

A importância do ativismo judicial na implementação dos direitos sociais não implementados pelo poder público

The meaning of judicial activism in the implementation of social rights not served by public power

Deborah Aline Antonucci Moretti
Yvete Flavio da Costa

RESUMO

Os direitos sociais são normas programáticas que vem previstas no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, e que demandam atuação estatal direcionada a concretizá-los, devendo o poder público destinar recursos específicos e prever políticas públicas que os realizem, na prática. Essas políticas demandam elevado gasto público, além de planejamento estatal nesse sentido. Em virtude disso, muitas vezes o Estado se esquivava dessa obrigação, usando como justificativa a teoria do reserva do possível, e deixa de atender às necessidades básicas de parcela da população. Nesse contexto, aflora a importância do Poder Judiciário. Esse poder, quando examina demandas em que não houve a concretização de direitos sociais básicos por ausência de política pública correspondente, proferem sentenças que condenam o Estado a efetivar o direito social no caso concreto, suprindo casuisticamente a atuação do Executivo, o verdadeiro responsável por esse dever. Essa atuação extraordinária do Judiciário é denominada “ativismo judicial”, e, no contexto atual do Estado Social, revela fundamental importância na concretização dos direitos sociais esquecidos pelo Poder Público. Realizou-se então, um estudo sobre a importância da assunção dessa função concretizadora por parte do Poder Judiciário, no contexto social atual, em que alguns direitos sociais acabam sendo mitigados na realidade social, por ausência de políticas públicas suficientes a prestá-los. De forma a possibilitar o aprofundamento temático do assunto, foram empregados os métodos lógico dedutivo e lógico indutivo, já que a pesquisa teve por base a investigação dedutiva da doutrina e jurisprudência acerca do tema, utilizando-se, preponderantemente, o material bibliográfico.

Palavras Chave: Direitos Sociais. Ativismo Judicial. Políticas Públicas.

ABSTRACT

Social rights are programmatic standards fixed on Article 6 of the 1988 Federal Constitution. Because of this feature, they require state action aimed to achieve them. It means that in order to those rules take effect, the government should allocate specific resources and provide public policts. These policts require high public spending, and state planning accordingly. As a result, often the state evades this obligation using to justify the reservation of theory as possible, and fails to meet the basic needs of the population. In this context, arises the importance of the judiciary. That power, when examining claims that there was not the realization of basic social rights for lack of corresponding public policy, pass sentences condemning the state to conduct a social right in this case casuistically supplying the actions of the executive and legislative branches, the “ true “responsible for this duty. This extraordinary work of the judiciary is called “judicial activism,” and, in the current context of the welfare state, reveals fundamental importance in delivering social rights neglected by the Government. Took place then, a study on the importance of the assumption of such a prolific role by the judiciary, in the current social context, in which some social rights end up being mitigated in the social reality, in the absence of public policy sufficient to provide them. In order to enable the deepening of the subject, it was used the deductive logical methods and inductive logic, since the research was based on deductive investigation of doctrine and jurisprudence on the subject, using, primarily, the bibliographic material.

Keywords: Social Rights. Judicial activism. Public policts.

1 Introdução

O presente trabalho pretende estudar a importância do ativismo judicial na efetivação material dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

É dever do Estado garantir condições mínimas materiais de existência ao ser humano, ou seja, garantir a todos aqueles que se encontram em sua tutela os direitos fundamentais, aqueles inerentes a condição de pessoa humana, que configuram o núcleo básico de uma existência digna (NOVAIS, 2003. p. 47-125; p. 49).

Nestes direitos se incluem os sociais, previstos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, sendo eles: a educação, a saúde, a alimentação, o

trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade e a infância e a assistência aos desamparados.

Após declinar o rol de direitos sociais, no seu art. 6º, a Constituição Federal de 1988 dispõe sobre a correlata regulamentação, que o faz por meio de núcleos de especialização. Assim, no Título VIII, relativo à ordem social, dispõe a Constituição da República, no Capítulo II, sobre a saúde (Seção II), a previdência social (Seção III) e a assistência social (Seção IV), e, no Capítulo III, sobre a educação (Seção I), a cultura (Seção II) e o desporto (Seção III). Nos respectivos Capítulos IV, V, VI, VII e VIII, trata a Lei Maior da ciência e tecnologia, da comunicação social, do meio ambiente, da família, da criança, do adolescente e do idoso e, finalmente, dos índios. O direito ao trabalho é disciplinado nos art. 7º ao 11 (CANELA JUNIOR, 2009, p. 38).

Numa conceituação doutrinária, os direitos sociais podem ser compreendidos como aqueles que se direcionam à inserção das pessoas na vida social, que permitem que estas tenham acesso aos bens que satisfaçam suas necessidades básicas. Visam ao bem-estar da pessoa humana, garantindo especial preocupação às camadas mais carentes da população e aqueles que, por uma ou outra razão, não podem obter esses benefícios de modo autônomo, como no caso de velhice, desemprego, infância, doença, deficiência física ou mental etc. De certa forma, procuram proteger os mais fracos, atendendo a uma finalidade de igualdade final ou uma vida condigna para todos (MOTTA FILHO, 2007. p. 332).

