

CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS E A SUA CONCRETIZAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO

*CONSIDERATIONS ON THE RIGHTS AND FUNDAMENTAL SOCIAL
prestaciones THEIR REALIZATION BY JUDICIARY*

Paulo Márcio Cruz¹

Alice Francisco da Cruz Salles²

SUMÁRIO: Introdução; 1 A caracterização dos direitos fundamentais; 2 A evolução dos direitos fundamentais; 3 Os direitos fundamentais sociais prestacionais e sua concretização pelo Poder Judiciário; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

No presente artigo objetivou-se discorrer sobre alguns dos principais pontos que costumam ser tratados quando se discute a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais pelo Poder Judiciário. Primeiramente tratou-se de delimitar conceitualmente os direitos fundamentais, que seriam aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na ordem constitucional interna de determinado Estado. Na sequência, afirmou-se que os direitos sociais se caracterizam, em sua grande maioria, por exigirem do Estado uma atuação positiva na sua implementação. Além disso, destacou-se que os direitos sociais costumam ser veiculados por meio de normas programáticas. O problema central com relação à eficácia dos direitos fundamentais sociais prestacionais reside em saber se o jurisdicionado pode deles deduzir um direito subjetivo a uma prestação estatal. Ao menos três obstáculos costumam ser apontados como impeditivos do reconhecimento de direitos subjetivos diretamente deduzíveis das normas constitucionais instituidoras de direitos sociais. O primeiro é a da própria imprecisão destas normas quanto ao modo de concretização do direito nela previsto. O segundo são os elementos que compõem a chamada "reserva do

¹ Pós-Doutor em Teoria do Estado na Universidade de Alicante (Espanha). Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina (1999). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1995). Especialista em Administração pela UDESC (1987). Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (1984). É professor e coordenador dos Cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. E-mail: pcruz@univali.br.

² Mestranda em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Especialista em Direito Processual Civil pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina - CESUSC. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Bolsista CAPES. E-mail: alicecs@univali.br.

possível". Por último, tem-se o limite imposto pelo princípio da separação dos poderes. A solução para questão passar por uma redefinição do princípio da separação dos poderes. Além disso, nos casos que remontam ao mínimo existencial admite-se o reconhecimento de direito subjetivo aos direitos sociais previstos na Constituição. Na realização da pesquisa adotou-se o método dedutivo e a técnica da pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; direitos sociais prestacionais; concretização; Poder Judiciário.

ABSTRACT

The purpose of this article is to discuss some major points about the achievement of fundamental social rights by the judiciary. First step was to define conceptually fundamental rights, which are those of the human rights recognized in the constitutional order of any State. As a result, it was argued that social rights are mostly characterized by requiring a state positive behavior in its implementation. It is also pointed that social rights are often conveyed through program standards. The central problem regarding the effectiveness of fundamental social rights is whether the jurisdiction over them can deduct a subjective right to a public benefit. At least three obstacles are often cited as impeding the recognition of subjective rights directly deductible from instituting constitutional social rights. The first is the very vagueness of these standards on how to implement the social rights. The second are the elements that make up the so-called "possible reserve". Finally, there is the limit imposed by the principle of separation of powers. The solution for a point to go through a redefinition of the principle of the separation of powers. Moreover, in cases dating back to the minimum existential admits the recognition of the subjective right to social rights in the Constitution. This research adopted the deductive method of research and bibliographic research.

KEY WORDS: Fundamental rights – social rights – achievement – Judiciary Power.

INTRODUÇÃO

As alterações ocorridas a partir da segunda metade do século XXI nas concepções teóricas do Direito e do Estado acabaram por refletir também novas concepções para a atuação dos poderes do Estado. A intervenção do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais, tendência que coabita com o que se convencionou chamar de ativismo judicial é tema de fundamental importância para as sociedades contemporâneas e,

portanto, deve ser objeto de estudo nos centros de pesquisa em Ciência Jurídica no Brasil. Com o presente artigo pretende-se apresentar uma modesta contribuição a esse necessário debate.

A definição do tema partiu da realização de seminário na disciplina “Jurisdição, Políticas Públicas e Direitos Fundamentais” ministrada no Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Além disso, destaca-se a importância do tema tanto do ponto de vista da prática forense como das inúmeras discussões teóricas que tem suscitado.

