estado para o cabal cumprimento dos programas constitucionalmente previstos e mesma a “reserva do possível” como impedimento orçamentário e gerencial em face das necessidades sociais, não devem implicar na total falta de comprometimento do Estado com referidas normas e, analisando o tema com sobriedade registra:

Após diversos anos de vigência da Constituição, fica-se estarecido com o desrespeito com que foram premiados determinados comandos constitucionais, com toda uma doutrina formalista a serviço da desconsideração de sua normatividade plena. Cegamente reiterativos de teorias formuladas de há muito, em contexto completamente diverso do atual, os responsáveis pela implementação completa da Constituição têm-lhe podado as vontades reais sob o argumento, já desbotado pelo uso recorrente, da mera programaticidade.¹¹⁸

¹¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pag. 114.

¹¹⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Saraiva: São Paulo, 2007.

¹¹⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. cit., pág. 98.

Assim, a pesquisa e análise teórica das normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, com apoio também na doutrina estrangeira, com algumas variantes, perpassam por pontos comuns.

Há normas que se valem, única e exclusivamente, de seu próprio conteúdo para alcançar efeitos plenos no mundo fenomênico. Dispensam regulamentação posterior e geram aos destinatários direitos e deveres a qualquer momento exercitáveis e exigíveis, inclusive como socorro à atividade jurisdicional do Estado.

Outras, embora com a possibilidade de eficácia total, têm em seu conteúdo a possibilidade do legislador infraconstitucional restringi-las, em razão de interesses justificáveis e circunstâncias não enfrentadas diretamente pelo constituinte.

Há ainda aquelas que, por expressa referência constitucional, dependem de ato posterior, necessário para implementação dos efeitos concretos latentes, porque a Constituição lançou o fundamento, deixando ao legislador ordinário a tarefa de completar a norma, no contato com a realidade, com discricionariedade e razoabilidade.

Enfim, ainda que sujeitas a críticas, há normas constitucionais programáticas que reconhecem a necessidade de ações estatais em razão de finalidades também previstas na Constituição e determinam uma ação estatal, em

vista dos objetivos definidos. Naturalmente que a necessidade de programar, construir e executar tais tarefas exigirá a definição de políticas públicas, com estrutura e conteúdo não previstos no próprio texto constitucional. São essas normas, como admitido por toda a doutrina, quando encampadoras de direitos sociais fundamentais, no que se refere à eficácia e aplicabilidade, um dos maiores desafios da doutrina.

6.2 A EFICÁCIA DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS

Como já mencionado, as normas programáticas, ainda com variações na nomenclatura, são sempre referidas pela doutrina, clássica ou moderna, nacional ou estrangeira.

As constituições estão marcadas por esse tipo de normas que não regulam direta e imediatamente direitos ou situações, mas indicam objetivos ou fins a serem alcançados na medida da concretização normativa desses comandos.

Vezió Crisafulli¹¹⁹ as define como:

aquelas normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objeto, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar sem um justificado motivo. Com referência àquelas postas não numa lei qualquer, mas numa Constituição do tipo rígido, qual a vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definindo como *programáticas* as normas constitucionais, mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa,

¹¹⁹ CRISAFULLI, Vezió. *La Costituzione e Le sue Disposizioni di Princípio*. Milano:Giuffrè, 1952.

precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade.

Por sua vez, J. J. Canotilho, diz que “existem, é certo, normas-fins, normas-tarefas, normas-programas que ‘impõem uma actividade’ e ‘dirigem’ materialmente a concretização constitucional.”¹²⁰

São, pois, conforme a doutrina referida, normas jurídicas que, estabelecendo fins, tarefas ou programas, determinam ao Estado comportamentos positivos para que aja, em determinada direção, planejando, implantando e executando tarefas em vista do interesse ou direito tutelado. Inegável, nessa ótica, serem portadoras de eficácia. Não são letras mortas inseridas na Constituição e impulsionam, desde logo, o Estado no sentido previamente determinado.

Pode-se afirmar que são normas com conteúdo incompleto, embora possam, desde logo, projetar minimamente, o comando que deve dirigir a atuação legislativa e administrativa estatal, no sentido determinado. Portanto, são dotadas de eficácia na medida da maior ou menor densidade de que são portadoras, mas não dispensam consolidação posterior, por meio de ações administrativas ou legislativas.

Por certo, no momento em que foram produzidas pelo legislador constituinte, não havia ambiente político para a perfeita determinação de seu alcance, embora presente o consenso quanto aos princípios e diretrizes então fixados, postergando-se para o futuro, as decisões quanto ao planejamento,

¹²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, págs. 183-184.

dimensão e execução dos programas, sempre a partir dos pressupostos contidos nas normas constitucionais.

Não representam apenas compromissos assumidos pelo Estado, por intermédio da Constituição, mas determinações, comandos imperativos a serem atendidos pelos órgãos estatais que se encarregam, nos termos da própria Constituição, da concretização das atividades voltadas à implementação da vontade manifestada na norma constitucional.

Além da imposição do dever jurídico ao Estado, tais normas projetam eficácia capaz de suspender, paralisar, sobrestar quaisquer efeitos jurídicos anteriores, que estejam em desacordo com as normas dessa categoria. Considere-se, finalmente, que tais normas têm eficácia negativa a impedir qualquer produção estatal posterior, vedando também comportamentos que possam impedir ou comprometer a concretização das normas, segundo os princípios e diretrizes previstas.

Assim, não é possível e nem correto negar eficácia às normas programáticas e entre elas, as normas que disciplinam alguns dos direitos fundamentais sociais, com todas as características de normas que se propagam na sociedade e impõem ao Estado deveres com contornos jurídicos e criando, outrossim, direitos a serem exigidos.

A Constituição brasileira é povoada por essas normas, dotadas de eficácia, mas ao mesmo tempo, a exigir complementação pelo legislador infraconstitucional.

Apenas para ilustrar, lembra-se do que dispõe a Constituição, no artigo 23, ao definir competências comuns à União, Estados, Distrito Federal e Municípios:

É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência.

IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

As normas constitucionais em destaque, com a finalidade de organizar a ação estatal, disciplinam competências a partir das quais fixam-se as responsabilidades das entidades no desenvolvimento das ações necessárias à implementação dos direitos sociais nela referidas. Todavia, reconheça-se que além da natureza organizacional, nada mais é possível extrair dos dispositivos citados.

Ainda no contexto da definição de competências, prevê o artigo 21, IX, ser dever da União “elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e do desenvolvimento econômico e social.”

Aos Municípios compete “manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino

fundamental”, como também “prestar com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.”

Por outro lado, o artigo 196 dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

No mesmo sentido a educação (art. 205), considerada direito de todos e dever do Estado e da família, sendo o ensino ministrado com base nos princípios referidos no artigo 206, em regime de colaboração entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

As referências normativas mencionadas bem demonstram a configuração das normas programáticas que elegem e consagram direitos, inclusive sociais, definem competências entre as unidades da federação, estabelecendo, outrossim, princípios e diretrizes a serem seguidas quando da implementação dos programas necessários.

Mas, a mesma Constituição, que fixou competências, princípios, diretrizes e programas que darão vazão aos direitos por ela consagrados, normalmente não ultrapassa a fixação do perfil das atividades, sem defini-las em detalhes, deixando, dessa forma, parcela considerável da atuação política ao nível

infraconstitucional, que complementar­á o conteúdo da norma constitucional para garantir sua plena eficácia.

6.3 A EFICÁCIA DAS NORMAS SOBRE DIREITOS SOCIAIS

Não há dúvidas quanto à fundamentalidade dos Direitos Sociais. A evolução do Estado liberal para o Estado do bem estar social marca o surgimento de direitos direcionados à coletividade enquanto grupo de pessoas.

Ao lado dos direitos individuais de liberdades públicas como a liberdade de manifestação do pensamento, de consciência, de crença, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, do exercício de qualquer trabalho, de reunião, de locomoção, de associação e tantos outros marcados com a mesma característica, que privilegiam liberdades individuais e impõem ao Estado, no mais das vezes, abstenções, outros existem, voltados à satisfação de necessidades coletivas.

Os primeiros consagrados nos textos constitucionais, inspirados em Declarações universais, envolvem-se com a preocupação de, restringindo a atuação estatal, “armar os indivíduos de meios de resistência contra o Estado. Seja por meio deles estabelecendo zona interdita à sua ingerência – liberdades-limites – seja por meio delas armando o indivíduo contra o poder no próprio domínio deste – liberdades oposição.”¹²¹

¹²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva: São Paulo, 17ª ed. P. 246.

São, pois, direitos protetivos que municiam o particular contra avanços estatais sobre as liberdades consolidadas pelo texto constitucional.

Nesse sentido, fácil perceber que a eficácia dos direitos dessa natureza implicam, via de regra, em não fazer, uma posição contida do Estado, em restrições apenas. Respeitam-se os direitos individuais de liberdades com comportamentos negativos.