Embora tenham aplicabilidade imediata, não possuem todos os direitos contemplados no artigo 6º a imediata efetividade, pois são normas programáticas, que requerem para a sua concretização a ação prestacional do Estado, que deve implementá-los de forma coletiva e isonômica, atendendo prioritariamente os grupos sociais mais vulneráveis (LUNA, 2012).

Estes direitos estão positivados na Lei Maior de forma genérica, ampla e abstrata, demandando a atuação do Poder Público, principalmente pelo poder Executivo para sua efetivação concreta, para que estes direitos se tornem existentes na realidade social. No entanto, muitas vezes, esses poderes acabam por se esquivar dessa obrigação, alegando, para tanto, a carência de recursos financeiros e orçamentários, com fulcro na teoria

da reserva do possível E é neste contexto que se mostra importante a atuação do judiciário na efetivação prática desses direitos.

O presente artigo pretende realizar uma análise sobre a importância da assunção dessa função concretizadora por parte do Poder Judiciário, no contexto social atual, em que alguns direitos sociais acabam sendo mitigados na realidade social, por ausência de políticas públicas suficientes a prestá-los de forma minimamente digna.

Justifica-se a presente pesquisa, na necessidade de efetuar um aprofundamento no estudo desse atual tema, que detém peculiar complexidade, em virtude da necessidade intrínseca de efetivação desses direitos, que muitas vezes, não são garantidos pelo Estado.

A garantia da cientificidade da pesquisa está diretamente relacionada à determinação dos métodos de estudos. Neste ponto, serão expostos os principais métodos e materiais que irão ser utilizados no estudo teórico em voga. Tendo em vista o caráter teórico da pesquisa a realizada, o material preponderantemente utilizado foi o bibliográfico. De forma a possibilitar o aprofundamento temático do assunto, foram empregados os métodos lógico dedutivo e lógico indutivo, já que a pesquisa teve por base a investigação dedutiva da doutrina e jurisprudência acerca do tema.

Assim, na elaboração do presente trabalho, foi utilizada ampla pesquisa bibliográfica em monografias, teses, artigos científicos e trabalhos publicados em eventos acadêmicos, de forma a se coletar as informações mais relevantes acerca do tema suscitado.

2 Direitos sociais: breve explanação teórica

Os direitos sociais primam pela consecução da Justiça Social, compreendida como a concretização de condições dignas de vida para toda a sociedade e garantia de participação em seus destinos. (VERONESE, 2000. p. 106). Ou seja, a Justiça Social busca consolidar um ideal de Justiça mínima, de exercício mínimo de cidadania, entendida aqui em seu sentido amplo, ou seja, se refere não somente à possibilidade de garantia, aos cidadãos, de exercício de seus direitos políticos, mas também, do pleno exercício de seus direitos fundamentais.

A previsão dos direitos sociais como direitos de cunho fundamental, direitos subjetivos elevados a norma constitucional, é decorrência da

adoção, por parte do Brasil, do Estado Democrático de Direito, que tem por base o fato de todo poder emanar do povo, e ser primado pelo princípio da legalidade. A constituição cidadã, promulgada em 1988, trouxe ampla proteção a esses direitos, já que a meta central das constituições modernas pode ser resumida na promoção do bem-estar do ser humano, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de exercício de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção aos direitos individuais, sua efetivação.

Os direitos sociais são conhecidos como “direitos humanos de segunda geração”. Enquanto o ideário da primeira geração era o de igualdade formal, das liberdades clássicas, os de segunda dimensão tem o propósito de garantir a igualdade material, em busca da justiça social. Assim, sob a inspiração principal do Tratado de Versalhes de 1919, pelo qual foram definidas as condições de paz entre as nações participantes da primeira grande guerra, nasceu a segunda dimensão dos direitos humanos, que traz proteção aos direitos sociais, econômicos e culturais, nas quais não se exige uma abstenção do Estado, mas, o contrário, ou seja, impõe-se sua intervenção para a garantia desses direitos.

Ou seja, enquanto os direitos individuais, ditos direitos fundamentais de primeira geração, consistem em liberdades, os direitos sociais, ditos de segunda geração, consistem em poderes, que “só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas” (BUCCI, 1996. p. 90). Por isso, eles demandam uma atuação positiva por parte do Estado, que deve ser chamado a agir para assegurar a plena concretização dos direitos, diferentemente dos direitos de primeira geração, que somente necessitam da abstenção estatal.

