

Uni-ANHANGUERA CENTRO UNIVERSITÁRIO DE GOIÁS
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NA ATUAÇÃO DO PODER
JUDICIÁRIO BRASILEIRO ATUAL.**

ARTHUR DE ALCÂNTARA A. MACHADO

Goiânia
Fevereiro/2017

ARTHUR DE ALCÂNTARA A. MACHADO

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NA ATUAÇÃO DO PODER
JUDICIÁRIO BRASILEIRO ATUAL.**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro Universitário de
Goiás - Uni-ANHANGUERA, sob
orientação do Professora Ms. Débora
Martins.

Goiânia

Fevereiro/2017

ARTHUR DE ALCÂNTARA A. MACHADO

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NA ATUAÇÃO DO PODER
JUDICIÁRIO BRASILEIRO ATUAL.**

Prof^a Ms. Débora Martins
Orientador(a)

RESUMO

Este estudo pretende compreender a eficácia das normas de direitos sociais, que se inserem no âmbito dos direitos constitucionais fundamentais, para, a partir de então, buscar os meios que garantam a sua efetividade. Neste caminho observa-se que os direitos sociais possuem aplicabilidade imediata e, portanto, devem ser obedecidos de plano pelo Poder Público. Ocorre que há casos em que as determinações presentes na Carta Magna não são cumpridas pela administração, cabendo ao interessado pleitear seus interesses em juízo, sabendo-se que existem meios instrumentais, como mandado de segurança, ação civil pública, mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão, aptos a garanti-los. Poderá, assim, o Poder Judiciário, sem prejuízo da Separação de Poderes, atuar para determinar a efetivação de medidas sociais não observadas pelos demais Poderes da República.

Palavras chave: direitos fundamentais, direitos sociais, políticas públicas, normas constitucionais, omissão constitucional, eficácia, efetividade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

.....
7

CAPÍTULO 1 – DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

.....
9

1.1 Conceito

.....
9

1.2 Evolução histórica

.....
10

1.3 A positivação

.....
12

1.4 A positivação no direito brasileiro

.....
14

CAPÍTULO 2 – O ESTADO COMO CONCRETIZADOR DOS DIREITOS SOCIAIS

.....
16

2.1 A jurisdição constitucional

.....
16

2.2 Direitos prestacionais

.....
18

3.3.3 Do mandado de segurança

.....

43

3.3.4 Da ação civil pública

.....

46

3.4 A reserva do possível

.....

49

3.5 Intervenção do judiciário

.....

53

CONCLUSÃO

.....

55

REFERÊNCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

.....

56

INTRODUÇÃO

Esse trabalho tem o escopo de analisar a eficácia das normas de direito social consubstanciadas nos direitos fundamentais, com vistas a garantir a concretização das políticas públicas a cargo do Estado, quando este vier a faltar com seu compromisso constitucional.

Desta forma, será analisada possibilidade de atuação do Poder Judiciário pátrio frente às pretensões de efetivação individual de direitos sociais, bom como a aplicação desses direitos e concretização das políticas públicas em âmbito coletivo.

Diante da realidade social vivenciada pelo Brasil e pela maioria dos países do mundo, o tema mostra-se de fundamental importância, ganhando relevo, sobretudo, após a deflagração da Revolução industrial, e avançando de forma enérgica na primeira metade do século XX e progredindo no atual momento do século XXI.

A questão envolve temas diversos do direito constitucional, que se ligam de forma íntima, como à aplicabilidade e alcance das normas programáticas, a subjetividade e objetividade dos direitos fundamentais, a força normativa e a supremacia das constituições, bem como o dualismo hoje verificado entre regras e princípios como espécies normativas, e a verificação e suprimento das omissões constitucionais.

O trabalho está estruturado em três capítulos. No primeiro capítulo serão abordados os conceitos de direitos sociais e políticas públicas, bem como o surgimento e a evolução histórica dos direitos fundamentais e, em especial dos direitos sociais, passando pelo momento de positivação desses direitos em todo o mundo e, conseqüentemente, no Brasil.

