

Os Direitos Sociais na Constituição Federal Brasileira e a Possibilidade de Intervenção do Poder Judiciário

Daniel Roxo de Paula Chiesse

Mestrando em Direito pelo Centro Universitário
Salesiano de São Paulo, Unisal-Lorena

Resumo

O presente ensaio tem por objetivo discutir os direitos sociais no tocante à sua efetivação e a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário para que os tais direitos venham a ser exercidos. Uma vez que neles se destacam a característica de serem direitos fundamentais, e, diante da ineficiência do Poder Público nas suas esferas de atuação, nasce para o indivíduo a possibilidade de exigir a sua implementação. Contudo, é necessário que seja discutido o limite dessa intervenção judiciária, de forma a não ferir o caráter social do direito em questão.

Palavras-chave: Direitos Sociais, Efetividade, Judicialização dos Direitos Sociais.

Abstract

This essay aims to discuss social rights regarding their effectiveness and the possibility of intervention of the Judiciary so that such rights may be exercised. Since they stand out for feature being the fundamental rights, and, given the inefficiency of the Government in their spheres of action, borns to the individual the possibility of requiring its implementation. However, it must be discussed the limit of judicial intervention, so as not to injure the social character of the right in question.

Key words: *Social Rights, Effectiveness, Social Rights Judicialization.*

Sumário

Introdução. 1 Os Direitos Sociais. 1.1 Origem. 1.2 Conceito, características e classificação. 1.3 Natureza Jurídica. 2 Direitos Sociais e Normas Programáticas. 3 Custeio dos Direitos Sociais. 4 Judicialidade dos Direitos Sociais. Conclusão. Referências.

Introdução

Não é de hoje que os indivíduos lutam por direitos, mas não só pelo reconhecimento destes, mas principalmente também pela possibilidade de efetivamente poderem usufruí-los.

A nossa atual Constituição, assim com as antecessoras, estabeleceu diversos direitos de ordem social, de forma que garantiu direitos como: saúde, educação, trabalho, moradia, lazer, entre tantos outros. Contudo, diferentemente daquilo que está expressamente estabelecido como direitos sociais na nossa Carta Magna, em virtude das características peculiares destes direitos encontra-se diversas dificuldades em usufruí-los, em torná-los direitos efetivos.

Sabe-se que a efetivação dos conteúdos dos direitos sociais da Constituição são condicionados à existência de recurso orçamentário, bem como, em algumas situações, à existência de normas que os regulamentem. Tais direitos sociais, tem como efeitos, a vinculação do legislador ordinário e também do Administrador Público nas suas esferas de atuação, servindo ainda de parâmetro interpretativo para os juízes na análise dos casos postos à sua apreciação.

Uma vez que existe a discussão acerca da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, havendo posições respeitáveis de ambos os lados, seja a favor ou contra essa atuação, o presente trabalho pretende contribuir com a discussão acerca dos direitos sociais na ordem jurídica brasileira, no que tange à sua efetividade, em especial na questão tormentosa se o Poder Judiciário pode intervir na esfera de atuação dos demais poderes.

1 Os Direitos Sociais

1.1 Origem.

Os direitos sociais, tais quais os direitos individuais, são frutos de árdua conquista e de lenta evolução histórica.

Inicialmente, diante de um Estado opressor, a burguesia começou um movimento¹ na busca por direitos de liberdade. Esse movimento culminou - seja nas colônias inglesas na América do Norte ou mesmo na França - com as Revoluções Liberais do século XVIII. Visava o reconhecimento de liberdades básicas, buscando-se uma proteção contra o Estado, de forma que este não invadisse a esfera de atuação dos indivíduos, garantindo, assim, repeito à liberdade, à propriedade, à vida, à livre atividade econômica, à proteção contra a repressão penal, entre outros direitos.