Para tanto, primeiramente tratar-se-á de definir o que são direitos fundamentais a partir do referente da implementação dos direitos fundamentais sociais prestacionais pelo Poder Judiciário. Partindo-se dessa abordagem, pretende-se trabalhar o conceito de direitos fundamentais sociais prestacionais para, na sequência, discutir os principais argumentos que costumam ser levantados a favor e contra a concretização desses direitos pelo Poder Judiciário.

Para alcançar o resultado pretendido serão utilizados o método dedutivo e a técnica da pesquisa bibliográfica.

1 A CARACTERIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Durante muitos anos as expressões direitos humanos e direitos fundamentais – as mais trabalhadas atualmente – foram utilizadas como sinônimas, assim como ocorria com outros termos, tais como direitos do homem (popularizado com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948), direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais e direitos humanos fundamentais, dentre outros³. De modo geral, eram tratados como direitos inerentes à condição humana, numa clara referência às concepções jusnaturalistas.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais** : uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 28.

Apesar da ampla aceitação das teses jusnaturalistas, alguns autores como Norberto Bobbio⁴ argumentam que a natureza humana constitui fundamento muito frágil para tais direitos, já que a natureza do homem tem se revelado bastante contraditória ao longo do tempo. Assim, Bobbio⁵ defende um fundamento histórico dos direitos humanos/fundamentais, uma vez que o entendimento do que é fundamental para determinada sociedade tem se modificado bastante no curso da história. Já Paulo Bonavides⁶, em posicionamento semelhante àquele manifestado por Konrad Hesse, defende que o objetivo/fundamento dos direitos humanos fundamentais consiste em criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana.

Ultrapassada a questão do fundamento dos direitos humanos/fundamentais, atualmente encontra-se certo consenso sobre a denominação direitos fundamentais, que seriam aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na ordem constitucional interna de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos diria respeito aos documentos de direito internacional, pois se referem àquelas posições jurídicas reconhecidas ao ser humano enquanto tal, independentemente de sua vinculação a determinada ordem constitucional, ou seja, possuem clara aspiração à universalidade.⁷

No contexto do Estado Moderno, as primeiras tentativas de enumerar valores fundamentais, ainda que restritos a uma determinada comunidade foram as Declarações de Direitos do Estado Norte-Americanos e da Revolução Francesa. Já no século XX a Declaração Universal dos Direitos do Homem representou a primeira tentativa de positivação daqueles direitos que seriam comuns a todos os seres humanos.⁸

⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 16.

⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 18.

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 514.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 29.

⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 28.

Como direitos históricos, os direitos do homem se desenvolveram de acordo com a evolução – não necessariamente cronológica – da sociedade na qual surgiram. Num primeiro momento, quando da instituição do primeiro Estado Liberal pós-Revolução Francesa, entendiam-se como fundamentais os direitos de liberdade, que protegem o cidadão em face do poder do Estado (liberdade em relação ao Estado). Num segundo momento, proclamaram-se os direitos políticos como resposta a uma demanda cada vez maior dos homens pela participação no poder político (liberdade no Estado). Num terceiro momento, foram reconhecidos como fundamentais os direitos sociais representando valores ascendentes após a Revolução Industrial, como o bem-estar e a igualdade, não somente formal (liberdade por meio do Estado).⁹

Atualmente, fala-se dos “novos direitos” que emergem em uma sociedade globalizada de risco.

2 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A análise histórica torna-se extremamente útil para se explicitar a evolução e classificar os direitos e garantias fundamentais segundo seu conteúdo, tendo em vista que, a partir do início do constitucionalismo, é possível distinguir diversas “dimensões” de direitos, segundo os problemas ou condições do momento histórico em que foram desenvolvidos.