O segundo capítulo é dedicado à eficácia das normas sociais nos textos constitucionais, sendo abordada a importância da jurisdição constitucional para a implementação dessas normas, assim como sua característica prestacional e

programática.

O terceiro capítulo aborda a efetividade dos direitos sociais, seus meios de concretização. Demonstra com esse capítulo acerca da subjetividade dos direitos fundamentais de índole social, e sua efetivação diante das omissões inconstitucionais, relativas à complementação infraconstitucional desses direitos e a análise dos instrumentos aptos para tanto.

É feita, por fim, uma análise quanto a outros meios de efetividade dos direitos sociais, e a consequente atuação judicial para a defesa da Constituição e proteção desses direitos.

O trabalho é de revisão bibliográfica, sendo objeto do estudo a doutrina de diversos autores do direito brasileiro e alguns estrangeiros, os quais estão diretamente ligados às atuais manifestações do Poder Judiciário sobre a matéria.

1 – DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

1.1 CONCEITO

Os direitos sociais inserem-se no âmbito dos direitos fundamentais, sendo constitucionalmente garantidos como tais. Dirley da Cunha Jr. (2010, p. 719-720) os define da seguinte forma:

[...] posições jurídicas que credenciam o indivíduo a exigir do Estado uma postura ativa, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a igualização de situações sociais desiguais, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais.

Kildare Gonçalves de Carvalho (2010, p. 749) ensina que os direitos sociais são aqueles que visam a melhoria das condições de existência, através da atuação positiva do Estado, que deve assegurar a criação de serviços de educação, saúde, ensino, habitação e outros. Assevera o autor que esses direitos possuem características derivadas de normas programáticas, todavia, posiciona-se pela sua exigibilidade:

A maioria dos direitos sociais vem enunciados em normas programáticas. São direitos de status positivus, já que permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado, com o objetivo de melhorar suas condições de vida, garantindo os pressupostos materiais para o exercício da liberdade. Envolvem a melhoria de vida de vastas categorias da população, mediante a instituição e execução de políticas públicas.

A Constituição da República Federativa do Brasil enuncia em seu artigo 6º aqueles que são considerados direitos sociais:

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

Os direitos sociais, portanto, dependem de uma atuação do Estado, diferentemente daqueles inerentes às liberdades individuais, que pressupõe uma abstenção estatal para seu gozo. Será demonstrado que a atuação do ente estatal para a

implementação dos direitos sociais se dá de duas formas, atuando para a elaboração de norma que dê suporte a direito fundamental estampado na Constituição, e atuando de forma material, efetivando políticas públicas.

Por políticas públicas entende-se “*o conjunto de atos realizados pelo poder público com a finalidade de realizar um objetivo de ordem pública, de concretizar um direito*” (Dallari, 2006, p. 14).

Diante desse conceito percebe-se que políticas públicas são atos do Estado, que cumpre um dever jurídico, decorrente, em regra, de direito fundamental. Assim, os direitos e garantias fundamentais balizam a atividade estatal, que, nesta quadra da história, o impôs um dever social de agir na defesa dos indivíduos.

Essas políticas guardam estreita relação com os direitos fundamentais, sobretudo com aqueles tradados doutrinariamente como de segunda e terceira dimensão, o que será melhor detalhado no tópico seguinte, sendo oportuno afirmar, desde já, que esses direitos são verdadeiras conquistas históricas da coletividade.

Desta forma, a responsabilidade do Estado na implementação dessas políticas deve ser analisada levando-se em consideração a origem e evolução desses direitos do homem.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

As políticas sociais são fruto de fatos históricos, marcadas por intensa luta entre os particulares e o Estado, sendo fenômeno recente se considerarmos toda a história dos direitos fundamentais.

A criação das políticas públicas deu-se com a evolução dos direitos naturais, que ocorreu de forma gradual. Um dos marcos para a evolução desses direitos foi o pensamento cristão, que ressaltou a existência da igualdade entre os homens, dizendo-os como a imagem e semelhança de Deus (Mendes e Branco, 2012, p. 154).