Tais direitos, conforme nos ensina José Afonso da Silva², tinham como beneficiários os burgueses, os quais estavam oprimidos apenas politicamente, mas não economicamente. No tocante à característica burguesa dessa primeira onda revolucionária, vejamos o que nos ensina Cinara Palhares³:

O essencial no paradigma do Estado Liberal era a salvaguarda das liberdades privadas do indivíduo, fundadas nos pilares da propriedade privada e da autonomia da vontade, com a garantia da segurança no cumprimento dos contratos e da previsibilidade nas relações jurídicas, essenciais para a afirmação da classe burguesa revolucionária, em substituição à nobreza decadente.

Contudo, com o desenvolvimento industrial burguês e a formação de uma classe operária, verificou-se que os direitos inicialmente conquistados garantiam apenas uma igualdade formal, não havendo, de fato, direitos materiais a todos. *“De nada adiantava as constituições e leis reconhecerem liberdades a todos, se a maioria não dispunha, e ainda não dispõe de condições materiais para exercê-las”*.⁴

Desta forma, inicialmente sob a influência socialista, houve severo questionamento dos direitos liberais, *“pois, apesar de retoricamente afirmadas e reconhecidas, permitiam medrassem a injustiça e a iniquidade na repartição da*

¹ Conforme destaca José Afonso da Silva, apesar de tradicionalmente atribuído ao movimento liberal, as lutas pleiteando direitos em face do Estado começaram bem antes, vejamos: “Aí floreseram os pactos, os forais e as cartas de franquias, outorgantes de proteção de direitos reflexamente individuais, embora diretamente grupais, estamentais, dentre os quais mencionam-se, por primeiro, os espanhóis: de León e Castela de 1188, pelo qual o Rei Afonso IX jurara sustentar a justiça e a paz do reino, articulando-se, em preceitos concretos, as garantias dos mais importantes direitos das pessoas, como a segurança, o domicílio, a propriedade, a atuação em juízo etc.(...) O mais famoso desses documentos é a Magna Carta inglesa (1215-1225), a que faremos referência mais devagar em seguida.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 151)

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.159.

³ PALHARES, Cinara. Ensaio sobre a eficácia dos direitos sociais. In: *Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 2038

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.159.

riqueza, e prosperasse a miséria das massas proletárias”.⁵ Surgiu assim, campo fértil para o surgimento de uma nova teoria, com a concepção do Estado voltada à satisfação dos interesses sociais, o qual ganhou a denominação de Estado Social.

Os direitos sociais, conforme lição de José Afonso da Silva⁶, passaram a ter importância jurídica a partir do momento em que as Constituições passaram a discipliná-los de forma sistemática, o que ocorreu inicialmente em 1917 com a Constituição mexicana e, em seguida, com a Constituição alemã de Weimar, a qual teve maior influência sobre o constitucionalismo continental.

No Brasil, sob a influência da Constituição alemã de Weimar, a Constituição de 1934 foi a primeira a prever os direitos sociais, os quais encontravam-se presentes inclusive no seu preâmbulo, havendo previsão normativa expressa dentro do Título IV, “Da Ordem Econômica e Social”.

As Constituições que se seguiram também previram expressamente certos direitos sociais, que, do mesmo modo, estavam inseridos dentro dos títulos específicos destinados à “Ordem Econômica e Social”.

A atual carta constitucional, com toda a influência recebida pelo processo de redemocratização pós-período ditatorial, caracterizou-se por marcante defesa dos direitos fundamentais, sendo a primeira a prever separadamente os direitos sociais, havendo títulos distintos para a Ordem Social (Título VIII) e para a Ordem Econômica (Título VII). Vejamos a lição de José Afonso da Silva:

A Constituição de 1988 adota técnica mais moderna. Abre-se com um título sobre os princípios fundamentais, e logo introduz o Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, nele incluindo os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (Cap. I), os Direitos Sociais (Cap. II), os Direitos da Nacionalidade (Cap. III), os Direitos Políticos (Cap. IV) e os Partidos Políticos (Cap. V). É essa a matéria que nos ocupará nessa segunda parte, mas teremos que recorrer também, ainda que referencialmente, ao Título VIII – Da Ordem Social, onde se localizam conteúdos dos direitos sociais referidos no Cap. II do Tít. II (art. 6º).⁷

Os direitos sociais estão expressamente previstos na Constituição Federal de 1988, em diversas passagens. Dentro do Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, temos um capítulo inteiro destinado exclusivamente aos Direitos Sociais (Capítulo II – Dos Direitos Sociais), que compreende desde o art. 06º até o artigo 11.