A defesa e a garantia jurídica da liberdade como autonomia do indivíduo foram desenvolvidas conforme técnicas de diferentes escopos históricos. Desta forma, é possível distinguir quatro “dimensões”¹⁰ de direitos e garantias fundamentais reconhecidas. São elas:

a) uma primeira dimensão, que corresponde ao constitucionalismo liberal dos séculos XVIII e XIX, com uma acentuada ênfase dos textos constitucionais à dimensão individual, como proteção do indivíduo à ameaça do Estado – direitos

⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p. 32-33.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p. 49.

de liberdade – e garantia para sua participação na vida pública – direitos políticos –;

b) uma segunda dimensão, que corresponde ao constitucionalismo social do pós I Guerra Mundial, com constituições nas quais aos direitos anteriores são acrescentados outros, que levam em consideração as relações do indivíduo com seu meio social – relações de trabalho, econômicas etc. – e que supõem garantias de bem-estar, as ditas prestações materiais – educação, saúde, previdência etc. –;

c) uma terceira dimensão, que corresponde aos direitos coletivos, relativos a bens antes considerados como naturais, culturais e base da vida, mas que começaram a tornar-se escassos e cujo desaparecimento ameaçaria a coletividade como um todo – direito ao meio ambiente saudável, patrimônio artístico e cultural etc. –;

d) finalmente, o constitucionalismo recente passou a levar em conta os avanços alcançados pela ciência nas áreas da informática – espaços virtuais, comunicações via internet etc. – e da manipulação genética – clonagem, reprodução assistida, transgênicos etc. – que devem estar regulados nas constituições como forma de proteção à essência do ser humano e como proteção à criação dos ditos “seres genéticos”. Estas previsões são denominadas (ainda que de forma incipiente) de “direitos de quarta dimensão”.

Da classificação feita acima podem derivar diversos tipos de direitos e garantias fundamentais, tais como o direito à liberdade, à participação, direitos sociais, direitos coletivos e difusos. A eles pode-se agregar um Direito de estrutura complexa chamado de Direito de Acesso à Justiça – ou aos tribunais. Este Direito aparece como expressão do reconhecimento do caráter de sujeito de Direito de todas as pessoas, estando intimamente vinculado à posição jurídica do indivíduo.

Como o acesso à justiça – ou aos tribunais – não só é uma expressão juridicamente subjetiva, mas também é um instrumento ou mecanismo para a defesa dos direitos substantivos.¹¹

Na mesma linha de raciocínio, Paulo Bonavides¹² aponta três gerações básicas de direitos fundamentais, cada qual relacionada com um dos valores máximos expressos na célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789: liberdade, igualdade e fraternidade.

Segundo Bonavides¹³, os direitos da primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

E prossegue, afirmando que os direitos de segunda geração são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Com relação aos direitos de terceira geração, Bonavides¹⁴ ensina que são dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, pois tendem a cristalizar-se neste início de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tais direitos têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Emergiram eles da reflexão

¹¹ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 156-158.

¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 516-525.

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 516-525.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 516-525.

sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

Bonavides¹⁵ aponta, ainda, uma quarta geração de direitos fundamentais, decorrentes dos movimentos de globalização política, que correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. Para o referido autor, são direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Percebe-se, portanto, uma relativa concordância na doutrina com relação à primeira, à segunda e à terceira dimensões (ou gerações) dos direitos humanos fundamentais. Com relação a uma quarta ou até mesmo a uma quinta dimensões de direitos fundamentais, principalmente diante da proposta de Paulo Bonavides¹⁶ com relação à globalização política e ao direito à paz, Ingo Sarlet¹⁷ afirma que elas estão longe de obter o devido reconhecimento no direito positivo interno e internacional, não passando, por ora, de justa e saudável esperança com relação a um futuro melhor para a humanidade, revelando, de tal sorte, sua dimensão (ainda) eminentemente profética, embora não necessariamente utópica.

De resto, analisando de forma global os direitos humanos fundamentais já reconhecidos (primeira, segunda e terceira dimensões) ou em vias de reconhecimento (quarta e quinta dimensões?), Ingo Wolfgang Sarlet¹⁸ afirma que, na sua essência, todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa humana.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 516-525.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 516-525.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais** : uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 51.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais** : uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 50.