Importante, todavia, consignar, como fez o Prof. André Ramos Tavares que “mesmo os direitos de primeira dimensão exigem uma *prestação positiva* do Estado (apesar de caracterizarem-se, tecnicamente como um ‘não intervir’). Assim, v.g., com o direito de propriedade e a própria liberdade de locomoção, que esta a demandar um aparato policial (segurança pública, custeada pelo Estado) nas ruas.”¹²² Portanto, mesmo os direitos dessa dimensão podem, eventualmente, exigir atividades legislativas e materiais do Estado.

Com feição distinta, surgiram os Direitos Sociais, referidos como direitos fundamentais de segunda geração, geração ou dimensão, marcados pelo ideal social e que implicam em ações ou prestações estatais, sem as quais, não encontrarão espaço para efetiva aplicação. São os direitos ao bem estar social, ao trabalho, saúde e educação, por exemplo e, na Constituição brasileira, expressamente previstos com a denominação de direitos sociais:

¹²² TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva: São Paulo, 5ª ed. P. 432.

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

Tais direitos, é intuitivo, não são realizáveis no mundo dos fenômenos concretizados, pura e simplesmente porque estão previstos na Constituição como Direitos Sociais. Impõe, sim, o desenvolvimento de políticas públicas, programas sociais que implementados, realizarão o comando constitucional.

Noutras palavras, dependerão de ulterior ação estatal, no planejamento, concepção e execução de políticas públicas, absolutamente necessárias para transferir do texto à realidade social, o bem estar objetivado.

Portanto, como registra José Afonso da Silva, os direitos sociais implicam, ao contrário dos individuais, na imposição de um dever estatal. São “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.”¹²³

A estreita relação dos direitos sociais com o princípio da igualdade também foi realçado por André Ramos Tavares:

¹²³ SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. Malheiros editores: São Paulo, 15ª ed., 1998, p. 289.

O que essa categoria de novos direitos tem em mira é, analisando-se mais detidamente, a realização do próprio princípio da igualdade. De nada vale assegurarem-se as clássicas liberdades se o indivíduo não dispõe de condições materiais necessárias a seu aproveitamento.¹²⁴

Também é fácil notar que as normas que enunciam os direitos sociais, exatamente por exigirem ações materiais do Estado, enfrentam dificuldades no plano da eficácia e permanecem, no texto, a espera de implementação e de providências materiais, legislativas e administrativas, sem as quais, os direitos, embora consagrados, de fato não se realizam.

Embora inegável a importância e necessidade do Estado assegurar os direitos sociais consagrados e expressamente elevados pela norma constitucional, reconheça-se que os mesmos direitos estarão sujeitos à intervenção política, sempre sensível às pressões de toda a ordem, sejam elas sociais, sejam econômicas e, até mesmo corporativas. Por isso haverá um ínterim entre a previsão positivada no texto e a implementação das medidas necessárias à garantia dos direitos consagrados e esse intervalo será maior, quanto maiores e mais heterogêneos forem os interesses que envolvem tais direitos.

Ademais, como se tratam de direitos realizáveis por meio de políticas públicas, estarão a depender da construção dos programas correspondentes, sujeitos a infindáveis variáveis, só detectadas no momento posterior ao da fixação constitucional.

¹²⁴ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva: São Paulo, 5ª ed. p. 429.

Exigirão do Estado uma posição ativa, em busca da criação dos mecanismos materiais necessários ao funcionamento das atividades oferecidas à sociedade, por meio de prestações.

Gilmar Mendes, tratando dos direitos às prestações positivas, registrou:

“Outra peculiaridade dessas pretensões a prestações de índole positiva é a de que elas estão voltadas mais para a conformação do futuro do que para a preservação do *status quo*. Tal como observado por Krebs, pretensões à conformação do futuro (*Zukunftgestaltung*) impõem decisões que estão submetidas a elevados riscos: o direito ao trabalho (CF, art. 6º) exige uma política estatal adequada de criação de empregos. Da mesma forma, o direito à educação (CF, art. 205, c/c o art. 6º), o direito à assistência social (CF, art. 203 c/c o art. 6º) e à previdência social (CF, art. 201 c/c o art. 6º) dependem da satisfação de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica.”¹²⁵

Como registra Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos sociais “têm por objeto precípua conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma) consistente numa prestação de natureza fática.”¹²⁶ De modo diverso do que ocorre com os direitos de liberdades públicas, os direitos sociais exigem prestações estatais que devem ser criadas e colocadas à disposição dos destinatários, visando a realização da igualdade real e da garantia de acesso aos bens que devem ser oferecidos, por intermédio de programas, pelos quais, as tarefas serão empreendidas.

¹²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 3ª ed. 2009, pág. 7.

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Ed. 2009, p. 282.

E, na medida em que os direitos sociais exigem ações e prestações estatais, mais se ressentirão da ausência total ou parcial de eficácia ou, pelo menos, do retardamento da implementação das tarefas necessárias, no compasso de espera das decisões políticas intermediadas pelo legislador e na concretização dos programas, por força da ação administrativa estatal. Isso também é notado por Sarlet ao afirmar que “O quanto de eficácia cada direito fundamental a prestações poderá desencadear dependerá, por outro lado, sempre de sua forma de positivação no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto”¹²⁷.

Assim, enquanto normas inacabadas, só podem alcançar eficácia plena quando os meios legislativos e materiais estiverem à disposição dos seus destinatários.

Os problemas relacionados com a (in)eficácia dos direitos fundamentais sociais, embora evidentes, devem ser analisados por perspectivas distintas. Algumas delas serão a seguir abordadas, a partir de hipóteses:

1) A Constituição atribui a determinado direito a natureza de direito fundamental social e, ela própria dispõe, de modo suficiente, a respeito das diretrizes que deverão ser seguidas na consecução dos objetivos.

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Ed. 2009, p. 281.

2) A Constituição consagra o Direito Social e, não obstante, deixa de estabelecer as premissas materiais necessárias para garantir, materialmente, o direito de que trata a norma.

3) Partindo-se do pressuposto enunciado no item 1, o legislador deixa de produzir a lei que deveria intermediar a previsão constitucional e a ação material do Estado.

4) Partindo-se, novamente, da referência feita no item 1, o legislador produz a lei de intermediação e o Estado, apesar disso, retarda ou omite-se na execução das tarefas;

5) Finalmente e ainda vinculando a análise ao primeiro enunciado, o legislador produz a norma de intermediação mas a norma é insuficiente à total concretização do objetivo constitucional ou, embora suficiente, deixa de alcançar todos os efeitos pela insuficiência da atividade material.

Referidas hipóteses serão abordadas nos itens que seguem, com indicação, em cada uma, da possibilidade ou não de controle judicial.

6.3.1 DIREITOS SOCIAIS EM NORMAS CONSTITUCIONAIS

DENSAS

Se Constituição atribui a determinado direito a natureza de direito social e, ela própria define, de modo suficiente, a respeito das diretrizes que deverão ser seguidas na consecução dos objetivos, a eficácia e aplicação das normas constitucionais não dependerá de intermediação legislativa, ainda que desejável vez que a própria Constituição, além da referência ao direito com natureza social, projeta, ela mesma, as diretrizes mínimas necessárias à consecução da finalidade prevista. A norma tem densidade suficiente para alcançar efeitos concretos e se basta, na previsão dos elementos necessários.

É o que ocorre, para ilustrar, com o direito social à saúde, previsto, ao lado de outros direitos da mesma natureza, no artigo 6º da Constituição brasileira.

Entretanto, mais do que consagrar solenemente o direito, a Constituição passa a definir, de modo detalhado, os princípios, as diretrizes, o modo e os meios pelos quais o direito haverá de ser garantido pelo Estado. Trata, por exemplo, no artigo 24, de definir, de maneira clara, a competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre previdência social, proteção e defesa da saúde.

Além disso, detalhando mais a competência para a execução das tarefas na área da saúde, prevê competir aos municípios (art. 30) manter, com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados, serviços de atendimento à saúde da população.

Além das regras de competência, o próprio texto constitucional ocupou-se de definir os parâmetros para o desenvolvimento das políticas públicas na área da saúde, como direito de todos e dever do Estado, com garantia de acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196 CF). Também se preocupou com a estrutura básica do Sistema Único de Saúde, em rede regionalizada e hierarquizada, definindo como diretrizes a descentralização, com direção única em cada esfera de governo, atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e a participação da comunidade.

Finalmente e também importante, a Constituição desce aos detalhes de planejamento e de execução orçamentária, dispondo sobre aplicação mínima de recursos nas atividades relacionadas à área da saúde.

Ora, diante desse quadro, impossível negar força normativa plena às normas constitucionais a impor ao Estado, por meio de suas funções legislativa, executiva e jurisdicional, atendimento direto aos comandos constitucionais, no sentido de exigir-lhe prestações positivas tendentes à realização dos direitos compreendidos nas normas da Constituição.