⁵ Idem, ibidem, p.159.

⁶ Idem, ibidem, p. 285.

⁷ Idem, ibidem, p. 171.

O artigo 06º, o mais emblemático, descreve alguns dos direitos que estariam previstos dentre os Direitos Sociais. Assim, está expressamente previsto na Constituição da República que: “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.”⁸

Necessário, contudo, esclarecer, que os direitos sociais previstos no artigo 06º supra, são os denominados direitos sociais não trabalhistas, eis que os direitos sociais trabalhistas estão explicitados, alguns inclusive minuciosamente⁹, entre os artigos 07º ao 11.

Entretanto, não apenas nos artigos do Capítulo II do Título II (artigos 06º ao 11), estão presentes os Direitos Sociais. Seu conteúdo encontra-se previsto no Título VIII da Constituição (artigos 193 ao 232), que trata da Ordem Social. Neste último Título, composto de 08 (oito) Capítulos, encontramos alguns destinados exclusivamente à questão dos Direitos Sociais.

1.2 Conceito, características e classificação.

A própria Constituição, nos artigos 06º e 07º, discrimina quais seriam os direitos sociais, contudo faz-se necessário uma definição acerca dos mesmos, e não apenas sua discriminação.

Assim, tomando mais uma vez os ensinamentos de José Afonso da Silva¹⁰, podemos conceituar os direitos sociais como:

direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, 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. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado, 1988.

⁹ A esse respeito veja o exemplo do inciso XVI do art. 07º, o qual chega a prever com exatidão o percentual de hora extra que deve ser pago ao trabalhador: “XVI – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal”.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 286

Os direitos sociais tem como sua principal característica a necessidade de intervenção ativa por parte do Estado. Os direitos sociais, ao contrário dos direitos fundamentais não estão apenas para que o Estado respeite os direitos dos indivíduos, mas ao contrário, o que se busca, o que se espera, é que o Estado intervenha na esfera individual de forma a garantir a participação do indivíduo no bem-estar social, de forma que atinja o ideal de igualdade real, podendo efetivamente se considerar livre.

É necessário que haja atuação positiva do ente estatal, e essa atuação poderá ocorrer basicamente de duas maneiras: seja por meio de regulamentação de dispositivos constitucionais que preveem os direitos sociais, de forma que, com a regulamentação seja possível a efetivação concreta dos direitos previstos, ou ainda, através da atuação do Estado na elaboração de políticas públicas tendentes à concretização destes mesmos direitos.

No primeiro caso verificamos que diversos dispositivos constitucionais previram direitos que necessitam de regulamentação do legislador ordinário para sua efetivação. A exemplo, podemos citar, os incisos XXI e XXVII do artigo 07º da Constituição. O inciso XXI, que prevê o direito do trabalhador ao aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, só veio a ser regulamentado em outubro de 2012, ou seja, após 24 anos da promulgação da Constituição. Assim, até a edição da Lei 12.506/2012, houve impedimento ao pleno exercício desse direito social constitucionalmente garantido.

Já o inciso XXVII que prevê como direito do trabalhador a proteção em face da automação, ainda não foi regulamentado. Deste modo, uma vez que ausente na ordem jurídica a norma que protegeria o trabalhador contra a automação, não há como usufruir diretamente desse direito social.