Hoje muito se fala sobre direitos de quarta e quinta gerações ou dimensões, embora os básicos direitos sociais não tenham sido plenamente realizados, principalmente em países de modernidade tardia como o Brasil.¹⁹

Considerado isto, a intervenção do Estado no domínio social, prevista nas constituições contemporâneas, através da prestação de serviços públicos gratuitos, permite que se aponte o seguinte como suas conseqüências:

a) Estas previsões têm um efeito interpretativo sobre as outras disposições constitucionais. Sem dúvida, pode-se interpretar que a previsão de direitos sociais na Constituição habilite, automaticamente, o Estado para a sua efetivação. Significa dizer, inclusive, que os poderes públicos podem impor limitações ou restrições a outros direitos para garantir a prestação de serviços sociais públicos constitucionalmente reconhecidos. Os direitos dos indivíduos e as competências dos poderes públicos devem ser interpretados, desta forma, a partir da perspectiva da solidariedade e não a partir de uma perspectiva meramente individualista.

b) Em segundo lugar, as previsões constitucionais neste sentido supõem não só um mandamento ou estímulo, mas também um limite à ação dos poderes públicos. Com a Constituição garantindo ou reconhecendo a prestação de certos serviços públicos, o legislador infraconstitucional poderá adequar estes ditames às necessidades e disponibilidades do momento, mas não poderá, pela via ordinária, sem dúvida, suprimir ou anular os sistemas de prestação ou proteção que estão previstos no texto constitucional. Em alguns casos, como o da Constituição brasileira de 1988, *cláusulas pétreas* interditam determinadas partes do texto constitucional, destinados a garantir direitos à prestação de serviços sociais públicos à ação do Poder Constituinte Derivado.

O problema da previsão constitucional da prestação que se choca com a realidade orçamentária é mais visível nos países em desenvolvimento, como o Brasil. Há, na Constituição brasileira de 1988, várias previsões que determinam a prestação de serviços públicos e gratuitos, mas que esbarram na relação desequilibrada entre a possibilidade de oferta e a demanda por estes serviços,

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 21.

fruto de desperdício, corrupção e desvio de finalidade na aplicação dos recursos públicos.

Um bom exemplo é a previsão constitucional brasileira sobre o dever do Estado em prover a Sociedade com serviços públicos na área da educação, é o que está previsto no art. 208 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inciso I. Este dispositivo diz o seguinte: "O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I – ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria".

Sabe-se, no entanto, que por muitos motivos, inclusive a falta de recursos públicos disponíveis, mandamentos constitucionais como este não são cumpridos ou concretizados²⁰, tema que será complementado no tópico seguinte.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS E SUA CONCRETIZAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO

A partir da implantação generalizada do Estado de Bem-Estar, multiplicaram-se as previsões de uma gama clara e inequívoca de intervenções do Estado no domínio social, pois ele mesmo passa a prestar serviços, diretamente à sociedade, de modo a suprir carências não resolvidas pela iniciativa privada ou pela própria sociedade.

A previsão de uma atuação estatal que consista em melhorar ou facilitar, diretamente, as condições de vida dos cidadãos, aparece já no século XIX, em muitos países europeus, na legislação infraconstitucional. Esta tendência aparece já na Revolução de Paris, de 1848, e nos escritos do jurista alemão Lorenz von Stein, cujos escritos são considerados, por alguns estudiosos como um importante precedente do conceito contemporâneo de Estado Social²¹.

Os problemas sociais decorrentes da industrialização e do crescimento do capitalismo desencadearam inúmeros movimentos reivindicando uma atuação

²⁰ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. p. 216-219.

²¹ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. p. 167-171.

ativa do Estado na redução das desigualdades. Nessa esteira, costuma-se apontar como origem dos direitos fundamentais sociais (de segunda geração ou dimensão) os movimentos revolucionários de 1848 e as consequências práticas do socialismo utópico.²²

Os direitos fundamentais sociais prestacionais, que podem ser apontados como frutos da transição do Estado de Direito de matriz liberal-burguesa para o Estado Democrático e Social de Direito, já haviam sido isoladamente contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849. Mas, foi no pós II Guerra que os direitos sociais foram incorporados à maioria das Constituições.

No Brasil, a despeito da tímida previsão de direitos fundamentais sociais na Constituição de 1824, foi a Constituição de 1934, profundamente inspirada pela Constituição Mexicana de 1917 e pela Constituição de Weimar de 1919, que inaugurou o Constitucionalismo social em nosso país.²³

Por sua vez, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 previu um extenso rol de direitos fundamentais sociais, inclusive dedicando-lhes um capítulo exclusivo (Capítulo II - arts. 6 a 11). E mesmo fora do catálogo dos direitos fundamentais é possível encontrar exemplos dessa categoria de direitos.