Com a densidade normativa de que dispõem tais regras, é de se esperar que tenham apoio da atividade jurisdicional do Estado na concretização. Nesse caso não estará, o Judiciário, ao determinar a prestação da atividade que

garante o direito social, interferindo no exercício das funções dos outros poderes mas determinando o cumprimento da norma constitucional que traz consigo conteúdo suficiente para aplicabilidade direta. Efetivamente não são normas que dispõem sobre meros compromissos a serem um dia alcançados, fixando diretrizes e princípios sem densidade normativa. São normas completas, prontas e que exigem aplicação imediata, ainda que permitam intermediação legislativa, desejável como já referido, mas não indispensável.

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 410.715/SP, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, admitiu a possibilidade de intervenção judicial, sem intermediação legislativa, nesses casos:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, 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 de encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.¹²⁸

Desse modo, se a Constituição já delineou suficientemente o direito social, nada obsta a interferência do Judiciário para impor ao órgão ou entidade reticente, a obrigação de implementação do comando normativo constitucional. Todavia, se a Constituição não tratou, com a necessária densidade normativa, o direito social a ser analisado, outra deve ser a conclusão, a afastar a

¹²⁸ STF – 2ª T. – RE nº 410.715/SP – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 03.02.2006.

possibilidade de atribuir, ao Judiciário, decisão de governo, referente ao planejamento, criação e execução de políticas públicas.

Vale dizer, apenas os direitos sociais traduzidos em normas constitucionais expressas, detalhadas e inequívocas autorizam a interferência do Judiciário para a plena e imediata aplicabilidade dos mesmos direitos, implicando na outorga de direitos subjetivos à prestação estatal, tal como fixada pela Constituição.

Portanto, é preciso reconhecer que nem todos os direitos sociais foram definidos pela Constituição de forma completa o suficiente e que eventuais omissões no oferecimento das prestações positivas autorizarão intervenções jurisdicionais legítimas, apenas quando as normas constitucionais, pela densidade normativa, assim o permitirem.

Isso não significa que os direitos sociais restarão desprotegidos. Apenas que a proteção não é possível pela via da intervenção jurisdicional diretamente realizada no varejo da atividade judicial, com decisões pulverizadas, tomadas em todos os cantos do Poder Judiciário.

Instrumentos outros, também de índole constitucional, existem para solucionar problemas de omissão, tanto do Poder Executivo como do Legislativo. É o caso, por exemplo, do Mandado de Injunção e da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão.

Assim, referidas normas são aplicáveis no limite do que foi previsto na Constituição e, conseqüentemente, se instado, o Poder Judiciário não poderá deixar de cumprir a Constituição, determinando o oferecimento da prestação necessária sem, contudo, ultrapassar, na concessão do direito social reclamado, a moldura constitucionalmente prevista.

Clémerson Clève refere-se a tais direitos como direitos “com dimensão subjetiva forte, capaz de autorizar o cidadão a demandar a satisfação judicial daquele direito fundamental, daquele direito fundamental social.”¹²⁹

São também chamados de direitos prestacionais originários:

...aqueles que permitem, desde logo ao intérprete encontrar na disposição constitucional uma dimensão subjetiva forte. Portanto, são direitos desde logo usufruíveis pelo cidadão e que, por isso, pode, mesmo sem regulamentação, ser reclamados perante o Poder Judiciário. Outros, ao contrário, são direitos prestacionais derivados, porque no campo constitucional, produzem uma dimensão subjetiva fraca que demanda portanto atuação do legislador.¹³⁰

Sobre esses direitos “originários”, tratando do sistema constitucional português, registrou Cristina Queiroz:

“É que, se alguns dos direitos fundamentais sociais se apresentam como direitos ‘diretamente aplicáveis’, sem necessidade de interposição (e/ou intervenção) do legislador, outros, todavia, apresentam-se como ‘direitos a prestações’ ‘dependentes essencialmente de uma atividade mediadora a levar a cabo pelos poderes públicos.’”¹³¹

¹²⁹ CLÈVE, Clemerson Merlin. *Desafio da efetividade dos direitos sociais*. Disponível na Internet: <http://www.mundojurídico.adv.br>. Acesso em 10 de abril de 2012.

¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais: Questões interpretativas e limites da justiciabilidade*. In SILVA, Virgílio Afonso da (org). *Interpretação Constitucional*, São Paulo: Malheiros editores, 1ª ed., pág. 179.

Portanto, os direitos fundamentais sociais com contornos bem definidos pela Constituição estão aptos a serem, desde logo, exigidos pelo destinatário, sem intermediação legislativa, embora possível e até desejada, posto que a intervenção judicial, ainda que solucione questão pontual de efetividade dos direitos, jamais substitui, pela natureza da função, a atuação política dos demais órgãos integrantes da estrutura estatal.

Outro exemplo evidente de direito fundamental social com densidade constitucional suficiente a permitir a intervenção jurisdicional direta é o direito à educação infantil, previsto, na Constituição brasileira, genericamente, no artigo 6º, ao lado de outros direitos sociais que ali foram consagrados, e especificamente no artigo 208, IV, da Carta Constitucional que, claramente, estabelece contornos materiais e diretrizes específicas de acesso ao direito à educação infantil com a garantia de “educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade.”

Quanto a essa questão em particular, vale mencionar a decisão do Supremo Tribunal Federal, em parte, transcrita às fls. 131. Posicionou-se a Corte pela efetividade da norma constitucional, apenas possível pela maturação da previsão constitucional

Nota-se que o entendimento do Ministro Celso de Mello, relator do Recurso Extraordinário mencionado, coincide com o posicionamento aqui

expressado de que os direitos sociais que rendem o direito à prestações estatais, enquanto definidos pela própria Constituição Federal, vinculam o Estado como um todo, inclusive o Poder Judiciário na função jurisdicional.

Mas a solução para os direitos sociais que referidos no texto constitucional, não alcançaram o mesmo patamar de densidade normativa, não deve ser a mesma.

6.3.2 DIREITOS SOCIAIS EM NORMAS CONSTITUCIONAIS DE BAIXA DENSIDADE

Diferentemente do que ocorre com os direitos sociais tratados de maneira densa pela Constituição, outros são por ela referidos, sem detalhamento. A norma constitucional não se completa e não aponta, sequer as diretrizes para o estabelecimento da política pública necessária à implementação das atividades materialmente exigíveis.

Nesse caso, a atividade política deve se encarregar de traçar a melhor forma de execução das prestações exigidas pela Constituição, encontrando os melhores meios, a melhor técnica, racionalizando a utilização dos recursos necessários no oferecimento das atividades materiais. Enfim, será preciso planejar, decidir e executar, segundo um programa criado, desenvolvido e estruturado em razão dos objetivos constitucionalmente propostos.

Não há política pública sem planejamento, sem estudos técnicos que viabilizem a execução voltada àqueles que, efetivamente, dela dependam, ainda que parcialmente. As decisões, nessa órbita, gravitam em torno dos Poderes Legislativo e Executivo, com vocação, ainda que formal, para decisões dessa natureza. Direitos sociais devem ser tratados em função da multiplicidade de titulares e não se realizará, de fato, no varejo, com decisões judiciais que, ao verificar a carência dos programas públicos, determinam o oferecimento de prestações individuais.

Não se diga que a intervenção do Judiciário nessa seara tenha o condão de efetivar direitos sociais. Não o fará. A desejada efetivação não se realizará por completo e a verdadeira proteção que deveria decorrer da construção dos programas públicos estará mais distante. O sistema jurídico brasileiro não dispõe de instrumento processual capaz de ensejar tutela coletiva efetiva. Assim, decisões judiciais na linha final das batalhas intersubjetivas não implicarão na realização plena dos direitos sociais.

A intervenção Judicial não alcançará, com feição individualista de que é dotada, o cerne do problema. O Judiciário não pode instituir serviços públicos, não dispõe da estrutura exigida para tanto, não tem essa vocação política e, muito menos, funcional.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho percebeu e anotou:

Ademais, a efetivação de direitos sociais, quando reclama a instituição de serviço público, dificilmente pode resultar de uma determinação judicial. Tal instituição depende de inúmeros fatores que não se coadunam com o imperativo judicial.¹³²

A mesma preocupação foi registrada por Têmis Limberger que não crê ser, a intervenção jurisdicional, canal apropriado para a busca da plena aplicabilidade dos direitos sociais:

Este debate, a princípio, serviu para trazer ao judiciário atos que não eram revistos sob o manto do dogma da discricionariedade administrativa. Atualmente, porém, é uma apreciação pontual de determinado caso – microjustiça - que, geralmente, desborda dos parâmetros constitucionais e não interfere nas questões mais abrangentes. São decisões, por vezes, descontextualizadas e calcadas no subjetivismo judicial, o denominado solipsismo jurídico. Estas manifestações ao invés de alavancar a resolução do problema acabam por atravancá-lo.¹³³

Assim, inegável que os direitos fundamentais sociais, especialmente quando previstos em normas com baixa densidade normativa, carecem de aplicação imediata e direta, não obstante a expressa disposição constitucional do § 1º, do artigo 5º, da Constituição brasileira.