A outra forma de atuação do Estado é mediante a atuação de políticas públicas tendentes à concretização dos direitos sociais. Conforme dito, alguns direitos ainda aguardam regulamentação, outros, porém ou já foram regulamentados, ou não necessitam. Vejamos o exemplo do artigo 217 da Carta Magna, onde diz que “*é dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um(...)*”. Neste artigo não há qualquer previsão de norma que o regule para que o direito seja exercível. Aqui, contudo, há a necessidade sim da existência de políticas públicas tendentes a concretizar o mandamento constitucional. Apenas a vontade do

Administrador Público, como agente do Estado, é suficiente para que o direito seja concretizado.

O mesmo se dá em relação ao direito à saúde. A norma do artigo 196 também não condiciona a existência de legislação para o Estado cumprir seu dever. Diz apenas que através de políticas sociais e econômicas o Estado deverá agir no sentido de reduzir o risco de doença bem como de garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Característica importante dos direitos sociais é quanto ao seu sujeito ativo. Os direitos sociais, conforme lembra Leonardo Augusto Gonçalves¹¹, “*não são fruíveis ou exequíveis de forma individual*”. Isto porque, tem como característica determinante serem gerais e públicos, ou seja, esperam atuação do Estado em prol de toda a coletividade, e não apenas do indivíduo isoladamente. Contudo, apesar dessa característica, isso não significa que em determinadas ocasiões não se poderá exigir a efetivação de direitos sociais pelo Estado através de intervenção do Poder Judiciário, conforme será visto em momento posterior.

1.3 Natureza Jurídica.

Quando se estuda a natureza jurídica das normas de direitos sociais, a primeira conclusão que se chega é que estas são normas de direitos fundamentais. Tal conclusão é abalizada inclusive pela posição topográfica dos Direitos Sociais dentro da Constituição, uma vez que estão previstos dentro do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

José Afonso da Silva, discutindo acerca do tema, pronunciou-se no sentido de que os direitos sociais são mesmo direitos fundamentais, criticando a posição contrária a esta ideia, vejamos: “*A doutrina mais consequente, contudo, vem refutando essa tese, e reconhece neles [direitos sociais] a natureza de direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais, políticos e do direito à nacionalidade. São direitos fundamentais do homem-social*”.¹²

Vejamos a posição de Flávia Piovesan, que leciona no mesmo sentido:

¹¹ GONÇALVES, Leonardo Augusto. Origens, conceito e características dos direitos sociais: uma análise das consequências do déficit na implementação dos direitos fundamentais de segunda dimensão. In: *Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 8738.

¹² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 151.

Quanto à indivisibilidade dos direitos humanos, faz-se necessário enfatizar que a Carta de 1988 é a primeira Constituição que integra ao elenco dos direitos fundamentais os direitos sociais e econômicos, que nas Cartas anteriores restavam pulverizados no capítulo pertinente à ordem econômica e social. Observe-se que, no direito brasileiro, desde 1934, as Constituições passaram a incorporar os direitos sociais e econômicos. Contudo, a Constituição de 1988 é a primeira a afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais, tendo aplicabilidade imediata.¹³

O fato de os direitos sociais serem direitos fundamentais implicará, como se verá adiante, em determinados casos, na possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, quando houver desrespeito à normas constitucionais instituidoras de tais direitos.

2 Direitos Sociais e Normas Programáticas.

Conforme já amplamente conhecido, José Afonso da Silva¹⁴ classifica as normas constitucionais em normas de eficácia plena, eficácia contida ou eficácia limitada.

Para o professor da USP, normas de eficácia plena seriam aquelas que *“desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou tem a possibilidade de produzi-los).”*¹⁵ Já as normas de eficácia contida *“também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites”*.¹⁶ A diferença primordial entre estas é a que segunda, por determinação constitucional, pode ter sua eficácia restringida por outra norma, seja legal ou mesmo constitucional.

Já as normas de eficácia limitada, segundo lição do autor:

são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.¹⁷

¹³ PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. et al.; Coordenadores J.J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correa e Érica Paula Barcha Correia. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 55.

¹⁴ Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁵ Idem, ibidem, p. 82.

¹⁶ Idem, ibidem, p. 82.

¹⁷ Idem, ibidem, p. 82-83.