As teorias contratualistas, nascidas nos séculos XVII e XVIII, marcaram a história dos direitos fundamentais por terem sido a base das Revoluções Burguesas ocorridas nestes séculos. Seus expoentes também enfatizaram a ideia de igualdade entre os homens, ressaltando que não deveria o Estado os diferenciar. Tal assertiva está claramente apresentada em Rousseau (2000, p. 39):

Por isso, é claro que o supremo poder, tão absoluto, sagrado e inviolável como é, não transpõe nem pode transpor os limites das convenções gerais, e que todo homem pode plenamente dispor da liberdade e bens que lhe deixaram as convenções; de sorte que o soberano nunca tem o direito de onerar mais a um que a outro cidadão, porque então, particularizado o negócio, não é mais competente o seu poder.

Foi esse pensamento de igualdade a base da Declaração de Direitos da Virgínia (1776) e da Declaração Francesa, de 1789, reputados como os diplomas que marcam a sedimentação desses direitos inerentes ao homem (Mendes e Branco, 2012, p. 154).

Dentro dessa perspectiva histórica dos direitos fundamentais percebeu-se que houve uma evolução na gama de direitos compreendidos. Em primeiro, como se viu, foi reivindicado o direito de igualdade entre os homens. Após, ainda nesse momento histórico, buscou-se a redução do poder do Estado, profundamente marcado pelo absolutismo monárquico presente na Europa naqueles séculos. Por terem sido esses direitos os primeiros a serem positivados foram cunhados como direitos de primeira dimensão, fruto da luta pela igualdade e contenção dos poderes do soberano na esfera individual.

Com o desenvolvimento da sociedade, sobretudo com o advento da Revolução Industrial, percebeu-se que apenas a abstenção do Estado diante da autonomia do indivíduo não era bastante para a promoção da igualdade, visto que o poder econômico voltava a colocar os homens em posições díspares, muitas vezes em relação de sujeição (Passos, 2007).

Neste cenário surgiu o movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX. Comparato (2010, p. 66) atribui a este movimento a iniciativa para a promoção da igualdade de fato entre os homens, veja-se:

O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista. O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente. É o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização. Os socialistas perceberam, desde logo, que esses flagelos sociais não eram cataclismos da natureza, nem efeitos necessários da organização racional das atividades econômicas, mas sim verdadeiros dejetos do sistema capitalista de produção, cuja lógica consiste em atribuir aos bens de capital um valor muito superior ao das pessoas.

Em decorrência da crescente desigualdade econômica e social, na contramão do capitalismo emergente, surgiram o que se denominou de direitos sociais, pelos quais deveria o Estado agir para a promoção de uma igualdade de fato. Com essa nova perspectiva, diversos direitos ingressaram na órbita dos direitos do homem, dizendo respeito, sobretudo, à assistência social, saúde, educação, segurança, trabalho e lazer. A partir de então o soberano se obrigou a uma prestação positiva, a um *facere*, sendo que essa sua nova forma de participação representa os direitos fundamentais de segunda dimensão (Mendes e Branco, 2012, p. 309).

Já no século XX, com o advento do fenômeno da globalização, percebeu-se que outras necessidades foram surgindo e desta vez não atingindo o ser humano individualmente considerado, mas uma coletividade despersonalizada. São os direitos fundamentais de terceira dimensão, aqueles pelos quais se vindicam o direito ao um meio ambiente hígido, à proteção dos direitos dos consumidores, cada vez mais despersonalizados com a figura dos contratos de adesão, dentre outros. Nesse contexto o Estado passou a obrigar-se a proteger e garantir o direito de toda uma comunidade (Mendes e Branco, 2012, p. 310).

Esses direitos, cujos titulares, em geral, não podem ser personalizados, têm como característica marcante o fato de serem difusos e coletivos.

As políticas públicas, portanto, inserem-se no âmbito dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões, pois, correspondem a atos que devem ser conduzidos pelo ente estatal para a promoção da igualdade real e para o bem da coletividade.