A referência à baixa densidade normativa é importante para bem caracterizar as normas constitucionais que consagram determinados direitos fundamentais de cunho social, mas não os define em toda a extensão, sem apontar diretrizes mínimas da atividade material que, em contrapartida, está sendo atribuída ao Estado. Nesse particular, ainda que não se tratem de meros compromissos

¹³² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 13ª ed. 2011, pág. 70.

¹³³ LIMBERGER, Têmis. *O Solipsismo Jurídico e o (des)controle das políticas pública*. In CALLEGARI, André Luiz. STRECK, Lênio Luiz. Rocha, Leonel Severo (org.) *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pág. 263.

assumidos pelo legislador constituinte, os direitos não poderão ser reclamados de plano, enquanto não regulamentados ao ponto de serem criadas e efetivadas as condições materiais, financeiras e procedimentais para a implementação dos direitos.

Conclui-se, dessa forma que se a norma constitucional, ao definir direitos sociais, o faz de forma pouco densa e insuficiente, não se pode cogitar de imediata aplicação, sem intermediação legislativa-política, para a concretização das tarefas necessárias à satisfação dos direitos.

É o que afirmam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

Isso se explica juridicamente pelo fato de o § 1º do art. 5º da CF referir-se a normas 'definidoras' de direitos. As normas que definem de forma insuficiente um direito não são imediatamente aplicáveis na realidade social – não porque isso não é desejável, mas porque é simplesmente impossível 'aplicar' um direito sem conhecer as hipóteses e condições de sua incidência e as formas de seu exercício. Trata-se de normas de baixa densidade normativa. Conseqüência da escolha do constituinte de não concretizar suficientemente estas normas, tal com fez em outras normas concretas e definidas, é a impossibilidade de aplicação imediata.¹³⁴

André Ramos Tavares, comentando o § 1º, do artigo 5º, da Constituição brasileira, também se refere a esses direitos que, não obstante a fundamentalidade, aguardam a densificação normativa necessária para a plena aplicação:

¹³⁴ DIMOULIS, Dimitro. MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 2ª ed., págs. 91/92.

Mas o dispositivo encontra-se sujeito a certa crítica e até a uma interpretação restritiva por parte da doutrina. Isso ocorre especialmente sobre o significado de 'normas definidoras', pois é condição necessária para a referida e desejada 'aplicação imediata', Realmente, a redação impõe a aplicação imediata apenas para as normas definidoras de direitos.¹³⁵

E complementa:

Não há como pretender a aplicação imediata, irrestrita, em sua integralidade, de direitos não definidos de maneira adequada, cuja própria hipótese de incidência ou estrutura ficam claramente a depender de integração por meio de lei.¹³⁶

E, quanto menor a densidade normativa dos direitos sociais, maior, na mesma e inversa proporção, o campo de atuação do legislador em definir, a partir do texto constitucional, o exato alcance dos direitos, a medida da atividade a ser desenvolvida e a forma de melhor atender a esfera subjetiva do direito.

Registre-se, nesse ponto, que não se faz qualquer justificativa de legitimar a ideia de que não há dever estatal. O dever existe, corresponde a um direito fundamental e deve ser implementado. Isso, contudo, a partir de decisões políticas, dentro da esfera discricionária deixada pela Constituição aos órgãos públicos competentes. A discricionariedade, nessa quadra, é do legislador e não do judiciário que não está autorizado a determinar medidas prestacionais, além das definidas pelo legislador ou, diretamente pela Constituição, quando densas as normas a respeito do tema, impondo-se ao Judiciário, sempre, a necessidade de reconhecer a omissão inconstitucional da ausência da disciplina legal e/ou

¹³⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 5ª ed. 2010, pág. 456.

¹³⁶ *Ibidem*.

administrativa a que o Estado se obriga, com as conseqüências jurídicas daí decorrentes ou, ainda, decidir pela aplicação imediata do direito social com a entrega efetiva da prestação correspondente, quando a Constituição proporcionar, pela densidade normativa dos direitos definidos, a aplicação direta e imediata.

Mais uma vez, importante a lição de Dimoulis e Martins, que bem detectaram a sutil distinção entre direitos prontos daqueles que demandam intervenção do legislador:

A pergunta crucial é saber o que *exatamente* garante a Constituição ao titular de certo direito fundamental prestacional ou social. Isso se relaciona com a baixa densidade normativa dos direitos sociais que atribuem ao legislador um amplo poder de concretização. Assim, por exemplo, a garantia genérica do direito à saúde não significa a obrigação estatal de oferecer tudo aquilo que deseja o interessado ou recomendam seus médicos. Tendo estabelecido a área de proteção do direito de maneira rigorosa, cabe ao Estado realizar a prestação, sendo as alegações de ‘impossibilidade’ irrelevantes, tal como é irrelevante a alegação do contribuinte de que se encontra na impossibilidade de pagar seus impostos.¹³⁷

Portanto, não se trata de garantir o mínimo existencial ou encontrar o núcleo essencial dos direitos sociais, quando esse núcleo não foi apontado pela Constituição, como também não se trata de afastar o acesso aos direitos sociais prestacionais com a aplicação da teoria da “reserva do possível”, mas de impor ao Estado, tudo aquilo que foi determinado e definido pela Constituição, na medida em que foi previsto, deixando a tarefa de implementação dos direitos sociais não suficientemente definidos aos órgãos estatais de decisão política que, evidentemente, não podem ser omitir no exercício dessa tarefa.

¹³⁷ DIMOULIS, Dimitro. MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 2ª ed., págs. 95/96.

6.3.3 OMISSÃO POLÍTICA DO LEGISLATIVO E EXECUTIVO E A ATUAÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO

Se o legislador ou o órgão político competente deixa de produzir a lei que deveria intermediar a previsão constitucional e a ação material do Estado, será necessário perquirir e responder, antes, como pressuposto de qualquer conclusão, de qual direito, em particular se trata.

Se o direito está relacionado às prestações materiais identificadas com clareza na norma constitucional, possível será a intervenção e o controle jurisdicional, com determinação de implementação das tarefas materiais necessárias à consecução do fim inserido no texto constitucional, bastante para imprimir suficiente densidade normativa que permitirá a concretização do direito e atendimento àquele que o reclama ante a ausência de atuação legislativa ou mesmo administrativa.

O Poder Judiciário, em qualquer instância, na tarefa de aplicador do direito, estará determinando aquilo que já está perfeitamente definido. Aplicará direta e imediatamente a Constituição, valendo-se, inclusive, de expressa disposição nesse sentido posta no artigo 5º, § 1º, da Carta Magna. Não se diga que estaria impedido de fazê-lo, pois, não há qualquer impedimento normativo e, ao contrário, há determinação constitucional clara a ser atendida.

É o caso dos direitos sociais originários já referidos neste trabalho e que permitem direta aplicação pelos próprios contornos prefixados pela norma constitucional. São exemplos o direito à saúde (arts. 196 e seguintes, CF); à educação básica aos que se encontram entre 4 (quatro) e 17 (dezesete) anos de idade (art. 208, I, CF); o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, III, CF); a educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade (art. 208, IV, CF).

São todos direitos definidos pela Constituição, enquadrando-se, pois, entre os direitos sociais prestacionais originários, que por possuírem densidade normativa constitucional, indicam, desde logo, todos os elementos necessários à implementação, ainda que por força de intervenção jurisdicional, necessária e legítima.

Nessa quadra, não é possível qualquer oposição, seja pela argumentação relacionada à “reserva do possível”, seja pelos argumentos que resistem à intervenção judicial nas políticas públicas pela impropriedade das decisões judiciais ativistas. O juiz, qualquer um, de qualquer tribunal, está habilitado a decidir pelo cumprimento da Constituição, buscando nela mesma, os parâmetros normativos que servirão de suporte ao julgamento, vez que a Constituição antecipou-se à própria atividade do legislador ordinário e do Poder Executivo para

deixar definidos os marcos necessários ao pleno exercício dos direitos por ela também consagrados. Então o Judiciário estará cumprindo sua função e nada mais.

Por outro lado, há direitos sociais consagrados pelo mesmo texto constitucional, com menor densidade normativa. Não foram, como os já referidos, definidos com a extensão necessária à perfeita compreensão e delimitação dos seus efeitos. São direitos sociais derivados e que demandam intermediação legislativa, absolutamente necessária para que sejam efetivados. Nesses casos, decisões judiciais no atendimento de pleitos individuais, não são adequadas, exatamente pela ausência dos necessários marcos normativos, agora deixados ao legislador infraconstitucional na medida em que a Constituição deles não tratou.

Esses direitos exigem, antes da materialização, construção normativa, resultado da atuação política-governamental do Estado, inserida, naturalmente, na ação do Executivo e Legislativo, com menor ou nenhuma penetração possível ao Judiciário, pois, questões técnicas e orçamentárias, pressupostos de qualquer decisão política, estão inseridas na atuação do legislador.