Em relação às normas de eficácia limitada, a doutrina estabeleceu uma divisão, de forma que estas são consideradas ou como normas programáticas ou como normas de legislação.

O marco característico das normas programáticas, que nos interessa no presente estudo, é o fato de que as mesmas “*versam sobre matéria eminentemente ético-social, constituindo verdadeiramente programas de ação social (econômica, religiosa, cultural etc.)*”.¹⁸

José Afonso da Silva¹⁹ atesta que, do mesmo modo que os direitos individuais passaram, no curso do século XIX, pelos fenômenos da subjetivação e positivação, moldando assim, seu caráter de aplicação imediata, os direitos econômicos sociais e culturais também passam, agora, pelo mesmo fenômeno.

O problema atual é “*buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática*”²⁰.

3 Custeio dos Direitos Sociais.

Todo ente estatal tem seus custos intrínsecos. Custo estes necessário à própria manutenção do aparato estatal, seja com a folha de pagamento dos servidores, com a manutenção dos prédios públicos, com o pagamento de fornecedores diversos e mesmo com os investimentos necessários à manutenção e ampliação da infraestrutura básica.

Além destes custos, ao Estado, incumbido do dever de proporcionar políticas públicas garantidoras dos direitos sociais, acrescenta-se mais um enorme encargo. Uma vez que as normas definidoras de direitos sociais requerem prestações positivas por parte do Estado, surge a discussão de quem deve arcar com os custos de implementação dessas “*prestações positivas*”. A entrega de prestações como saúde, educação, lazer, segurança, moradia, entre outras, geram um elevadíssimo custo ao erário, que precisa encontrar fórmulas de sustentação econômica.

¹⁸ Idem, ibidem, p. 84.

¹⁹ Idem, ibidem, p. 140.

²⁰ Idem, ibidem, p. 140.

Amaral e Tebar²¹ prelecionam que o cumprimento das normas garantidoras de direitos sociais encontram limites de cunho econômico e político.

Os limites de cunho econômico referem-se aos limites orçamentários da administração pública. Isto é, muitas dessas prestações necessitam de políticas públicas para serem efetivadas, políticas estas que serão feitas de acordo com as possibilidades orçamentárias de cada órgão encarregado da efetivação do dever que lhe foi constitucionalmente imposto. Por outro lado, os limites de cunho político referem-se ao debate de que medida é realmente eficaz na promoção daquele bem, ou na satisfação daquele determinado interesse.

Para que seja possível ao Estado custear tamanha carga de prestações positivas, é necessário que sua arrecadação, através de uma política fiscal tributária, seja verdadeiramente eficiente. Contudo, no que tange à saúde e à educação, por exemplo, a própria Constituição Federal já disciplinou, nos artigos 198 e 212, uma dotação orçamentária específica e vinculada para os custeios de tais direitos sociais.

Tal vinculação é de tal maneira importante que também fora previsto mecanismos de intervenção federal nos Estados e Municípios caso não ocorra a aplicação da receita mínima exigida pelas normas constitucionais na saúde e educação.²²

Segundo Fernando Facury Scaff²³, no Brasil é o Poder Legislativo quem determina as prioridades para a realização dos gastos públicos necessários à concretização dos Direitos Sociais e é a sociedade, através dos tributos (direta e indiretamente), quem arca com o pagamento.

O sistema constitucional brasileiro determina que seja o Poder Legislativo quem estabeleça os gastos para a implementação dos direitos sociais, e será o Poder Executivo, amparado no Orçamento elaborado pelo Legislativo, quem irá fazer a concretização, ou seja, “*A função do Poder Executivo é a de realizar estes gastos e*

²¹ AMARAL, Sérgio Tibiriça; TEBAR, Wellington Boigues Corbalan. Efetivação judicial das normas constitucionais sociais não regulamentadas. In: SIQUEIRA, D. P. (Org.) ; JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa Leão (Org.) . *Direitos sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos a Constituição de 1988 e suas previsões sociais*. Birigui: Boreal, 2011. p. 338.