1.3 A POSITIVAÇÃO

As políticas públicas estão intimamente ligadas aos direitos sociais, pois, nestes situam-se seus fundamentos. Desta forma, faz-se necessário verificar como foi realizada a positivação desses direitos e, assim, como passou o Estado a figurar como parte devedora desta relação.

Conforme demonstra a professora Ruth Barros Pettersen da Costa (2011, p. 31), a Constituição Francesa de 1848, a partir do ideal socialista surgido na Europa no século XIX, *“reconheceu algumas exigências econômicas e sociais, em adequação ao espírito das anteriores constituições de 1791 e 1793, observado, contudo, que a plena afirmação*

desses novos direitos humanos só veio acontecer no século XX, com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.”

Neste mesmo contexto, Alexandre de Moraes também assevera que a Constituição Francesa de 1848 elegeu uma nova gama de direitos fundamentais, sendo que em seu artigo 13 determinava como direitos dos cidadãos “*a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados, às crianças abandonadas, aos enfermos e aos velhos sem recursos, cujas famílias não pudessem socorrer*” (Moraes, 2011, p. 11).

Com a crescente industrialização e urbanização, sobretudo entre os séculos XIX e XX, aumentaram também a demanda por melhores condições sociais por parte da população, que se encontrava sob o domínio livre do capitalismo, dependendo sua sorte da lógica do mercado. Desta forma, teve o Estado a necessidade de intervir na sociedade de forma direta, iniciando o que se passou a denominar de estado do bem-estar social, doutrina que se contrapôs ao liberalismo econômico.

Neste novo cenário, a Constituição Mexicana de 1917, e a Constituição de Weimar de 1919, figuraram como paradigmas na positivação desses direitos. A primeira incluiu em seu texto direitos individuais com marcante tendência social, como, por exemplo, os direitos trabalhistas e a educação, como demonstra Alexandre de Moraes (2011, p. 12):

Art. 5º O contrato de trabalho obrigará somente a prestar o serviço convencionado pelo tempo fixado por lei, sem poder exceder um ano em prejuízo do trabalhador, e não poderá compreender, em caso algum, a renúncia, perda ou diminuição dos direitos políticos ou civis. A falta de cumprimento do contrato pelo trabalhador, só o obrigará à correspondente responsabilidade civil, sem que em nenhum caso se possa exceder coação sobre a sua pessoa.

—
Art. 3º (...)

VI – a educação primária será obrigatória;

VI – toda educação ministrada pelo Estado será gratuita;

A constituição de Weimar, também cuidou de forma sistemática do delineamento dos direitos sociais. Em sua Seção V, além de determinar os direitos tradicionais, como a propriedade, por exemplo, incluiu dispositivos de feição social, como “*a proteção especial do Império em relação ao trabalho (art. 157), sistema de seguridade social, para a conservação da saúde e da capacidade de trabalho, proteção*

da maternidade e prevenção dos riscos da idade, da invalidez e das vicissitudes da vida (art. 161)” (Moraes, 2011, p. 12).

1.4 A POSITIVAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A Constituição Imperial, de 1824, não adentrou no âmbito dos direitos sociais, haja vista que naquele momento permeava no Brasil, ainda, a busca pela efetividade dos direitos de primeira geração. Desta forma, essa Carta teve marcantes características liberais.

Inobstante sua característica liberal, a Constituição de 1824, timidamente, elencou alguns direitos de feitiço social como quando dispõe que “*A constituição também garante os socorros públicos*” (inciso XXXI do artigo 179), além de declarar a instrução primária de todos os cidadãos (inciso XXXII do artigo 179) (Costa, 2011, p.55).

A constituição de 1891 também não adentrou no âmbito dos direitos sociais, consubstanciando-se em um diploma nitidamente liberal, consagrador do distanciamento entre Estado e Sociedade (Costa, 2011, p.55).

Em 1934, a nova Constituição abriu espaço para os direitos sociais, tendo dedicado um de seus títulos à ordem econômica e social, onde se insere o artigo 115, que assim dispõe: “*a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos uma existência digna*”.