Dependem de políticas públicas que devem ser idealizadas, planejadas e estruturadas a partir da afirmação constitucional, que, entretanto, deixou grande margem de discricionariedade ao legislador para que, sensível às necessidades, ciente das possibilidades e limites técnicos, materiais e financeiros,

possam ser objeto de ampla discussão política, por consequência, resultado de decisão democraticamente tomada.

É a lição de Fernando Facury Scaff, ao responder que deve determinar as prioridades para a realização dos gastos públicos:

No Brasil, como visto acima, deve ser o Poder Legislativo – como aliás, em todos os países ‘ocidentais’ – através do sistema orçamentário, pois é nele que serão designadas as prioridades a serem implementadas em *curto* e *médio* prazo – os objetivos de *longo* prazo estão previstos na Constituição. A isto se chama ‘*discricionariedade do legislador*’ - a possibilidade de escolha pelo legislador dos objetivos de curto e médio prazo que devem ser implementados visando alcançar as metas estabelecidas na Constituição.¹³⁸

Portanto, nesse âmbito, a intervenção jurisdicional se reduz drasticamente e, admitir qualquer atuação judicial implicará, tão somente, no atendimento individualizado de alguém, nunca em construção ou intervenção em políticas públicas. Ao contrário, decisões judiciais nessa seara, na medida em que não levam em consideração, propriamente, os pressupostos sociais dos direitos, tem a aptidão de tumultuar a implementação de políticas públicas na medida em que, o remanejamento de eventuais recursos públicos ao atendimento de decisões judiciais individualizadas, que não se comprometem, necessariamente, com as políticas públicas, prejudicará a regular implementação dos direitos sociais para via política adequada.

¹³⁸ SCAFF, Fernando Facury. *A Efetivação dos Direitos Sociais no Brasil*, in SCAFF, Fernando Facury, ROMBOLI, Roberto e REVENGA, Miguel (coord). *A Eficácia dos Direitos Sociais*, São Paulo; Quartier Latin, 2010, pág. 27.

Pertinente também registrar os apontamentos feitos por Luis Roberto Barroso ao tomar como exemplo o Direito social à moradia:

Ninguém ousaria discordar de que este 'direito' à moradia não investe seu titular numa situação jurídica comparável à dos exemplos anteriores. Entendimento diverso conduziria à conclusão de que, no dia seguinte à promulgação de tal texto, todo indivíduo que fosse capaz de demonstrar que não possui moradia nos moldes previstos na norma teria ação contra o Poder Público para recebê-la.¹³⁹

Importante consignar que a oposição que aqui se defende e que marcha no sentido da impossibilidade de criação de políticas públicas pelo Judiciário, não está relacionada com a teoria da “reserva do possível”, que ganha fôlego na doutrina brasileira.¹⁴⁰

A teoria da reserva do possível é construção dogmática relacionada com o fato dos direitos sociais prestacionais gerarem gastos ao Estado, na medida em que exigem a criação e a materialização de políticas públicas, necessárias ao oferecimento de bens materiais aos destinatários. Por isso, tem maior relevância econômica quando comparados com outros direitos fundamentais de feição negativa¹⁴¹.

Como geram gastos, devem estar inseridos no contexto orçamentário da entidade pública. As despesas devem ser aplicadas seguindo orientação prevista na lei orçamentária e devem ser realizadas de maneira racional.

¹³⁹ BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro: Renovar, 9ª ed., 2009.

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2ª ed., 2010.

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 8ª ed., 2007, págs. 284/285.

Se não há previsão legal ou se a despesa decorrente da implementação direta dos direitos sociais, sem intermediação do legislador, é desproporcional, em tese, é legítima a oposição de resistência com apoio na teoria da “reserva do possível”.

Entretanto, como advertem Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, “a figura da reserva do possível nasceu da decisão *Numerus clausus* do TCF alemão, que avaliava uma intervenção estatal na liberdade profissional de candidatos ao curso de medicina de uma universidade pública alemã. Tratava-se de uma redução de posição jurídica individual provocada por mudança legislativa, e não problema de direitos sociais.”¹⁴²

E, tanto como os referidos autores, conclui-se que a (im)possibilidade de implementação plena, direta e imediata, pelo Poder Judiciário, dos direitos sociais não tem relação com a teoria da “reserva do possível”. Ou os direitos estão definidos no texto constitucional, em normas densas, inclusive com reserva orçamentária mínima, como ocorre no Brasil com os direitos à saúde e educação e, em decorrência disso, podem ser implementados, inclusive com a intervenção judicial, nos limites e nas condições normatizadas pelo texto constitucional, mesmo sem intermediação legislativa, ou não estão suficientemente densos na Constituição, quando se exigirá, necessariamente, decisão política dos órgãos competentes.

¹⁴² DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed. 2010, pág. 92.

Não se desconhece a limitação orçamentária do Poder Público e a escassez de recursos que não atendem, ao mesmo tempo a todas as necessidades públicas e sociais. A escolha de onde e quanto gastar é do legislador, limitado pelas diretrizes constitucionais, inclusive quanto aos gastos mínimos nesta ou naquela área ou atividade, como, repita-se, ocorre no caso brasileiro, com as atividades na área de saúde e educação. Todavia, a afirmação de que há limites para a intervenção do Judiciário nas políticas públicas não está baseada nesses marcos orçamentários.

O problema, diferentemente disso, é jurídico, não econômico. Não há condição jurídica, antes da decisão legislativa, de implementação dos direitos sociais prestacionais derivados. Eles esperam a intervenção estatal pela via do legislador que deve fazê-lo, sob pena de sujeitar-se aos instrumentos jurídicos também previstos na Constituição para impedir que omissões legislativas se prolonguem no tempo de forma definitiva.

Vale dizer, a falta de efetividade das normas constitucionais que consagram direitos sociais com tal configuração pode ser combatida com instrumentos constitucionais próprios. A Constituição, como sempre, oferece as respostas necessárias.

É o caso do mandado de injunção, previsto no artigo 5º, LXXI, que criou, no sistema jurídico brasileiro, instrumento processual, de jaez constitucional, que permite à autoridade judicial competente, solucionar, com a força

criativa da decisão, a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Por força desse importante instrumento, está o Judiciário autorizado a suprir a ausência de regulamentação dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, definindo o necessário para o exercício dos direitos cujo exercício está prejudicado pela ausência de norma que deveria ter sido produzido pelo legislador ou mesmo pelo Executivo.

Portanto, instrumentos jurídicos existem. Precisam ser utilizados e manejados e o Supremo Tribunal Federal, já teve oportunidade, em decisão conhecida, de se utilizar desse instrumento para suprir ausência de norma não produzida pelo legislador, quando supriu omissão de lei exigida pelo artigo 37, VII, para regulamentação do direito de greve dos servidores públicos. Aqui, portanto, há espaço para atuação do judiciário, inclusive no que se refere aos direitos sociais, mesmo os derivados, que demandam intervenção do legislador. Isso ocorreu com o julgamento dos Mandados de Injunção ns. 670, 708 e 712, oportunidade em que a Corte Constitucional brasileira determinou, diante da omissão do Congresso Nacional, fosse aplicada aos servidores públicos civis a Lei 7.783, que regula o mesmo tipo de direito aos trabalhadores em geral.

A utilidade do instrumento também pode ser demonstrada, em seus desdobramentos, pela recente aprovação, pelo Congresso Nacional, da Lei nº

12.506, de 11 de outubro de 2011 que institui o Aviso Prévio indenizado, atendendo a comando constitucional inserido no artigo 7º, inciso XXI da Constituição brasileira.

Desde a redação original, a norma constitucional consignou ser direito dos trabalhadores, aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias. Contudo, tal direito estava a aguardar a produção legislativa desde então, o que só ocorreu em 2011, vinte e três anos após a promulgação da Constituição.

É caso típico de omissão inconstitucional que foi levada ao Supremo Tribunal Federal pelo instrumental por meio do Mandado de Injunção 695, julgado em 1º de março de 2007, sob a relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, foi reconhecida a ausência de regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional e portanto a mora legislativa, com comunicação ao Congresso Nacional para que promovesse a supressão da lacuna que acabou sendo afastada pela intervenção do legislador o que, em alguma medida, deveu-se do reconhecimento da omissão pelo Supremo Tribunal Federal.

E, a competência, conforme prevê o artigo 102, I, q, da Constituição Federal, quanto às omissões do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do Supremo Tribunal Federal é do próprio STF. Assim, ao menos considerando omissões no plano federal, não cabe, por carência de

competência, aos demais órgãos do Poder Judiciário, a correção de omissões inconstitucionais, ainda que referentes aos direitos fundamentais prestacionais.

Registre-se também a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, de competência do Supremo Tribunal Federal, conforme art. 103, § 2º, da Constituição Federal, que permite o reconhecimento da omissão inconstitucional e a ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. Certo que o constituinte foi acanhado ao não prever qualquer sanção ao legislador quando se mantém inerte ante a decisão do STF, mas de toda forma, o instrumento jurídico existe e pode representar importante ferramenta ao trazer para o cenário jurídico o reconhecimento de omissões do legislador, com capacidade de provocar, inclusive, pressões sociais próprias da sociedade democrática.