Estes tiveram origem na passagem do estado liberal para o social, a partir da Revolução Industrial, tendo por documentos históricos fundadores principalmente a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar, do ano de 1919. A primeira merece destaque por ter sido a primeira constituição formal a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais. Também trouxe outras garantias individuais e políticas de vanguarda, tais como a expansão do sistema de educação pública e a reforma agrária, dentre outras. Já a Constituição de Weimar

também se mostrou fundamental nesse cenário de expansão da previsão dos direitos sociais: previu a igualdade jurídica entre marido e mulher, equiparou os filhos ilegítimos aos legítimos em relação a política social do Estado, e, dentre outras cominações, garantiu proteção à família e à juventude nunca antes vistas numa norma fundamental.

A transição do Estado liberal para o Estado social, a partir da Revolução Industrial e dos movimentos de afirmação democrática, alterou o paradigma de reconhecimento meramente formal dos direitos fundamentais, vinculando os poderes estatais ao cumprimento de programas de implementação destes direitos (CANELA JUNIOR, 2009, p. 37). Assim, o Estado se viu vinculado a agir no sentido da implementação objetiva desse direitos, devendo então não somente positivá-los, mas também agir no sentido de garanti-los.

A estabilidade objetivada no Estado liberal foi então substituída pelo dirigismo estatal, alterando-se, de forma profunda, a concepção da teoria da separação dos poderes. Dentro deste quadro, o Estado existe para atender ao bem comum, o que representa a satisfação espontânea dos direitos fundamentais (CANELA JUNIOR, 2009, p. 38). Em última análise, o Estado deve promover a igualdade substancial dos cidadãos, mediante a implementação material, e não meramente formal, dos bens da vida amparados pelos direitos fundamentais sociais. Ao assim laborar, o Estado garante não somente a democracia política, mas também a democracia social. Para atingir tais objetivos, faz-se necessário o estabelecimento de metas e de programas a serem executados, a fim de que os direitos fundamentais sejam satisfeitos espontaneamente (CANELA JUNIOR, 2009, p. 38).

Em síntese, o Estado tornou-se social, no sentido de que a proteção dos direitos humanos exige interferência ativa para a supressão da miséria e o conseqüente resgate da dimensão humana., e para tanto, faz-se necessária a garantia de determinadas espécies de direitos não-concebidas pelo Estado liberal, os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, ou direitos sociais (CANELA JUNIOR, 2009, p. 39).

Os direitos humanos, e particularmente os direitos sociais, correspondem a um parâmetro fundamental da vida civilizada e refletem conquistas importantes do movimento democrático e das lutas sociais

dos séculos XIX e XX, e são uma prova cabal de que a humanidade tem sabido construir, ao lado da exacerbação do mercado, da competição, da violência e da exploração, formas mais dignas de convivência (CANELA JUNIOR, 2009, p. 39).

Os direitos sociais, porém, não são uma dádiva, nem uma concessão, pois foram “arrancados” por lutas e operações políticas complexas, e também têm funcionado como um importante fator de reprodução social e reposição da força de trabalho: não são uma doação dos poderosos, mas um recurso com o qual os poderosos se adaptam às novas circunstâncias histórico-sociais, dobrando-se com isso, contraditoriamente, às exigências e pressões em favor de mais vida civilizada, e são, em suma, um fator que viabiliza o sistema e ao mesmo tempo um fator que ajuda a que avance a oposição ao sistema, por isso, os direitos sociais são indispensáveis para que se possa pensar numa forma democrática e justa de vida; no mínimo por isto, merecem ser plenamente valorizados e defendidos.¹

A realização estatal concreta desses direitos se mostra importante, principalmente àqueles que, marginalizados socialmente, dependem única e exclusivamente da prestação estatal para ter existência digna e minimamente assegurada. Isso porque, nos dias atuais, pode-se perceber uma certa mercantilização dos direitos sociais, que se tornar mercadorias ofertadas por grandes conglomerados econômicos àqueles que tem condições sociais de pagar o preço por eles cobrado. Aqueles que não se encaixam nessa condição se veem excluídos da abrangência real de concretização desses direitos, já que o estado, apesar de prevê-los e tentar garanti-los, por inúmeras razões, muitas vezes não é capaz de assegurá-los a todos, como se verifica no direito à saúde.

Em decorrência disso, não basta que a irradiação dos direitos fundamentais, nos quais estão dispostos também os sociais, opere em sentido meramente formal. É indispensável que todos os direitos fundamentais sejam concretizados da forma mais ética e substancial possível. Faz-se necessário que este comando se irradie materialmente, mediante a prática, pelo Estado, dos atos necessários para que o bem da vida esteja à disposição do cidadão.² E é nesse contexto que surge a importância do ativismo judicial, já que o Estado, muitas vezes, se escusa dessa efetivação dos direitos sociais.