O texto de 34 avançou ainda na proteção dos direitos trabalhistas estatuidos no artigo 121 o seguinte: “*a lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país*” (Costa, 2011, p.55).

A Constituição de 1937 dispôs acerca de alguns direitos sociais, todavia, em decorrência do fato de que seus dispositivos não correspondiam ao que de realmente vivia a sociedade brasileira naquele momento, tornou-se caracterizada como uma constituição semântica, sendo assim considerada pelo fato da dissonância entre o texto e a realidade social.

As Constituições que se seguiram mantiveram em linha os direitos sociais insculpidos nas Cartas anteriores, não avançando.

Contudo, o panorama da atuação do Estado frente aos direitos sociais foi elevado a um novo patamar com a Constituição Federal de 1988, cunhada por Ulysses Guimarães como a “*Constituição Cidadã*”, ante o elevado grau dos direitos sociais consagrados em seu texto.

O constituinte de 1988 não apenas se preocupou em elevar o catálogo de direitos sociais, mas também concretizou os meios para sua proteção, garantindo o direito à inafastabilidade da tutela jurisdicional (artigo 5º, inciso XXXV), aos chamados remédios constitucionais, como o Mandado de Segurança individual e coletivo, *Habeas Data*, *Habeas Corpus*, Mandado de Injunção, etc., além da correspondente ampliação do modelo controle de constitucionalidade.

Desta forma, atualmente, a sociedade brasileira conta com um importantíssimo aparato de direitos fundamentais, que poderão ser protegidos por diversos meios, tudo com fins a garantir a igualdade material entre os indivíduos e resguardá-los de atividades arbitrárias por parte do Estado.

2 – O ESTADO COMO CONCRETIZADOR DOS DIREITOS SOCIAIS

2.1 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Um dos fatores que impulsionaram o desenvolvimento dos direitos sociais e a consequente ação do Estado na promoção das políticas públicas foi o avanço da jurisdição constitucional.

Jurisdição pode ser entendida da seguinte forma:

[...] o poder-dever do Estado, exercido por meio de órgãos jurisdicionais (juízes e tribunais) competentes, conforme critérios fixados tanto pela Constituição, como pelas demais normas infraconstitucionais, destinado à solução dos litígios (ou lides) que lhe forem submetidos a julgamento, por meio da dicção da vontade da lei ao caso concreto (Dantas, 2012, p. 44).

A doutrina tem classificado como jurisdição constitucional a atividade do Estado de aplicar o direito tendo como parâmetro a Constituição, e por objeto a tutela das liberdades públicas, bem como o controle de constitucionalidade (Dantas, 2012, p. 45-46).

Até a década de 40, vigorava na Europa um modelo político inspirado na Supremacia do Poder Legislativo, nos moldes da doutrina inglesa da soberania do parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. Contudo, muito por conta da trágica experiência totalitária, iniciou-se um novo modelo constitucional, inspirado pela doutrina americana. Esse novo modelo prezava pela constitucionalização dos direitos fundamentais e supremacia da constituição (Barroso, 2007).

Saiu-se, portanto, do modelo organicista constitucional, onde residia no Texto Maior, sobremaneira, elementos da organização estrutural do Estado, para o consequente e progressivo avanço dos direitos fundamentais.

As constituições modernas caracterizaram-se pelo tratamento especial conferido aos direitos do homem, elevando a gama de proteção, bem como pela abrangente configuração do controle de constitucionalidade, marcando a nova fase constitucional,

sobretudo nos países ocidentais, e instaurando a Supremacia da Constituição (Barroso, 2007).

Passou-se a conceder à constituição força normativa, com legítimas regras e princípios imperativos, sem a qual persistiria como mero pedaço de papel, como assinalado por Lassalle (apud, Hesse, 1991).

Desta forma, os direitos fundamentais ganharam força normativa, adentrado na órbita de direitos dos indivíduos e reduzindo a liberdade de conformação do legislador, que deve pautar suas ações sempre no texto constitucional, assim como toda a administração pública.