Um dos pontos mais marcantes dos direitos sociais é que eles se caracterizam, em sua grande maioria, pelo seu aspecto positivo, ou seja, por exigirem do Estado uma atuação ativa na sua implementação. José Eduardo Faria²⁴ salienta que, ao contrário da maioria dos direitos individuais tradicionais, cuja proteção exige apenas que o Estado jamais permita sua violação, os direitos sociais não podem simplesmente ser 'atribuídos' aos cidadãos. Cada vez mais elevados à condição de direitos constitucionais, os direitos sociais requerem do Estado um amplo rol de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade –

²² APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 1. ed. 2. Tiragem. Curitiba: Juruá, 2006. p. 144.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 185-199.

²⁴ FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 105.

políticas essas que têm por objetivo fundamentar esses direitos e atender às expectativas por eles geradas com sua positivação.

De fato, muitos dos direitos sociais contemplados em nossa Constituição, tais como saúde, educação, assistência social, exigem para sua concretização uma prestação a ser realizada pelo Estado. Essa característica de exigir do Estado uma conduta ativa na sua concretização acarreta a identificação dos direitos de segunda dimensão como direitos a prestação, ou direitos prestacionais.

Os direitos fundamentais prestacionais costumam ser identificados com os direitos sociais a prestações por parte do Estado, mas nem todos os direitos de cunho prestacional se enquadram na categoria dos direitos sociais. Veja-se, por exemplo, o direito à proteção judiciária e o direito à segurança que, inegavelmente, são direitos a prestações estatais, mas que tem a sua origem já no Estado liberal burguês, ou seja, melhor se enquadram na primeira dimensão dos direitos fundamentais²⁵.

Por outro lado, nem todos os direitos sociais possuem caráter prestacional. As chamadas liberdades sociais, dentre as quais se enquadram o direito de greve e a liberdade sindical, são identificadas como direitos sociais, mas não exigem para a sua implementação uma postura ativa por parte do Estado.²⁶

Mas há que se reconhecer que a grande maioria dos direitos prestacionais são identificados com os direitos sociais, principalmente aqueles que acarretam maior discussão acerca da sua concretização.

De todo modo, para evitar qualquer imprecisão conceitual, Robert Alexy²⁷ prefere identificar os direitos fundamentais sociais prestacionais como direitos a prestação em sentido estrito, que seriam direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais** : uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 185-186.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais** : uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 198-199.

²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 499.

se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares.

O art. 5º, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Este dispositivo não costuma suscitar muita discussão quando se trata dos direitos de primeira dimensão os quais, regra geral, não exigem uma postura ativa do Estado para sua efetivação.

O problema surge quando se refere aos direitos sociais que, como mencionado acima, caracterizam-se por exigir uma postura ativa do Estado na sua consecução, e mais, destacam-se pelo custo significativo que a sua concretização representa.

As normas definidoras de direitos sociais costumam ser classificadas como normas programáticas, de eficácia limitada, que seriam, no entendimento de José Afonso da Silva²⁸, as 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 seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

As normas de cunho programático reclamam uma atuação do legislador de modo a especificar a forma como o direito previsto constitucionalmente deve ser realizado pela administração pública. Ou seja, a própria forma de positivação dos direitos sociais impede a desejada produção de efeitos da norma constitucional, uma vez que por não traçarem suficientemente uma conduta a ser seguida, não ensejam um desfrute imediato de qualquer bem jurídico, criando a exigibilidade de uma prestação positiva.²⁹

²⁸ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 94.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 150.

Mas nem todos os efeitos decorrentes das normas que estabelecem direitos sociais ficam relegados a momento posterior. Desde a sua vigência, elas conferem, por via reflexa, direitos subjetivos de caráter negativo, direta e imediatamente exigíveis, amparáveis em sede judicial. Sintetizando a doutrina sobre a matéria, Luis Roberto Barroso³⁰ destaca algumas hipóteses da efetividade imediata das normas programáticas, quais sejam, (1) revogam as leis anteriores com elas incompatíveis; (2) vinculam o legislador, de forma permanente, à sua realização; (3) condicionam a atuação da administração pública; (4) informam a interpretação e a aplicação da lei pelo Poder Judiciário.

E continua, afirmando que elas contêm eficácia paralisante de todos os atos que não sejam obedientes às proposições acima formuladas e facultam ao jurisdicionado o reconhecimento e declaração de sua inconstitucionalidade.