Desse modo, existem caminhos abertos pela própria Constituição para afastar as faltas de regulamentação de direitos consagrados também pela Constituição, quando os direitos não puderem ser extraídos diretamente da norma constitucional pela falta de perfeita definição do seu conteúdo normativo. É o caso dos direitos prestacionais que não foram, embora previstos na Carta Constitucional, definidos de forma completa, como ocorreu com o direito à alimentação, à moradia, em parte ao direito de acesso à educação.

Portanto, não há espaço para o ativismo judicial, em todas as instâncias do Poder Judiciário, como fenômeno que o autoriza a ocupar o vazio

deixado pelo legislador. O Judiciário deve controlar as políticas públicas definidas pelo legislador e deixar que este defina, segundo critérios políticos de conveniência, respaldado na representação popular, como implementá-las. Eventuais omissões legislativas devem ser corrigidas pelos mecanismos próprios do Mandado de Injunção e Ação de Inconstitucionalidade por Omissão e não por decisões pulverizadas por todo o Judiciário.

Como concluiu Edinilson Donisete Machado, “deslocar a esfera da decisão política dos legitimamente responsáveis democraticamente, para depositá-la em mão da função jurisdicional não promoverá a efetividade; pelo contrário, trará a falsa expectativa de efetividade e por resultado a destruição da última utopia, que seria o governo dos juízes.”¹⁴³

6.3.4 A OMISSÃO, RETARDAMENTO OU EXECUÇÃO INADEQUADA DA POLÍTICA PÚBLICA E O CONTROLE JURISDICIONAL.

O panorama, nesse ponto do trabalho, altera-se substancialmente, pois, a decisão política já foi tomada e a política pública concebida pelo legislador. Não se trata de evitar ou suprimir a omissão política do legislador, devidamente tomada. Trata-se, sim, de implementar o direito já delineado, inclusive no plano infraconstitucional, o que torna a tarefa do intérprete, sem dúvida, mais fácil.

¹⁴³ MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo Judicial – limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012, p. 150.

A lei foi produzida; não obstante, não chega a ser aplicada. Evidente que nesse ambiente, a intervenção jurisdicional é totalmente pertinente e necessária para impor atendimento à decisão legislativa tomada. É típico exercício da atividade jurisdicional afeta à função do Judiciário de aplicar a lei, em conformidade com a Constituição. Vale dizer, a fase de decisão política foi superada, restando tão somente implementar e executar materialmente do que fora decidido.

Não se tratará, pois, de efetivação de normas constitucionais, a não ser indiretamente, mas da norma infraconstitucional que segue no sentido de permitir a plena eficácia dos direitos consagrados pela Constituição.

E, numa análise inicial do fenômeno, pode ser percebido que, em grande medida, o problema da efetividade dos direitos fundamentais sociais está na execução ou inexecução das tarefas já definidas pela decisão politicamente tomada.

No que se refere, por exemplo, ao direito à saúde, grande parte da discussão que se desenvolve no plano da efetividade dos direitos prestacionais pode ser aqui localizada. A intervenção judicial dá-se nesse plano.

O Ministro Gilmar Mendes, em lúcido voto proferido no Agravo regimental interposto pela União contra a decisão da Presidência do STF, que indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada n.º 175, formulado pela União, contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região,

nos autos da Apelação Cível nº 408729/CE (2006.81.00.003148-1), teve a oportunidade de registrar:

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas. Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública sobre Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.

Esse dado pode ser importante para a construção de um critério ou parâmetro para a decisão em casos como este, no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes.

Assim, também com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.¹⁴⁴

Além disso, uma pesquisa a respeito de outros direitos fundamentais sociais, de cunho prestacional, levará à conclusão de que existem políticas públicas definidas a partir da decisão política adequadamente tomada, o que desloca a discussão para o plano de cumprimento das políticas e não da definição das políticas.

¹⁴⁴ Voto do Ministro Gilmar Mendes, proferido em sede de agravo regimental interposto pela União, contra decisão da Presidência do STF, na qual foi indeferido o pedido de suspensão de tutela antecipada, formulada pela União. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf> > Acesso em 20 de abril de 2012.

Na área do direito à educação pode-se observar a produção da Lei nº 9,394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) como também da Lei nº 10.172/2001, que aprova o Plano Nacional de Educação. São, certamente, os resultados das decisões tomadas pelo legislador, com legitimação democrática para decidir, com alguma margem de discricionariedade, no plano infraconstitucional e sempre inspirado nos parâmetros constitucionais, fundando as bases para o desenvolvimento das políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais de que tratam.

Na área habitacional, com especial ênfase ao direito social à moradia, digno de registro o Programa “Minha Casa Minha Vida”, administrado pelo Ministério das Cidades, finalizando criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais).

Referido programa, com evidente natureza de política pública foi criado pela Lei 11.977/2009, alterada recentemente pela Lei 12.424/2011, e regulamentado pelo Decreto n. 7.499/2011 e Portaria nº 465/2011, do Ministério das cidades e prevê, entre outras medidas, a concessão de subsídios às famílias que atendem os requisitos legais, para aquisição de moradia própria. Como subsídio, logo se vê que o programa não prevê o acesso gratuito à moradia, mas por ele incentivado.

Por fim, também o direito social à alimentação é objeto de programas que viabilizam políticas públicas, antes mesmo de sua expressa inserção no art. 6º, da Constituição Federal, o que ocorreu por força da Emenda Constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010.

A Lei Federal 11.346/2006 já estabelecia definições, princípios, diretrizes, objetivos e composição do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN, por meio do qual o poder público, com a participação da sociedade civil organizada, formulará e implementará políticas, planos, programas e ações com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada. Nos termos do art. 2º, da Lei “A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.”

A partir de então, políticas públicas em todos os níveis de atuação política e governamental puderam ser desenvolvidas.

Pelo que se nota, em todas as áreas dos direitos sociais prestacionais, evidencia-se a movimentação do poder público no sentido da implementação dos direitos, por intermédio de políticas públicas. Por isso, a discussão, em relação a tais políticas, localiza-se, como já afirmado, muito mais na

área do cumprimento e da execução das atividades materiais do que, propriamente, na área de eventuais vácuos legislativos.

Assim, existentes decisões políticas com definição de programas públicos de oferecimento de prestações sociais, absolutamente possível, pertinente e necessária a intervenção judicial para determinar, em casos concretos, o oferecimento das prestações em caso de omissão, retardamento ou prestações inadequadas, vez que, o controle judicial, na hipótese, é exercido como resultado da atividade jurisdicional do Estado.

6.3.5 (IN)SUFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Questão das mais tormentosas é a que se enfrentará, nessa parte final na qual será analisada a possibilidade e os limites da intervenção jurisdicional em relação às políticas públicas, especialmente quando supostamente insuficientes.

A dificuldade inicial reside já na determinação da insuficiência das políticas públicas. A adequação, suficiência e quantidade das prestações é, naturalmente, determinada pela decisão política e encerra um grau maior ou menor de discricionariedade, sempre em vista dos parâmetros previstos no texto constitucional. E, tal decisão é tomada levando-se em consideração, de um lado, a

necessidade constitucional das prestações sociais e, de outro, em que medida essas prestações atenderão, de modo satisfatório, o direito dos destinatários.

Importante, nesse aspecto, a ideia de que os direitos fundamentais custam e que, qualquer decisão, deve ter isso em conta ante a variedade de ações estatais que precisam ser mantidas. Não se trata, como anteriormente referido, da possibilidade da limitação dos direitos prestacionais pela teoria da “reserva do possível” a autorizar a não entrega dos bens materiais pelo excesso do custo, mas à necessidade da decisão estar pautada também no aspecto orçamentário cuja decisão compete, mais uma vez, ao legislador. Limites orçamentários existem e não podem ser desconsiderados pelo legislador e administrador que devem decidir com responsabilidade quando definem políticas públicas.

O caminho a ser percorrido, pois, é o da tomada de decisões racionais, que alcancem, da melhor maneira, o máximo de destinatários, com recursos adequados. Imprescindível alcançar, como afirma Sarlet, “a máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, em favor dos quais (seja qual for a categoria a que pertençam e consideradas as distinções traçadas) milita a presunção de imediata aplicabilidade e plenitude eficazional.”¹⁴⁵ É, portanto, também uma questão de eficiência na atuação do poder público. Aliás, não se esqueça, nessa quadra, que a eficiência da ação estatal é marca constitucional também, prevista no artigo 37, da Constituição Federal brasileira.

¹⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 10ª ed., 2009.

A racionalização da decisão é fundamental e implicará na garantia de realização mínima e razoável dos direitos sociais. Concorde-se, desse modo, com a necessidade de atendimento do núcleo essencial dos direitos. Além dele, não pode avançar a atividade jurisdicional sem ultrapassar os limites, também constitucionais, da competência política reservada aos poderes Legislativo e Executivo onde se localiza um nível maior de discricionariedade.