A jurisdição constitucional, de forma ampla, envolve a interpretação e a aplicação direta da Constituição, tendo como uma de suas expressões principais o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. O autor informa ainda que em decorrência do momento histórico-político vivenciado quando da elaboração da Constituição de 1988, matérias de diversos ramos do direito adentraram no texto constitucional, de modo que atualmente em qualquer processo de realização do direito estará presente norma da Carta Magna, ainda que de forma indireta (Barroso, 2007)

Seguindo neste contexto, demonstra como ocorre a aplicação das normas constitucionais, sendo diretamente ou de forma indireta:

Diretamente quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo, o pedido de reconhecimento de uma imunidade tributária (CF, art. 150, VI) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (CF art. 5º, LVI).

Indiretamente, quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões:

Antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não for, não deverá fazê-la incidir. Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do direito, ainda que não seja por ele explicitada;

Ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.(Barroso, 2007).

O avanço da jurisdição constitucional, portanto, condicionou todos os demais ramos do direito, sobretudo pela força do texto constitucional, consubstanciada no

Princípio da Supremacia da Constituição, passando a estabelecer, especificamente com os direitos sociais, as diretrizes de atuação para os órgãos de direção política (Cunha Jr., 2010, p. 39).

2.2 DIREITOS PRESTACIONAIS

Levando em conta a posição que o particular ocupa perante o Estado, Jelinek (apud Mendes, 2012, p. 178) construiu a teoria dos quatro *status*, em que procurou identificar em quais posições jurídicas poderia o primeiro figurar diante do segundo.

Analizou que o indivíduo pode encontrar-se em relação de sujeição ao soberano, figurando como parte devedora da obrigação. Trata-se do *status subjectiones*, ou *status* passivo. Poderá o particular encontrar-se também em um âmbito de liberdade perante o Estado, pelo que este não deverá intervir em certos atos da vida daquele, é o *status* negativo (apud Mendes, 2012, p. 178).

Para o presente estudo interessa o terceiro *status* delineado por Jelinek, que o disse positivo, ou *status civitatis*. É o caso de o súdito exigir do soberano que atue de forma positiva, ou seja, que efetue uma prestação, dever de agir, em favor do particular. Ao contrário do *status* passivo, aqui o particular figura como credor na relação jurídica (apud Mendes, 2012, p. 178).

Dentro dessa teoria, conceituou ele, ainda, um quarto *status*, que o disse ativo, onde o indivíduo passa a influir nas vontades de Estado de maneira direto ou indireta, como pelo voto, por exemplo (apud Mendes, 2012, p. 178).

Partindo-se do terceiro *status* proclamado por Jelinek encontra-se a órbita dos direitos prestacionais públicos, que, segundo Gilmar Mendes (2012, p. 182), dividem-se em prestações jurídicas e prestações materiais.

As prestações jurídicas correspondem à ação estatal com fins a garantir, através de normas, a proteção e a efetividade de um direito fundamental. Assim, tem-se que alguns direitos constitucionalmente garantidos não estão aptos a produzirem efeitos, senão quando da elaboração de uma lei que os regulamente, como é o caso, por exemplo, do direito de greve dos servidores públicos. É o caso da existência de direito fundamental, mas que necessita de norma infraconstitucional que lhe proporcione efetividade (Mendes, 2012, p. 182).

Direitos a prestações materiais são os que conduzem o Estado às políticas públicas. São esses direitos que criam para o estado o dever de uma prestação em favor de um indivíduo ou de uma coletividade. Neste contexto podemos perceber a diferença quanto à efetividade dos direitos fundamentais de defesa e os direitos sociais. Enquanto os primeiros são exercitados contra a atuação do estado, ou sua possível atuação, os segundos não se efetivam sem a correspondente atuação do ente estatal, daí reside a dificuldade de gozo desses direitos, haja vista que, inobstante a positivação, sua efetivação depende do arbítrio estatal (Mendes, 2012, p. 183-184).