Porém, o problema central com relação à eficácia dos direitos fundamentais sociais prestacionais reside em saber se eles conferem ao indivíduo um direito subjetivo a uma prestação estatal. Em outras palavras, se é possível deduzir, diretamente da norma constitucional, uma pretensão em juízo visando a implementação do direito fundamental social prestacional nela previsto.

Existem principalmente três obstáculos comumente opostos ao reconhecimento de direitos subjetivos diretamente deduzíveis das normas constitucionais instituidoras de direitos sociais.

O primeiro deles diz com a natureza própria das normas constitucionais que veiculam tais direitos. Tais normas, denominadas programáticas, limitam-se, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello³¹, a expor um objetivo a ser perseguido pelo Poder Público, sem apontar os meios por meio dos quais ele será atingido, ou seja, sem indicar as condutas práticas que resultariam na implementação do direito consagrado na norma.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. p. 151.

³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 24.

Diante da própria imprecisão da norma constitucional quanto ao modo de concretização do direito nela previsto, não haveria como reconhecer ao seu destinatário direito subjetivo ao seu cumprimento³². Constitui exemplo bastante elucidativo desta problemática o artigo 215 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estabelece: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. Da leitura do dispositivo logo se questiona quais são os direitos culturais, quais são as fontes da cultura nacional e de que forma deve o Estado incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Outra barreira que se costuma apontar como impeditiva do reconhecimento de direitos subjetivos diretamente deduzíveis das normas constitucionais instituidoras de direitos sociais são os elementos que compõem a chamada “reserva do possível”. No entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet³³, a reserva do possível abrangeria: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos referidos direito; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que diz com a distribuição constitucional das receitas e das competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas; c) a proporcionalidade e a razoabilidade da prestação.

Por fim, tem-se o obstáculo consistente na alegada impossibilidade de o Poder Judiciário reconhecer direito subjetivo à prestação veiculada na norma constitucional sem prévia implementação do direito fundamental social prestacional pelo Poder Legislativo e/ou pelo Poder Executivo, sob pena de violação do princípio da tripartição dos poderes.

No que tange à incompletude das normas que veiculam direitos fundamentais sociais prestacionais, primeiro “obstáculo” de que se tratou acima, sabe-se que cabe ao Poder Judiciário (jurisdição constitucional) prioritariamente a descoberta

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais** : uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 307.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais** : uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 287.

do sentido das normas constitucionais por meio da utilização de método e princípio hermenêuticos.

Nesse sentido, é importante registrar a posição de Celso Antônio Bandeira de Melo³⁴, para quem a imprecisão ou a fluidez das palavras constitucionais não lhes retiram a imediata aplicabilidade dentro do campo indubioso de sua significação. Supor a necessidade de lei para delimitar este campo implicaria outorgas à lei mais força que à Constituição. Também é importante realçar que no direito privado, no direito penal ou processual jamais se questionou caber ao Judiciário o reconhecimento das fronteiras destes conceitos fluidos, que são comuns em todas as províncias do Direito.

Com efeito, é da essência da função jurisdicional a atividade interpretativa destinada a compor o significado dos conceitos indeterminados, presentes em todos os ramos do direito.

No que diz respeito à reserva do possível, as limitações por ela impostas não podem ser desprezadas pelo julgador, que deve analisar cuidadosamente os argumentos e elementos probatórios trazidos pelas partes.

Porém, as limitações fáticas e orçamentárias não podem ser postas como justificativa geral para a inércia na implementação dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição. Por isso, é fundamental a análise criteriosa dos dados empíricos do caso concreto para a justificação das decisões implementadoras de direitos fundamentais prestacionais. A intervenção jurisdicional na condução política das opções do Estado em prol dos direitos sociais alcançará legitimidade quando estiver lastreada na riqueza de dados concretos do caso analisado.

No controle jurisdicional das políticas sociais é fundamental uma visão holística e sistemática da ordem jurídica e do contexto fático da demanda. Essa cautela é relevante para que os objetivos preconizados pela Constituição não sejam entendidos apenas como direitos subjetivos contra o Estado, mas principalmente

³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. p. 28.

como uma estratégia coletiva para o alcance da justiça social³⁵.