Apesar de a Constituição Federal, inovando na temática, ter dotado os direitos sociais de aplicabilidade imediata, a maioria dessas normas-excepcionando-se aqui, o direito à educação- possuem pouca densidade normativa, já que não trazem a exata definição da forma pela qual esse direito deve ser efetivado, por se incluírem no rol das chamadas cláusulas abertas, o que tem representado um grande desafio para o Estado, por todos os aspectos que envolvem essa concretização, como escolhas políticas que devem ser feitas, restrições orçamentárias e a própria organização da máquina burocrática do Estado.³

Essas cláusulas abertas se mostram importantes, pois quanto menor a definição da norma acerca da obrigação do Estado em relação à concretização de determinado direito social, maior a margem de apreciação do Poder Judiciário, pois na omissão de lei ordinária que regulamente o direito social ou política pública que estabeleça como deve ser concretizado, terá o Poder Judiciário maior possibilidade de deliberação acerca da forma como deve ser o direito concretizado pelo Poder Público.⁴

A norma constitucional, em regra, também não define como devem ser esses direitos concretizados pelo Estado, ou qual seria a obrigação de cada um dos entes públicos, é uma norma aberta e a implementação do direito irá se definir a partir da ação do legislador infraconstitucional e do Executivo na adoção de políticas públicas.⁵

De fato, a busca da satisfação dos direitos sociais no Judiciário parece sugerir que a ineficiência da atuação dos demais poderes tem levado ao Judiciário questões que antes não eram por ele tratadas, por serem consideradas questões políticas, que estariam alijadas do controle judicial pela limitação pertinente ao princípio da separação dos poderes.⁶ Como a harmonia entre os poderes objetiva o atendimento integral dos objetivos estatais, cumpre ao Poder Judiciário, através da jurisdição, restabelecer a harmonia, mediante a integração da conduta omissiva dos agentes públicos.⁷

O ajuizamento de demandas judiciais em busca da concretização de direitos sociais está inserido num fenômeno maior identificado como judicialização da política, termo que é empregado de formas diferentes e por vezes contraditórias, entre cientistas políticos e juristas, mas, que para o desenvolvimento do tema aqui abordado, será empregado para se referir

às demandas que buscam a efetivação judicial de direitos sociais, inclusive as que se referem à alteração de políticas públicas e que tratam da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo na concretização desses direitos.⁸

Neste cenário, o Poder Judiciário tem assumido a posição de protagonista na efetivação de direitos sociais, o que tem acarretado o reclamo dos demais Poderes, que veem nessa atuação interferência indevida em demandas que implicam decisões políticas e administrativas, e afronta ao princípio da separação dos poderes, previsto na Constituição Federal no artigo 2º.⁹

Os direitos sociais devem ser implementados de forma coletiva, igualitária e progressiva e que compete ao Estado fazê-lo, por meio de políticas públicas. Formulado o comando constitucional, gerador dos núcleos constitucionais de irradiação, cumpre ao Estado a promoção das ações necessárias para a implementação dos objetivos traçados no art. 3º da Constituição Federal.¹⁰ Ao atender aos objetivos constitucionalmente estabelecidos, o Estado satisfaz espontaneamente os direitos fundamentais, em especial os de caráter social. O principal instrumento espontâneo de efetivação destes direitos, no qual esta ocorre sem a provocação do Judiciário, se dá pela instituição das “Políticas Públicas”, entendidas estas como os meios necessários à efetivação dos direitos sociais que, por sua natureza, pressupõem uma atuação incisiva dos poderes públicos. Ou seja, é um conjunto ou medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito.¹¹

Ronald Dworkin as define da seguinte maneira:

Aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deva ser protegido contra mudanças adversas).¹²

Assim, políticas públicas, no Brasil, são todas aquelas atividades desenvolvidas pelas formas de expressão do poder estatal tendentes à realização dos objetivos insculpidos no art. 3º da Constituição Federal. Entre estes objetivos, destaca-se a efetivação dos direitos fundamentais, com especial enfoque para a igualdade substancial: “construir uma so-

cidade livre, justa e solidária” (inciso I), “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inciso III) e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV). A garantia de “desenvolvimento nacional” (inciso II) é de objetivo que, em última análise, coadjuva a efetivação da igualdade substancial.¹³

Nenhuma política pública, portanto, pode violar os direitos fundamentais, porquanto tal representa a transgressão dos próprios objetivos do Estado. Esta diretiva ficou claramente estabelecida no art. 60, § 4º, incisos II e IV, da Constituição Federal. Ao estabelecer que os direitos fundamentais constituem cláusulas pétreas, o constituinte originário delimitou claramente o âmbito de liberdade criativa em matéria de políticas públicas.¹⁴ Ou seja, estas devem priorizar a efetivação dos direitos sociais, fazer com que estes se concretizem na realidade social, ou seja, deixem de ser mera previsão programática, para que surtam efeitos e possam alterar a realidade daqueles que delas dependam.

Em síntese, as políticas públicas constituem em programas de atuação do Poder Executivo os quais buscam definir as áreas sociais que devem ser priorizadas, planejar os objetivos a serem alcançados, analisar os instrumentos disponíveis para sua realização, bem como direcionar os recursos públicos necessários para a consecução desses objetivos.