Assim, se a prestação é satisfatoriamente entregue, a sindicabilidade jurisdicional será inviabilizada. Totalmente diversa será a hipótese de ausência da prestação que permitirá, a depender do direito analisado, a intervenção do judiciário pelos instrumentos apropriados.

Em outras palavras, a discricionariedade, na medida em que concedida pela Constituição é do legislador e se, com base nesse critério, o direito prestacional foi concebido e é oferecido satisfatoriamente, não caberá ao Judiciário a possibilidade de intervenção concretizante.

Como exemplo do que se afirma, vale a menção a questão atinente ao direito à educação, previsto no artigo 205, da Constituição Federal que cria para o Estado o dever político e jurídico de oferecer prestações positivas na área educacional, com eficiência. Entendendo insuficientes e ineficientes as políticas públicas criadas e implementadas pela União Federal, os partidos políticos PT, PC do B e PDT ingressaram com Ação de Inconstitucionalidade por Omissão do

Presidente da República e do Ministro da Educação, por suposta omissão no dever de erradicar o analfabetismo e propiciar a todos, educação de qualidade no Brasil.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o pedido, decidiu pela improcedência da ação, firmando o entendimento de que não restou caracterizada a omissão do poder público:

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão em relação ao disposto nos arts. 6º; 23, V; 208, I; e 214, I, da Constituição da República. Alegada inércia atribuída ao presidente da República para erradicar o analfabetismo no País e para implementar o ensino fundamental obrigatório e gratuito a todos os brasileiros. Dados do recenseamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística demonstram redução do índice da população analfabeta, complementado pelo aumento da escolaridade de jovens e adultos. Ausência de omissão por parte do chefe do Poder Executivo federal em razão do elevado número de programas governamentais para a área de educação. A edição da Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e da Lei 10.172/2001 (Aprova o Plano Nacional de Educação) demonstra atuação do Poder Público dando cumprimento à Constituição. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão improcedente.¹⁴⁶

Na mesma decisão em que a omissão foi afastada, restou reconhecido que muito deverá ser feito pela melhoria da educação no Estado brasileiro, o que autoriza a conclusão de que a prestação deve ser prestada satisfatoriamente e que, verificada essa medida, nada autoriza intervenção jurisdicional.

Portanto, em sede de decisões políticas discricionárias, deve-se analisar se os meios a serem utilizados são adequados aos fins e interesses

¹⁴⁶ STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.698, Rel. Min. Cármen Lúcia, Julgamento em 25.2.2010, Plenário, DJE de 16-4-2010.

perseguidos. Se a decisão é equilibrada, racional e leva em consideração a realidade da equação necessidade/possibilidade, inviável a intervenção jurisdicional a censurar as políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos sociais.

Desse modo, a intervenção jurisdicional será apropriada quando o ato de decisão política mostrar-se não razoável e desproporcional.

Como afirmou Eurico Ferraresi,

Vale dizer que, quando se discute atividade discricionária, discutem-se opções que devem ser tomadas pelo agente público, de forma equilibrada e harmoniosa (...). Evidentemente, o juiz não apenas pode, como deve, verificar se a escolha feita pelo Administrador Público respeitou os ditames legais. O que não pode ocorrer é a alteração da escolha feita pelo agente público quando ela não se afigure inapropriada. No momento em que o ordenamento jurídico permite ao agente público atuar com determinado campo de independência, permite-se, discricionariamente, a revisão judicial apenas nos casos em que a escolha feita seja desarrazoada.¹⁴⁷

Há, pois, obstáculos jurídicos à intervenção do Judiciário, contra decisões políticas, tipicamente discricionárias, desde que, evidentemente, a discricionariedade tenha sido conferida pela própria Constituição.

¹⁴⁷ FERRARESI, Eurico. *Modelos Processuais coletivos: comparação entre ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo*. Orientadora Ada Pellegrini Grinover. Tese (doutorado) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 10-20.

7. CONCLUSÕES

Responder às indagações propostas no início do trabalho não é tarefa fácil, pois, o tema oferece variações e complexidade que impede uma só resposta.

Não é possível afirmar que os direitos sociais que correspondem a ações estatais positivas, porque previstos na Constituição são implementáveis desde logo, ainda que por meio de decisões judiciais. Nem mesmo a previsão constitucional (art. 5º, §1º) de que os direitos definidos na Constituição têm aplicação imediata pode levar à conclusão de que o Poder Judiciário, por seus membros, pode assumir a condição de agente definidor das políticas públicas necessárias à consecução dos fins constitucionais.

Da mesma forma, negar a possibilidade de intervenção do Judiciário, em muitos casos, também não é a resposta adequada.

Antes de qualquer posicionamento é preciso encontrar, entre os direitos sociais de cunho positivo (saúde, educação, alimentação e moradia), aqueles que, por estarem bem definidos pelo próprio texto constitucional, alcançam logo a aptidão para aplicação imediata.

O norte a ser seguido, portanto, está traçado na própria Constituição. Se se tratam de previsões normativas densas, que se bastam na indicação dos pressupostos fáticos necessários à implementação das atividades materiais, certo que o Poder Judiciário não só pode como deve agir, no exercício da atividade jurisdicional constitucional, para determinar a aplicação plena do quanto previsto na Constituição. São os casos dos direitos à saúde e educação, tratados

com profundidade na própria Constituição que aponta, de forma clara, as diretrizes para que sejam efetivados por meio de políticas públicas. Ressalte-se, porém, que relativamente a ambos os direitos, políticas públicas já foram definidas pelo legislador, complementando as diretrizes constitucionais, de sorte que, a questão passa da implementação direta dos direitos pelo Poder Judiciário para o controle jurisdicional das políticas públicas já implementadas.

Outros direitos sociais, entretanto, não receberam tratamento normativo-constitucional com a mesma configuração e exigirão intermediação legislativa, como resultado da necessária decisão política, fruto do exercício democrático do poder. Nesse ponto, reconhece-se que a interferência judicial perde em intensidade.

O tema é multifacetário e exige análise atenta e profunda.

Quando a Constituição atribui densidade normativa a determinado direito social positivo, definindo, ela própria, suficientemente, as necessárias diretrizes, será possível e mesmo necessário, que o Judiciário, sem intermediação legislativa, projete, como resultado da decisão judicial, efeitos concretos ao direito, fundamentando sua decisão na estrutura normativa constitucional, bastante para direta implementação do direito pelo Poder Judiciário.

São, contudo, identificados outros direitos sociais positivos que não mereceram da Constituição tratamento idêntico. Não foram definidos detalhadamente. As previsões não estão prontas e acabadas. A norma não está completa e não aponta, sequer as diretrizes para o estabelecimento da política

pública necessária à implementação das atividades materialmente exigíveis. Nesses casos, a atividade política, desenvolvida na esfera de quem tenha competência, deve se encarregar de traçar a melhor forma de execução das prestações exigidas pela Constituição, decidindo pelos melhores meios, melhor técnica e racionalização na utilização dos recursos necessários ao oferecimento das atividades materiais.

A intervenção judicial nessa área não alcançará o cerne do problema. O Judiciário não pode instituir e prestar serviços públicos, não dispõe da estrutura exigida para tanto, não tem essa vocação política e, muito menos, funcional.

Todavia, eventuais omissões dos órgãos políticos de decisão podem ocorrer, impedindo ou retardando a fruição dos direitos sociais positivos. Nesses casos, surge a possibilidade de utilização dos instrumentos constitucionais do Mandado de Injunção e da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão que levarão a questão, pela via apropriada, aos órgãos competentes do Judiciário, com missão constitucional de interferir no processo de formatação das políticas públicas não produzidas pelo Poder Público, na medida em que dispõe de competência para declarar a omissão inconstitucional e de estabelecer, no caso do Mandado de Injunção, a norma específica para exercício do direito invocado pelo interessado.

Registre-se, entretanto, que as competências referidas não estão difundidas por todos os órgãos do Poder Judiciário. Relativamente às omissões legislativas ocorridas no plano federal, apenas o Supremo Tribunal

Federal, as detém, conforme definido no arts. 102, I, “q” e 103, § 2º, ambos da Constituição Federal de 1988.

Existem, pois, instrumentos indicados pela Constituição para minimizar as omissões na regulamentação de direitos consagrados também pela Constituição, quando os direitos não puderem ser extraídos diretamente da norma constitucional pela falta de perfeita definição do seu conteúdo normativo.

Nota-se, outrossim, que muitas discussões que colocam, como pano de fundo, a problemática da concretização das normas constitucionais de direitos sociais prestacionais, não passam do plano da aplicação de leis regularmente produzidas, no plano infraconstitucional. Trata-se, nessa quadra, de omissão, retardamento ou inadequação da decisão política já tomada que, por cento, deve ser adequadamente implementada, mesmo que seja pela via jurisdicional.

Por fim, não é possível desconsiderar situações em que a política pública, embora existente, seja insuficiente. Nesse caso, a solução dependerá da análise da decisão política, considerada no âmbito da discricionariedade conferida ao legislador. Se a prestação é satisfatoriamente entregue, a censura jurisdicional será inviabilizada. Diferente será a solução, sendo apropriada a intervenção jurisdicional quando o ato de decisão política mostrar-se não razoável e desproporcional, implicando em atividade material falha ou ineficiente.