Canotilho (1999, p. 374) divide os direitos prestacionais em três núcleos, que chama de problemáticos, classificando-os em direitos sociais originários, direitos sociais derivados e “*políticas sociais activas*”.

Pelos direitos sociais originários, podem os particulares demandar perante o Estado diretamente a partir das normas presentes no texto constitucional como, exemplifica, em caso de norma que garanta o direito à habitação possa o indivíduo pretender a “exigência” de uma casa (Canotilho, 1999, p. 374).

Os direitos sociais derivados são pela garantia ao particular de pretender perante o Estado uma “*actuação legislativa concretizadora das ‘normas constitucionais sociais’, sob pena de omissão constitucional*”. O mestre português também coloca no plano desses direitos o de exigir e obter uma participação igualitária nas prestações criadas pelo legislador (Canotilho, 1999, p. 374).

Por fim estabelece o núcleo atinente às “*políticas sociais activas*”, que correspondem às políticas públicas, por meio das quais deve o Estado criar instituições (hospitais, escolas), serviços (segurança social) e fornecimento de prestações, como, por exemplo, rendimento mínimo, subsídio de desemprego, bolsa de estudo, habitações econômicas (Canotilho, 1999, p. 374).

Destarte, é *conditio sine qua non* para a efetivação dos direitos sociais a atuação positiva estatal, seja para a elaboração das normas que venham a concretizar os direitos constitucionalmente garantidos, seja para efetivar o cumprimento daqueles que independem de lei ordinária, passíveis de gozo, a partir do próprio texto constitucional, e para implementar políticas públicas.

2.3 NORMAS CONSTITUCIONAIS CONSAGRADORAS DOS DIREITOS SOCIAIS

Com o avanço do constitucionalismo e, mais recentemente, com o neoconstitucionalismo, percebeu-se que o sistema normativo constitucional é composto por regras e princípios.

Durante muito tempo o entendimento doutrinário que prevalecia relegava os princípios apenas a meios de integração normativa, utilizados sempre que a falta de regra ocasionasse uma lacuna normativa. Mas, a partir da Segunda Guerra Mundial, com o pós-positivismo, percebeu-se que os princípios também carregavam uma forte carga normativa. (Dirley Jr, 2010, p. 150).

Diante disso infere-se que as regras e os princípios possuem características diversas, pelo que existem critérios diferenciadores dessas espécies de normas. Por todos, vale lembrar a diferenciação proposta por Canotilho (1999, p. 1034):

Grau de abstração: Os princípios possuem grau de abstração elevado, deveras superior ao das regras, que, apesar de abstratas possuem abrangência reduzida. Cunha Jr. (2010, p. 152) ressalta que os princípios intentam estender seu âmbito de atuação por todo o sistema jurídico, tal qual o princípio da dignidade da pessoa humana, ao passo que as regras atuam precisamente diante das situações hipotéticas que regulamentam.

Grau de determinabilidade: devido ao seu grau de abstração os princípios necessitam de intermediação para serem aplicados ao caso concreto, enquanto que as regras possuem aplicação direta (Canotilho, 1999, p. 1034).

Caráter de fundamentalidade: os princípios exercem um papel fundamental dentro do sistema normativo, sobretudo os princípios alcançados pelo texto constitucional, que se encontram em posição hierarquicamente superior (Canotilho, 1999, p. 1034).

Proximidade da ideia de direito: constituem os princípios *standards* que fixam a ideia do direito, estando vinculados à justiça (Canotilho, 1999, p. 1034).

Natureza normogênica: os princípios são os fundamentos das regras, sua razão (Canotilho, 1999, p. 1034)

Alexy (apud Cunha Jr., 2010, p. 155), por sua vez distingue as duas espécies de

normas explicando que a diferença entre ambos é qualitativa, e não de grau:

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios reside em que os princípios são normas ordenadoras de que algo se realize na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandatos de otimização, caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus, e a medida de seu cumprimento não depende apenas das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito dessas possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. As regras, ao contrário, só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Por conseguinte, as regras contêm determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma ou é uma regra, ou é um princípio.