O Poder Executivo, tendo em vista caráter essencial dos direitos sociais, não poderá escusar-se em seu dever obrigacional de elaborar as políticas públicas relacionadas aos direitos sociais, que tenham o condão de, efetivamente, tornar concretos tais direitos, sob pena de descumprir norma constitucional de ordem pública, imperativa, inviolável e auto-aplicável.

Pela própria natureza dos fins do Estado, preponderantemente agregada ao objetivo de igualdade substancial entre os cidadãos, as políticas públicas para a respectiva concretização demandam a concorrência prioritária do Poder Legislativo e do Poder Executivo. As políticas públicas para a satisfação dos direitos fundamentais, portanto, constituem, preponderantemente, atividades legislativas e administrativas.¹⁵

Tendo em vista que a realização das políticas públicas demanda atividade estatal e existência de recursos financeiros disponíveis, muitas

vezes o poder público se mostra omissivo, justificando sua omissão na tese da “reserva do possível”. A reserva do possível é usada como justificativa para determinar os limites em que o Estado fica desobrigado a dar efetividade aos direitos sociais. De acordo com essa teoria, a efetivação dos direitos sociais encontra dois limites: a suficiência dos recursos públicos e a previsão orçamentária de sua respectiva despesa.

A teoria da reserva do possível tem sido paulatinamente abandonada pelo STF em seus julgados. Esse Tribunal, quando da análise de situações em que o Estado descumpriu a obrigação de efetivar uma obrigação positiva, tem exigido, para fazer-se o uso da reserva do possível, não só a confirmação da inexistência de recursos, mas também a exaustão orçamentária (situação em que inexistem recursos orçamentários para que a administração cumpra determinada decisão judicial, ou seja, a completa falta de verbas).

Assim, diante da não efetivação desses direitos sociais por parte do Executivo e do Legislativo, o Judiciário passou a ter um papel de destaque na efetivação dos direitos sociais dependentes de políticas públicas. Em outras palavras, é papel do Judiciário intervir nos poderes Executivo e Legislativo quando estes não garantirem o acesso universal aos direitos sociais. Ou seja, é pela via judiciária que é possível a concretização dos direitos que estão previstos nas leis infraconstitucionais e na Constituição Federal quando não se consegue alcançar a satisfação de forma espontânea.¹⁶

Desta forma, todas as condutas desenvolvidas pelas formas de expressão do poder estatal, por estarem adstritas à realização do interesse público, devem objetivar a efetivação espontânea dos direitos fundamentais. Trata-se do cumprimento espontâneo da obrigação assumida pelo Estado em âmbito nacional e internacional. Concluímos, portanto, que as políticas públicas constituem os mecanismos estatais de efetivação dos direitos fundamentais, mediante a satisfação espontânea dos bens da vida por eles protegidos. O Estado, como sujeito passivo da obrigação, as satisfaz através da atuação concreta das formas de expressão do poder estatal.¹⁷

Cabe ressaltar que nos casos em que, a ausência da política pública garantidora resulta na não efetividade do direito social, a tutela judiciária se mostra como instrumento paliativo. Ela não atuará na origem do pro-

blema, mas apenas o remediará, concedendo o direito de forma casuística.

Desse modo, a atuação do Poder Judiciário que concede o direito a um autor individual ou a um grupo reduzido de pessoas que recorreram ao Judiciário, sem a preocupação de que o mesmo objeto possa ser entendido a todas as pessoas nas mesmas condições, não realiza o controle jurisdicional de política pública de direitos sociais, mas tão somente atende ao direito de ação assegurado constitucionalmente.¹⁸

Esse debate, no entanto, tem cada vez mais se deslocado para o Poder Judiciário, que não tem deixado de se pronunciar sobre questões políticas e econômicas, interferindo em posições orçamentárias e administrativas, antes tratadas com exclusividades pelos Poderes Executivo e Legislativo, flexibilizando a própria noção do princípio da separação dos poderes, que no cenário atual assume uma concepção mais aberta, em que se busca a atuação harmônica entre os poderes, com a finalidade de alcançar os objetivos previstos na Constituição.¹⁹

3 A importância da postura ativista do judiciário em relação aos direitos sociais

Apesar do momento atual poder ser conceituado como uma “era de direitos”, repleta de conquistas e avanços, os direitos sociais parecem hoje viver muito mais como direitos proclamados, “direitos em sentido fraco”, ou expectativas de direitos, como diria Norberto Bobbio, que como direitos efetivamente usufruídos, ou seja, “direitos em sentido forte”. Há, no campo dos direitos sociais, um maior grau de defasagem entre a norma jurídica e a sua efetiva aplicação.