²² A Constituição previu para a saúde, por exemplo, no artigo 198 §§2º e 3º c/c ADCT art. 77, que 15% da receita de todos os impostos arrecadados pelos Municípios e 12% da receita dos impostos arrecadados pelos Estados sejam aplicados na saúde. Também previu a Constituição, nos artigos 34, inciso VII, alínea “e”, e art. 35, inciso III, como medida de exceção, intervenção Federal no caso de não utilização do mínimo exigido das receitas na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

²³ SCAFF, Fernando Facury (Org.); ROMBOLI, R. (Org.); REVENGA, M. (Org.). *A Eficácia dos Direitos Sociais - I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 27.

implementar os objetivos de curto e médio prazos, da forma e no limite estabelecido pela lei [Orçamento].”²⁴

Evidente que o Estado tem, não apenas o direito, mas o dever de estabelecer as prioridades nos gastos públicos, alocando os recursos para a implementação dos direitos sociais. Do mesmo modo, uma vez que essa vinculação estabelece apenas “recursos mínimos”, é necessário que ocorra uma avaliação junto à elaboração do Orçamento Público, de forma a auferir se o que está sendo investido para a concretização dos Direitos Sociais, está de acordo com os fins propostos pela Constituição ao Estado brasileiro de forma a concretizar os direitos sociais.

Contudo, em que pese a existência de fontes certas, constitucionalmente previstas para o custeio dos Direitos Sociais, a prática nos demonstra que tais fontes são limitadas enquanto as necessidades da sociedade são infinitas.

4 Judicialidade dos Direitos Sociais.

Diante do quadro de ineficiência supra apontado, quando identificados que os fins propostos não foram atingidos surge o questionamento se o indivíduo pode solicitar a intervenção do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais.

Verificamos a existência de duas posições, uma contrária e outra favorável à intervenção do Poder Judiciário.

Para aqueles que são contrários, diversos são os seus argumentos. Marcelo Novelino²⁵ informa que esta teria sido a posição dominante até pouco tempo, de forma que, segundo tal entendimento, não seria possível exigir prestações individuais com base em normas de direito social.

O primeiro dos argumentos contrários à intervenção seria o fato de que o Poder Judiciário estaria violando o *princípio constitucional da separação dos poderes*, usurpando as competências dos outros Poderes. Neste quesito, quem teria atribuição para determinar onde, como e quando as verbas públicas seriam gastas seriam, conforme o professor carioca, os “*representantes do povo eleitos democraticamente para tal fim*”.²⁶

²⁴ Idem, ibidem, p. 527. p.27.

²⁵ Cf. NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 526.

²⁶ Idem, ibidem, p. 527.

Haveria ainda o argumento de que, agindo dessa maneira, o Poder Judiciário acabaria por desorganizar a Administração Pública, eis que os administradores “*em vez de se devotarem ao planejamento e à execução de políticas públicas, acabariam por se dedicar ao atendimento de demandas individuais decorrentes do Poder Judiciário.*”²⁷

Fernando Facury Scaff, também tece severas críticas à má utilização do Poder Judiciário na judicialização dos Direitos Sociais. Afirma que:

Torna-se imprescindível, portanto, fazer cessar esta verdadeira “captura” de recursos públicos, destinados à implementação de políticas públicas, por aqueles que, utilizando-se do Poder Judiciário, tomam para si nacos do orçamento público social em proveito próprio, e não da sociedade.²⁸

Octávio Luiz Motta Ferraz²⁹, nessa temática, também se pronunciou, aduzindo que o Poder Judiciário é mais utilizado por aqueles que têm melhores condições (econômicas ou culturais), de forma que os recursos migrados em prol dos beneficiados com decisões judiciais acabam por não cumprir o papel da Saúde que deveria atender a todos de forma igualitária.

Como o acesso ao Judiciário não é igualitário (pessoas de maior renda e educação o acessam com mais facilidade), há uma inevitável transferência de recursos de serviços que deveriam atender a todos em condições de igualdade para garantir “integralidade” a apenas alguns. Parafraseando Orwell: todos têm igual direito a tratamento integral, mas alguns (os que têm acesso à Justiça) são mais iguais que outros.