De todos os argumentos que costumam ser opostos ao reconhecimento de direitos subjetivos às prestações previstas nas normas constitucionais que estabelecem direitos fundamentais sociais, talvez o mais suscitado seja aquele que sugere a violação ao princípio da tripartição dos poderes.

A solução para esse impasse parece estar na necessidade de uma nova compreensão sobre o princípio da separação dos poderes do Estado (ou separação de funções), mais consentânea com os desafios do Estado Democrático de Direito.

Conforme explica Werneck Vianna³⁶ o *Welfare State* facultou ao Poder Judiciário o acesso à administração do futuro e o constitucionalismo moderno lhe confiou a guarda da vontade geral, por intermédio dos princípios fundamentais positivados. Tais fatores acarretam um redimensionamento na clássica divisão entre os poderes, surgindo o Judiciário como uma alternativa para a resolução dos conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e adjudicação da cidadania.

Na perspectiva dos direitos fundamentais sociais, a incumbência constitucional atribuída ao Estado para a realização da justiça social ainda não foi atendida sequer minimamente. São inúmeras as omissões do Poder Público que acontecem nas mais diversas políticas públicas³⁷.

Quanto à aplicação do Direito na modernidade tardia em que se vive, não pode o intérprete deixar de considerar a multiplicidade de relações que envolvem o funcionamento do Estado Contemporâneo, as suas carências e limitações e também a sua função primordial, que é fomentar o pleno desenvolvimento humano com qualidade de vida em todas as suas formas.

³⁵ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas ambientais - São Paulo - **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 5, p. 269-286, 2011.

³⁶ VIANNA, Luiz Werneck [et al.]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 22.

³⁷ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas ambientais - São Paulo - **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 5, p. 269-286, 2011.

A imposição de medidas positivas pelo Poder Judiciário à administração está plenamente legitimada até mesmo pelas razões que justificaram historicamente a separação entre os poderes. Merece destaque ainda que a vinculação do administrador aos preceitos normativos constitucionais que não apenas limitam as escolhas e opções do administrador como também o obrigam a agir.

No Brasil, considerando que as normas constitucionais já estabelecem as diretrizes que devem ser observadas pelo administrador na implementação dos direitos fundamentais sociais prestacionais, não há justificativa para que sejam postergadas as ações sob o fundamento da oportunidade e conveniência ou até mesmo de restrições orçamentárias³⁸.

A separação das funções estatais ou dos poderes encontra como fundamento ético e jurídico exatamente a contenção do arbítrio ou abuso estatal em detrimento dos direitos humanos. Assim, quando o Poder Judiciário impõe condutas à Administração Pública exatamente para que a omissão não lese direitos humanos fundamentais, não há qualquer ilegitimidade nesta intervenção. Ao contrário, o controle das omissões injurídicas está respaldada nas razões legitimantes da separação dos poderes estatais.

Porém, para que seja legítima a decisão em matéria de controle das políticas públicas sociais, não é suficiente o esforço argumentativo e retórico no plano abstrato da norma, isso, aliás, é muito mais incumbência do legislador infraconstitucional. A justificação retórica, generalista e abstrata, aliás, não demanda maiores esforços argumentativos. O que é realmente imprescindível para a legitimidade da sindicabilidade dos atos e das omissões do Estado em matéria de direitos fundamentais sociais prestacionais é a compreensão e a justificação adequada da norma contexto, ou seja, da norma fundamental construída para o caso concreto de acordo com o contexto fático da demanda, da

³⁸ No sistema jurídico americano, por exemplo, o § 10 do Administrative Procedure Act de 1946, desde aquela época, já estabelece que a pessoa que sofrer um ato ilícito, segundo a lei, como consequência de uma atuação de um órgão da Administração (Agency), ou seja, diretamente afetada ou agravada por uma atuação da Administração, de acordo com o estabelecido em uma lei, está habilitada para instar o controle judicial da mesma. Na Espanha, Pérez Conejo defende a necessidade de fiscalização judicial adequada sobre a atuação da Administração Pública e que, ao mesmo tempo que, por um lado, deve-se evitar um controle excessivo que impeça o correto funcionamento da administração, por outro há que se conceder a adequada tutela jurisdicional aos direitos dos cidadãos enquanto potenciais prejudicados. In: PÉRES CONEJO, Lorenzo. **La defensa judicial de los intereses ambientales** (Estúdio específico de la legitimación 'difusa' em el proceso contencioso-administrativo). Valladolid (Espanha): Editorial Lex Nova, 2002, p. 285.

riqueza de dados da causa, da realidade atualizada dos programas estatais e do *status* de desenvolvimento econômico e social dos entes federativos envolvidos diretamente na política pública analisada.