Trata-se de uma defasagem comum a todas as áreas, mas que, na área social, parece ser maior, basicamente porque os direitos sociais dependem muito, para ser efetivamente usufruídos, de decisões políticas cotidianas, tomadas praticamente no dia a dia. Os direitos sociais trazem consigo, como sabemos, a necessidade de alocações expressivas de recursos: financeiros, humanos, técnico-científicos, organizacionais, políticos, seja para financiar os direitos, seja para viabilizá-los no plano organizacional. Como são recursos de natureza ampla, quase sempre mexem com interes-

ses estabelecidos, e por isso acabam ficando na dependência de acertos, acordos, pactos sociais, decisões de natureza governamental e política, que muitas vezes comprometem a efetiva aplicação, implementação e proteção desses direitos.²⁰

Se mostram sido precários, na atualidade, os arranjos políticos dedicados a estruturar e a viabilizar, por exemplo, transferências de renda e escolhas públicas voltadas para a valorização e a proteção efetiva dos direitos sociais. Faltam lealdades políticas e lealdades sociais para que se tomem decisões firmes em favor de direitos. Em decorrência, os direitos sociais não têm sido muito respeitados e nem têm fluído em condições razoáveis. E é nesse cenário de ausência de implementação dos direitos sociais por parte do Estado é que se mostra importante o ativismo judicial.

Enquanto aos poderes legislativo e executivo cabem atividades caracteristicamente pró-ativas, ao Poder Judiciário incumbe o exame de constitucionalidade e de legalidade dos atos praticados pelos demais poderes. Trata-se, portanto, de atividade jurisdicional corretiva, que não emite juízo de valor sobre a ação dos demais poderes, apenas de compatibilização com as normas constitucionais. Como toda atividade exercida pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo deve compatibilizar-se com a Constituição Federal, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado (CF, art. 5º, XXXV), a hipótese de não efetivação concreta dos direitos sociais.²¹

O magistrado, exercitando atividade jurisdicional em um Estado do bem-estar social, deve redimensionar o seu foco de análise, investigando o fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição da República. A Constituição deverá receber uma leitura finalística, de tal forma que o art. 2º, matriz do princípio da independência e da harmonia entre os poderes, deverá ser obrigatoriamente revisitado.²²

Apesar dessa importante função do magistrado, é necessário que haja um controle na análise dos casos em que o Judiciário deve implementar os direitos sociais, que deve se desenvolver a partir de juízo de ponderação, em que seja aferida a utilidade da medida judicial pretendida, sua necessidade e razoabilidade, levando-se em consideração a política estabelecida e seus objetivos.²³

Ou seja, o Judiciário deve analisar, no caso concreto, se os direitos sociais pleiteados não vem sendo implementados pelos entes responsáveis, e ponderar, ou seja, realizar um juízo de comparação entre os valores trazidos à sua apreciação. Por exemplo, em um caso concreto em que a parte demande ser atendida pela distribuição gratuita de medicamentos, o magistrado deverá ponderar os valores em confronto.

Isso porque todos os direitos sociais são prioritários e somente a absoluta ausência de recursos justificaria a delonga na sua consecução material, o que não inviabilizaria, entretanto, a concessão judicial destes direitos na fase de conhecimento.²⁴

Percebe-se, então, que o Poder Judiciário, como instância garantiadora, tem papel essencial na proteção dos direitos fundamentais. Sobre esse aspecto, assinada Bittar:

O Poder Judiciário cumpre um determinante papel na construção, proteção e garantia da efetividade dos direitos humanos, dentro da tradicional estrutura tripartite de poderes herdada da modernidade. Se uma sociedade na qual a cidadania se realiza é aquela que tem amplo acesso aos direitos, significa afirmar que estes direitos são realizados ou respeitados, e também que, quando são violados, aos mesmos é atribuída a devida proteção e garantia jurisdicional, o que torna a questão do papel do Judiciário um ponto central das discussões sobre o tema dos direitos humanos e, ainda mais, da eficácia dos direitos humanos.²⁵

Ante a ineficácia estatal na prestação dos direitos sociais previstos no artigo 6º, que dá origem a extrema miséria e incontida violência na sociedade, o Poder Judiciário, embora vacile ante a imprecisão do princípio da separação de poderes, tem concedido, em casos extremos, tutela jurisdicional a determinados bens da vida amparados pela Constituição, tais como a saúde e a educação.²⁶

Sobre essa intervenção judicial na prestação dos direitos sociais, assinala Faria:

Eis aí, de modo esquemático, o dilema hoje enfrentado pelo Judiciário brasileiro, ao menos em suas instâncias inferiores: cobrir o fosso entre esse sistema jurídico-positivo e as condições de vida de uma sociedade com 40% de seus habitantes vivendo abaixo da linha da pobreza, em condições subumanas, na consciência de que a atividade judicial extravasa

os estreitos limites do universo legal, afetando o sistema social, político e econômico na sua totalidade.²⁷

Isso porque a efetivação dos direitos sociais não depende única e exclusivamente de leis, ou seja, não é possível que se resolvam problemas sociais através da criação tão-somente normativa, deve-se implementar uma ação pró-ativa no sentido de sua efetivação.