Fernando Facury Scaff faz sua crítica no sentido de que o Poder Judiciário não deve desfigurar os direitos sociais. Esses direitos são sociais, destinados à toda a sociedade e não apenas à uma única pessoa individualmente considerada. Em relação ao direito social à saúde complementa: “*é como se ao invés de haver um financiamento público dos direitos sociais passasse a haver um financiamento público da saúde de um indivíduo “X”.*”³⁰

²⁷ Idem, ibidem, p. 527.

²⁸ SCAFF, Fernando Facury (Org.); ROMBOLI, R. (Org.); REVENGA, M. (Org.). *A Eficácia dos Direitos Sociais* - I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p.38.

²⁹ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. *De quem é o SUS?*. In: São Paulo, quinta-feira, Folha de São Paulo, opinião. 20 de dezembro de 2007. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2012200709.htm> acesso em 11/12/2012

³⁰ SCAFF, Fernando Facury (Org.); ROMBOLI, R. (Org.); REVENGA, M. (Org.). *A Eficácia dos Direitos Sociais* - I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p.38.

Demonstrados alguns dos argumentos contrários à judicialização, passemos à análise das razões favoráveis à Intervenção do Poder Judiciário.

A principal defesa àqueles favoráveis à judicialização é o fato de os direitos sociais, como direitos fundamentais, são prontamente exigíveis. Na lição de Marcelo Novelino: “*Os direitos sociais, na qualidade de direitos fundamentais, possuem uma dimensão subjetiva, conferindo aos cidadãos o direito de exigir do Estado determinadas prestações materiais.*”³¹ Tal pretensão encontraria baliza no §1º do artigo 05º da Constituição, o qual prescreve que “*as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”³².

Outro argumento constitucional que autoriza a intervenção do Poder Judiciário é o inciso XXXV do mesmo artigo 05º, preceito este que trata da *inafastabilidade da função jurisdicional*. Ora, quando verificada a ausência de atuação do Poder Público, seja na inexistência de lei regulamentando preceito constitucional, ou na ineficácia administrativa em prover adequadamente as políticas públicas, ao indivíduo só resta buscar o Judiciário para satisfação daqueles direitos também previstos na Constituição. Conforme ensina J.J. Gomes Canotilho em citação de José Afonso da Silva, “*os direitos à educação, saúde e assistência não deixam de ser direitos subjectivos pelo facto de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição desses direitos*”³³

O ponto nodal é identificar se o Estado provê o mínimo existencial. Segundo Marcelo Novelino³⁴ “*o mínimo existencial consiste em um grupo menor e mais preciso de direitos sociais formado pelos bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida digna.*”. Citando Ana Paula de Barcellos, o Autor informa que o mínimo existencial “*engloba os direitos à saúde, educação, assistência aos desamparados (alimentação, vestuário e abrigo) e acesso à justiça*”.

Ora, não se pode esperar que o Estado seja o provedor universal, mas também não é crível que deixe faltar o mínimo existencial aos cidadãos. “*Dessa forma, o Estado tem obrigação de respeitar esse mínimo existencial, pois sem essas prestações não há*

³¹ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 528

³² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado, 1988.

³³ Canotilho, apud SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 152.

³⁴ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 532.

*dignidade humana, o que significa, também, o respeito a uma efetividade mínima dos direitos sociais”.*³⁵

Assim, ao juiz, quando receber uma demanda que tenha pretensão de concretização dos direitos sociais, caberá verificar se se trata de hipótese de omissão da Administração Pública, bem como se há violação ao mínimo existencial do indivíduo, e identificando violação às normas de direitos fundamentais sociais deverá determinar a aplicação da norma. Ao assim agir, estará determinando a realização dos preceitos constitucionais e colaborando para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Conclusão

O nosso constituinte, inovando em relação às cartas anteriores, deixou expresso a importância não apenas dos direitos fundamentais individuais, mas também dos direitos fundamentais sociais, deixando claro qual deve ser o caminho a ser seguido para se alcançar a sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Os direitos sociais consagrados tratam-se de direitos que exigem uma intervenção positiva por parte do Estado, exigem um agir atuante, e uma vez que considerados direitos fundamentais, como tal exigem aplicação imediata. Ora, apesar de serem normas programáticas, normas de conteúdo ético-social e servirem de parâmetro para os Poderes, o desafio é torná-los efetivamente exercíveis.