Além disso, há casos de tal gravidade que a omissão do Poder Legislativo na regulamentação das mencionadas normas não pode constituir óbice ao reconhecimento do direito social pleiteado.

Esses casos costumam remontar ao mínimo existencial, ou seja, admite-se o reconhecimento de direito subjetivo aos direitos sociais previstos na constituição quando o objetivo for assegurar o mínimo em prestações sociais que um cidadão necessita para ter uma existência digna. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet³⁹ leciona que, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do Legislativo (assim como o da separação dos poderes e as demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais, ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações.

A doutrina não logra definir um conceito estanque de mínimo existencial, e nem seria recomendável, já que o mínimo existencial varia de tempos em tempos e de lugar para lugar. A análise deve ser feita diante do caso concreto e tendo sempre em vista a dignidade da pessoa humana, princípio fundante do sistema constitucional brasileiro.⁴⁰

A temática é complexa e a variedade de casos em que pode ser suscitada é imensa, por isso, é recomendado que o juiz aja com muita cautela e responsabilidade ao decidir sobre a existência ou não, em determinado caso concreto, de direito subjetivo da parte de obter determinada prestação social por

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 349.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 348-349.

parte do Estado, sempre tendo em vista que, em última análise, o que orienta os poderes constituídos do país é a Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática dos direitos fundamentais sociais prestacionais e sua concretização pelo Poder Judiciário é ao mesmo tempo importante e intrincada. Importante porque envolve uma série de outras temáticas fundamentais, como o conceito de Estado Democrático e Social de Direito, os direitos fundamentais, a democracia representativa, a democracia participativa, dentre outros. Intrincada porque é muito difícil, se não impossível, estabelecer uma formulação geral sobre a problemática.

A realização da justiça social requer atitudes concretas e efetivas da sociedade e principalmente dos Poderes Públicos. A Constituição impõe um extenso rol de deveres fundamentais vinculados aos direitos sociais prestacionais, os quais devem ser implementados por intermédio de um conjunto de políticas públicas sociais.

No contexto do Estado Democrático de Direito, ao Poder Judiciário, enquanto guardião dos interesses e direitos fundamentais, é reservado um papel de vital importância. À jurisdição, enquanto mecanismo de afirmação dos valores e princípios constitucionais sociais incumbe a tarefa de fomentar a mudança positiva dos comportamentos dos poderes públicos.

Não se defende, entretanto, uma atuação substitutiva da Administração Pública, a quem compete originalmente a ampla tarefa constitucional em prol da justiça social, mas sim papel de indução e complementação para as atividades dos demais poderes.

A legitimidade constitucional para a determinação de implementação das políticas públicas sociais, decorre da posituação dos direitos fundamentais sociais e dos princípios da dignidade da pessoa humana e solidariedade. A legitimação deve ainda ser complementada com consistentes fundamentos

fáticos obtidos a partir da análise do caso concreto, exigindo-se respaldo técnico suficiente, bem como consideração com os seus efeitos futuros.

O controle jurisdicional da implementação e fiscalização da execução das políticas públicas sociais é um dever do Poder Judiciário. Dever este que deve ser exercido numa perspectiva intervencionista e transformadora, objetivando o pleno desenvolvimento humano e a consolidação da justiça social.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 1. ed. 2. Tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas ambientais - São Paulo - **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 5, p. 269-286, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

CRUZ, Paulo Márcio; SALLES, Alice Francisco da Cruz. Considerações sobre os direitos fundamentais sociais prestacionais e a sua concretização pelo poder judiciário. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002.

PÉRES CONEJO, Lorenzo. **La defensa judicial de los intereses ambientales** (Estúdio específico de la legitimación 'difusa' em el processo contencioso-administrativo). Valladolid (Espanha): Editorial Lex Nova, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 388 p.

VIANNA, Luiz Werneck [et al.]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.