O pressuposto de atuação do Poder Judiciário, portanto, é a de realização dos direitos fundamentais, dentre os quais se encontra os sociais, através dos mecanismos processuais à sua disposição. Não poderá, por consequência, manter uma postura meramente contemplativa, sujeita às arbitrariedades dos demais poderes, de tal forma que, quando concitado, deverá, na apreciação do direito social violado pela omissão do Estado, exercer conduta pró-ativa e corretiva, desde que procedente o pedido.²⁸ Assim, o Judiciário, frente a ineficácia dos poderes legislativo e executivo, apresenta papel fundamental na efetivação da justiça distributiva, de forma a tornar menos vagos e programáticos os direitos sociais presentes na Constituição.

Em síntese, nos casos de dever estatal de prestação de políticas públicas que efetivem os direitos sociais, havendo omissão imputável ao ente público competente, que resulta no desrespeito ao texto constitucional provocado pela inércia estatal, o Judiciário deve agir como implementador desses direitos, fazendo a colmatação entre o texto legal e a realidade.

Nesses casos, não se poderá invocar a questão acerca da reserva do possível, já que esta deverá ser considerada inaplicável sempre que a invocação dessa cláusula possa prejudicar o núcleo básico que determina o mínimo existencial, devendo estão o Judiciário adotar um comportamento afirmativo, que ultrapasse a mera fiscalização judicial, justificada pela necessidade de observância de alguns parâmetros constitucionais, tais como a proibição do retrocesso social, a proteção ao mínimo existencial e a vedação da proteção insuficiente.

A proibição do retrocesso social se caracteriza na seguinte premissa: uma vez que determinado direito protetivo é previsto, ele não poderia ser restrito ou esvaziado. Sobre o tema, aduz Canotilho:

“[...] o princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição do retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição a contrarrevolução social, ou à evolução reacionária. Com isso, quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex: direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo”.²⁹

Já o mínimo existencial pode ser compreendido como a possibilidade do indivíduo fruir seus direitos sociais básicos, cuja prestação e efetivação devem ser asseguradas pelo estado em sua atividade administrativa.

A vedação à proteção insuficiente se expressa na premissa de que a proteção ofertada deve ser apta a proteger o indivíduo de forma suficiente, de forma a preservar sua dignidade. Ou seja, o Estado deve se prestar a garantir o exercício mínimo da cidadania a seus súditos, entendida aqui como o acesso destes aos direitos fundamentais, nos quais se incluem os sociais. Deve-se então legitimar a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

Nesse sentido, vem entendendo o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a referida Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam – enquanto direitos de segunda geração (ou de segunda dimensão) – com as liberdades positivas, reais ou concretas.³⁰

Ou seja, referido Tribunal entende que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- -jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional.³¹

Isso significa que a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação

real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde.

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.³²

4 Conclusões finais

Os direitos sociais, direitos fundamentais que tem por objetivo garantir uma vida minimamente digna ao ser humano, vem positivados no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. São direitos provenientes da denominada “terceira dimensão de direitos fundamentais”, ou seja, direitos positivos, que demandam, para sua efetivação prática, a atuação direcionada por parte do Estado Social. Este assume posição de implementador de direitos, existindo para atender ao bem comum, o que representa a satisfação espontânea dos direitos fundamentais.

Em virtude da importância desses direitos, que visam justamente a garantir a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, não basta que a irradiação dos direitos sociais opere em sentido meramente formal. Faz-se necessário que o comando trazido em seu texto se irradie

materialmente, mediante a prática, pelo Estado, dos atos necessários para que o bem da vida esteja à disposição do cidadão. Ou seja, o Estado deve assumir postura ativista na concretização desses direitos, se postando além da mera previsão legal destes.

A concretização espontânea dos direitos sociais é realizada por meio das chamadas “políticas públicas”. Estas podem ser compreendidas como serviços públicos direcionados que atuam no sentido de realizar os direitos sociais na realidade social, implementando-os na prática.

Tendo em vista que a realização das políticas públicas demanda atividade estatal e existência de recursos financeiros disponíveis, muitas vezes o poder público se mostra omissivo, justificando sua omissão na tese da “reserva do possível”. A reserva do possível é usada como justificativa para determinar os limites em que o Estado fica desobrigado a dar efetividade aos direitos sociais. De acordo com essa teoria, a efetivação dos direitos sociais encontra dois limites: a suficiência dos recursos públicos e a previsão orçamentária de sua respectiva despesa.

Diante dessa postura inativista do Executivo, o Judiciário, ao ser confrontado com demandas que pedem pela concretização desses direitos, ao contrário dos outros Poderes, assume postura ativista, determinando que o Estado supra essa deficiência casuisticamente, de forma a assegurar que aqueles que não têm condições de acesso a versão mercantilizada desses direitos, possam deles desfrutar por meio decisão judicial.

Conclui-se então pela importância fundamental do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais que não encontram guarida na realidade social, ou seja, que não são efetivados pelos poderes que detém competência para tanto, garantindo a fruição dos direitos fundamentais àqueles que não podem pagar por eles no atual estado de mercantilização desses direitos.