Os Poderes necessitam tomar os direitos sociais como norte a ser seguido, seja o Poder Legislativo na elaboração de leis gerais, na regulamentação de dispositivos constitucionais e mesmo quando da elaboração e aprovação do Orçamento Público, priorizando, sempre, a consecução das normas de direitos sociais. O Poder Executivo, do mesmo modo, ao aplicar os recursos públicos deverá priorizar o atendimento das necessidades sociais, implementando políticas públicas voltadas a este fim. O Judiciário, por seu turno, deve buscar sempre nos litígios colocados à sua apreciação, fazer a interpretação mais coerente com os princípios sociais, seja em atenção ao que determina o artigo 05º da LINDB ou mesmo pelo princípio de interpretação constitucional da máxima efetividade.

³⁵ REISSINGER, Simone. Reflexões sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais. In: *Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 1762-1780. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/simone_reissinger.pdf acesso em 11/12/2012, p. 1768.

Para a consecução destes caminhos, o próprio constituinte já estabeleceu mecanismos mínimos que determinam investimentos e aplicação de parcela das verbas arrecadas especificamente em atenção aos direitos sociais da saúde e educação. Assim, não pode alegar o Estado que não possui condições de garantir o mínimo existencial aos seus cidadãos. Essa parcela mínima de atuação governamental é o que garante que o ser humano tenha o mínimo de dignidade, dignidade essa que é fundamento de nossa sociedade.

Portanto, quando houver omissão do legislador ou quando as políticas públicas não garantirem o mínimo existencial aos indivíduos é justo e necessário que o Poder Judiciário intervenha e faça valer os direitos constitucionalmente garantidos. A ressalva que se faz, contudo, ao Poder Judiciário, é que este seja atento ao ponto de apenas funcionar quando os outros mecanismos não sejam suficientes, evitando assim a usurpação de verbas que deveriam ser destinadas à toda coletividade em proveito daquele único jurisdicionado, e assim, evitando também conflito com os outros Poderes da República.

Referências

AMARAL, Sérgio Tibiriça; TEBAR, Wellington Boigues Corbalan. Efetivação judicial das normas constitucionais sociais não regulamentadas. In: SIQUEIRA, D. P. (Org.);

JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa Leão (Org.) . *Direitos sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos a Constituição de 1988 e suas previsões sociais*. Birigui: Boreal, 2011. p. 331-349.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado, 1988.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. Origens, conceito e características dos direitos sociais: uma análise das consequências do déficit na implementação dos direitos fundamentais de segunda dimensão. In: *Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 8730-8757. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2007.pdf acesso em 11/12/2012.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. *De quem é o SUS?*. In: São Paulo, quinta-feira, Folha de São Paulo, opinião. 20 de dezembro de 2007. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2012200709.htm> acesso em 11/12/2012.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Método, 2011. 927 p.

PALHARES, Cinara. Ensaio sobre a eficácia dos direitos sociais. In: *Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 2036-2059. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/cinara_palhares.pdf acesso em 11/12/2012.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. et al.; Coordenadores J.J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correa e Érica Paula Barcha Correia. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 53-69.

REISSINGER, Simone. Reflexões sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais. In: *Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 1762-1780. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/simone_reissinger.pdf acesso em 11/12/2012.

SCAFF, Fernando Facury (Org.); ROMBOLI, R. (Org.); REVENGA, M. (Org.). *A Eficácia dos Direitos Sociais - I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. v. 1. 366 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 928 p.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 319 p.