Portanto, em muitos aspectos, aponta-se como apropriada a intervenção jurisdicional. Em outros, não.

E, mesmo quando possível a atuação jurisdicional para o controle de políticas públicas ante a omissão total ou parcial do legislador ou em face da falha ou insuficiência das políticas públicas existentes e, ainda que se reconheça a inegável criatividade do juiz no momento da construção do ato de decidir, este, deve encontrar no direito objetivado seu necessário e último referencial. Decisionismo e invencionismo judicial precisam ser evitados para garantir à sociedade um nível desejado de segurança jurídica e previsibilidade mínima das decisões, controláveis e compreensíveis pelo discurso sólido e racional, fundamentado no direito objetivo.

8. BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Geroges. ***Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

AMARAL, Gustavo. ***Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas***. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. ***Estado de Direito e Ativismo Judicial***. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

APPIO, Eduardo. ***Controle Jurisdicional das Políticas Públicas no Brasil***. Curitiba: Juruá. 2006

ARAUJO, Luiz Alberto David e Vidal Serrano Nunes Junior. ***Curso de Direito Constitucional***. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARBOSA, Ruy. ***Comentários à constituição federal brasileira***. Coligidos e coordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva & Cia., 1932, vol.II.
_____. ***Obras completas de Rui Barbosa: limites interestaduais***. Rio de Janeiro: MEC, vol. XLII, Tomo I, 1964.

BARCELLOS, Ana Paula de. ***A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana***. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. ***O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira***. Rio de Janeiro: Renovar, 9ª ed., 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro & BRITTO, Carlos Ayres. ***Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais***. São Paulo: Saraiva, 1982.

BONAVIDES, Paulo. ***Curso de Direito Constitucional***. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006

BOBBIO, Norberto. ***Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos***. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. 13ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
_____. ***O Positivismo Jurídico***. São Paulo: Icone Editora, 1999

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***STA 175. Voto do Ministro Gilmar Mendes***. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>
> Acesso em 20 de abril de 2012

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALLEGARI, André Luiz; STRECK, Lênio; ROCHA, Leonel Severo (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAMARGO, Daniel Marques de. **Jurisdição Crítica e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **O Direito constitucional como ciência de direção – O núcleo essencial de prestações sociais da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social” in Direitos Fundamentais Sociais**. J. J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correa e Érica Paula Barcha Correia (coordenadores), Saraiva: São Paulo, 2010.

_____. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 6ª ed., 1993.

_____. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa**. Separata do Boletim do Ministério da Justiça nº 400.

_____. (coord). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Giudici legislatori?** Milano: Giuffrè, 1984.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **Desafio da efetividade dos direitos sociais**. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 10 de abril de 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. Editora Saraiva, 7ª edição, 2010.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Fundamentos da República e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CRISAFULLI, Vezio. **La Costituzione e Le sue Disposizioni di Princípio**. Milano: Giuffrè, 1952.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 3ª ed. revista. 2007.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método. 2006

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Normas Constitucionais e seus efeitos**. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 1998.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**, Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

FACHIN, Zulmar. **Teoria Geral do Direito Constitucional**. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2ª ed., 2006.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método. 3ª ed., 2008.

FERNANDES, Antônio Sergio Araujo. **Políticas Públicas: Definição evolução e o caso brasileiro na política social**. In Dantas, Humberto e Junior, José Paulo M. (orgs). **Introdução à política brasileira**, São Paulo: Paulus, 2007.

FERRARESI, Eurico. **Modelos Processuais coletivos: comparação entre ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo**. Orientadora Ada Pellegrini Grinover. Tese (doutorado) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 10-20

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 13ª ed. 2011.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva: São Paulo, 17ª edição.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Editora Max Limodad

GÖTTEMS, Claudinei J.; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (coord). **Direitos Fundamentais – da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição Brasileira**. Birigui, SP: Boreal Editora, 2008.

GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. São Paulo: Quartier Latin. 2005.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. Malheiros Editores: São Paulo, 2009

HART, Herbert Lionel Adolphus. ***The concept of Law***. Oxford: Oxford University Press, 2002

HERRERA, Carlos Miguel. ***Estado, Constituição e Direitos Sociais in Direitos Sociais, Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie***. Lumen Juris Editora, 2010

HESSE, Konrad. ***Temas Fundamentais do Direito Constitucional***. São Paulo: Saraiva, 2009.

KAUFMANN, A e HASSEMER, W. ***Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas***. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. ***Teoria Pura do Direito***. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIMBERGER, Têmis. O ***Solipsismo Jurídico e o (des)controle das políticas pública***. In CALLEGARI, André Luiz. STRECK, Lênio Luiz. Rocha, Leonel Severo (org.) ***Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pág. 263.

LOCKE, John. ***Dois Tratados sobre o Governo***. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. ***Ciência Política, Estado e Direito Público – Uma Introdução ao Direito Público da Contemporaneidade***. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

MACHADO, Edinilson Donisete. ***Ativismo Judicial – Limites institucionais democráticos e constitucionais***. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MARTINS NETO, João dos Passos. ***Direitos Fundamentais: Conceito, função e tipos***. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. ***Dimensão jurídica das políticas públicas***. In: Bucci, Maria Paula Dallari (org.). ***Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico***. São Paulo: Saraiva, 2006

MELLO FILHO, José Celso de. ***Constituição Federal Anotada***. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira. ***Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional***. São Paulo: Editora Saraiva, 3ª edição, 2009.

_____. ***Jurisdição Constitucional***. São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. ***Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1 de 1969***. 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1987, t. I.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. UnB, 1982.

MOURA, Lenice S. Noreira (Org). **O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2012.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. Curitiba: Juruá, 2010.

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; SIMÕES, Alexandre Gazetta; IGNÁCIO JÚNIOR, José Antônio Gomes. **Ativismo Judicial: Paradigmas atuais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIETRO SANCHIS, Luis. **“Derechos Fundamentales” em Garcón Valdés, Ernesto y Laporta, F.J. (comp) El Derecho y La Justicia**, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Trotta, Madrid, 1996

PIMENTA. Paulo Roberto Lyrio. **A eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Desenvolvimento Histórico dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988**. In *Retrospectiva dos 20 Anos da Constituição Federal*. AGRA, Walber de Moura (coordenador). São Paulo : Saraiva, 2009
_____. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2009.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**. Coimbra Editora, 2006.
_____. **Direitos Fundamentais Sociais: Questões interpretativas e limites da justiciabilidade**. In SILVA, Virgílio Afonso da (org). *Interpretação Constitucional*, São Paulo: Malheiros editores, 1ª ed. 2007.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROBLES. Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005.

ROSS. Alf. **Il concetto di validità e Il conflitto tra positivismo e giusnaturalismo**. Gênova: EGIC, 1989.

ROTHENBURG, Walter Cláudius. **Princípios constitucionais**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

_____. **Inconstitucionalidade por Omissão e Troca do Sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2ª ed., 2010.

SCAFF, Ferando Facury. **A Efetivação dos Direitos Sociais no Brasil – Garantias Constitucionais de Financiamento e Judicialização**, in Ferando Facury Scaff, Roberto Romboli e Miguel Revenga (coord.), *A Eficácia dos Direitos Sociais*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula Vinculante – um estudo sobre o poder normativo dos Tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 7ª edição, São Paulo:Malheiros, 2007.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito Fundamental à Saúde. O Dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**, in Virgílio Afonso da Silva (coord.), *Interpretação constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira, ATIQUÉ, Henry (org). **Ensaio sobre Direitos Fundamentais e Inclusão Social**. Birigui,SP: Boreal Editora, 2010.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira, ALVES, Fernando de Brito (org). **Políticas Públicas: da previsibilidade à obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos**. Birigui,SP: Boreal Editora, 2011.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira, ANSELMO, José Roberto (org). **Estudos sobre os Direitos Fundamentais e Inclusão Social.: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea**. Birigui,SP: Boreal Editora, 2010.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Ára. **Direitos Sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos – a Constituição de 1988 e suas previsões sociais**. Birigui-SP: Boreal editora, 2011.

STRECK, Lênio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2ª ed. 2010.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 10ª ed., 2011.

STRECK, Lênio Luiz. MOURA, Lenice S. Noreira (Org). **O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista.** Saraiva: São Paulo, 2009

SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMIENTO, Daniel (org). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição Parcial.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional,** Editora Saraiva. 5ª edição, 2007.

_____. **Direito Fundamental à Educação. Direitos Sociais,** Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (coord), Lumen Juris Editora: Rio de Janeiro, 2010.

_____. **Teoria da Justiça Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2005.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo Judicial e políticas públicas: direitos fundamentais.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1991.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos.** Porto Alegre: Fabris, 1997.

YEPES, Rodrigo Uprimny. **A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos in Sur,** Ver. Int. direitos humanos, vol.4, nº 6, São Paulo, 2007