5 Notas

¹ NOGUEIRA, Marco Aurélio. Os direitos sociais como causas cívicas. *Saude soc.*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 15-24, jul. 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902002000100004&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 19 jul. 2015.

² (CANELA JUNIOR, 2009, p. 42).

³ (LUNA, 2012, p. 35).

⁴ (LUNA, 2012, p. 40).

- ⁵ (LUNA 2012, p. 41).
⁶ (CAMPILONGO,, p. 33
⁷ (CANELA JUNIOR, 2009, p. 45).
⁸ (LUNA, 2012, p. 48)
⁹ (LUNA, 2012, p. 56)
¹⁰ (CANELA JUNIOR, 2009, p. 75)
¹¹ (FREIRE JÚNIOR, 2005, p.47)
¹² (DWORKIN, 2002, p. 37)
¹³ (CANELA JUNIOR, 2009, p. 41)
¹⁴ (CANELA JUNIOR, 2009, p. 42)
¹⁵ (CANELA JUNIOR, 2009, p. 65)
¹⁶ (STREK, 1999, p. 313-330; p. 329).
¹⁷ (CANELA JUNIOR, 2009, p. 43).
¹⁸ (LUNA, 2012, p. 76)
¹⁹ (LUNA, 2012, p. 76).
²⁰ (NOGUEIRA, 2002, p. 86)
²¹ (CANELA JUNIOR, 2009, p. 64)
²² (CANELA JUNIOR, 2009, p. 70)
²³ (LUNA, 2012, p. 88)
²⁴ (CANELA JUNIOR, 2009, p. 95)
²⁵ (BITTAR, 2005, p. 7)
²⁶ (CANELA JUNIOR, 2009, p. 96)
²⁷ (FARIA, 1994, p. 75)
²⁸ (CANELA JUNIOR, 2009, p. 99)
²⁹ (CANOTILHO, 2003, p. 77)
³⁰ RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 199/1219-1220
³¹ RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 199/1219-1220
³² RE 762.242-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Dje de 16/12/2013

6 Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. **Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas públicas: reflexões sobre um conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITTAR, Educado Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 7.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2005.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo**: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/>>. Acesso em: 2015-07-20. p. 38.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **As políticas públicas e o Direito Administrativo**. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 13, 1996. p. 90.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 99, p. 305-25, jan./dez. 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 37.

FARIA, José Eduardo. **Os desafios do Judiciário**. *Revista USP*. São Paulo, n. 21, p. 47-57: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994.

FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Julio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Coleção temas fundamentais de direito; v. 1).p.47.

GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos Poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 5, p. 112-36, jan./jun. 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle jurisdicional de Políticas Públicas**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

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

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais**: os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LUNA, Ana Claudia Vergamini. **Direitos sociais**: controle jurisdicional de políticas públicas, limites e possibilidades. 2012. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-05082013-162741/>>. Acesso em: 2015-07-26

MACHADO JÚNIOR, Arnaldo de Aguiar. **Proteção jurídica dos direitos fundamentais sociais. Uma abordagem consentânea com o estabelecimento de novos critérios materiais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2133, 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12735>>. Acesso em: 13 de julho de 2015.

MAURICIO JUNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Os direitos sociais como causas cívicas**. São Paulo, v. 11, n. 1, p. 15-24, jul. 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902002000100004&lng=pt&nrm=iso>. acesso em 19 jul. 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 47-125.

_____. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2010.

PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes. **Constituição e ineficácia social**. Curitiba: Juruá, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial, parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

STREK, Lenio Luiz. **As constituições sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental**. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. (Org.). 1988-1998: uma década de constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 313-330.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VERONESE, J. R. P. Direitos econômicos, sociais e culturais. proteção jurisdicional dos interesses difusos e coletivos da população infanto-juvenil. **Seqüência** ; Estudos Jurídicos e Políticos, 21(40), 108. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/154402000.p.106>

Recebido em: 27-11-2015

Aprovado em: 17-2-2016

Deborah Aline Antonucci Moretti

Mestranda em Direito Público pela Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho. Membro de grupo de pesquisa “Núcleo de Pesquisas Avançadas em Direito Processual Civil Brasileiro e Comparado”.

Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho
Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Franca. Avenida Eufrásia Monteiro Petrágli, 900
Jardim Petrágli. CEP 14409160 - Franca, SP - Brasil - Caixa-postal: 211
E-mail: deborahmoretti@gmail.com

Yvete Flavio da Costa

Pós- doutora pela Universidade de Coimbra - Portugal, sob supervisão do Professor Doutor José Manuel Aroso Linhares; doutora e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; atualmente é professora Assistente na Universidade Estadual Paulista - “Júlio de Mesquita Filho” - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais e Lider do Núcleo de Pesquisas Avançadas em Direito Processual Civil e Comparado da Unesp.

Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho
Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Franca. Avenida Eufrásia Monteiro Petrágli, 900
Jardim Petrágli. CEP 14409160 - Franca, SP - Brasil - Caixa-postal: 211
E-mail: yvetecosta@gmail.com