Diante da característica de otimização dos princípios poderão eles coexistirem, ainda que conflitantes, no mesmo sistema normativo, pois, no caso concreto, podem ser objeto de harmonização, enquanto que não poderá haver em um mesmo sistema jurídico regras conflitantes, tendo em vista que ambas se excluem, havendo a aplicabilidade de uma ou de outra. Assim, “*ou as regras valem (têm validade), e devem ser cumpridas na exata medida de suas prescrições ou não valem (não têm validade), e devem, nesse caso, ser extirpadas do sistema jurídico*” (Cunha Jr., 2010, p. 155-156).

A Constituição da República Federativa do Brasil consagrou em seu texto diversos princípios e regras inerentes aos direitos sociais, a saber: a) princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); b) princípios do valor social do trabalho e livre iniciativa (Art. 1º IV); c) Princípio da prevalência dos direitos humanos (Art. 4º, II); d) Princípio da igualdade (Art. 5º, I); e) As regras de direito social em espécie, direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados (Art. 6º).

Em que pesem as diferenças, regras e princípios constituem espécies da categoria norma. Para o presente estudo cumpre verificar acerca da eficácia e efetividade dessas normas, sobretudo no que se refere aos direitos sociais, objeto desta análise.

2.4 A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Reza o § 1º do Art. 5º, da Constituição Federal que “*as normas definidoras dos*

direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Nesta senda, a exata compreensão do que corresponde à eficácia, efetividade e aplicabilidade é medida que se impõe, sob pena de obstrução aos direitos fundamentais, por vício de técnica.

O conceito de eficácia tem sido carregado de sentidos conforme se analise um ou outro autor. Kelsen fazia diferença entre validade da norma (chamada por ele de vigência) e eficácia, sendo que, segundo ele, a validade pertence à ordem do “*dever-ser*”, enquanto a eficácia à do “*ser*”. A vigência corresponde à existência válida da norma, enquanto que a eficácia corresponde à realidade fática, ao cumprimento eficaz. (apud Cunha Jr. p. 157).

Luís Roberto Barroso (2000, p. 81) lembra que os atos jurídicos e, conseqüentemente, os atos normativos podem ser cientificamente analisados em três planos distintos: o da existência, o da validade e o da eficácia.

Neste contexto, existirá um ato jurídico, normativo em especial, quando presentes os elementos constitutivos definidos em lei. Ausentes ou ineficientes tais elementos, que constituem o pressuposto material de incidência da norma, não haverá ela por existir (Barroso, 2000, p. 82).

Verificando-se a existência do ato há que se atentar se ele preenche integralmente os atributos e requisitos que a lei lhe impõe, como demonstra Barroso (2000, p. 82):

Não basta, por exemplo, para a prática de um ato administrativo, que exista o elemento agente público. De tal agente exige-se algo mais, um atributo: que seja competente. Por igual, exteriorizado o ato, estará presente a forma. Mas esta há de subsumir-se à prescrição legal: verbal ou escrita, pública ou privada, conforme o caso. Ou, ainda, não é suficiente que o ato tenha um determinado objeto, pois este tem de ser lícito e possível.

Em relação à eficácia jurídica, José Afonso da Silva (apud Barroso, 2000, p. 83), assenta que ela consiste na aptidão do ato normativo para a produção de efeitos jurídicos. A eficácia, então, diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executividade da norma.

Diferentemente do conceito de eficácia jurídica é o de efetividade, ou eficácia social, como denominada por muitos. Para Barroso (2000, p. 85) a efetividade significa “*a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a*

materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”.

Seguindo esse posicionamento, Cunha Jr. (2010) diferencia os conceitos de eficácia jurídica e social, veja-se:

A eficácia social consiste no fato de que a norma é efetivamente obedecida e aplicada. É a eficácia tratada por Kelsen, que decorre “do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos.” E é a efetividade da qual cogitam Miguel Reale e Luís Roberto Barroso, que significa a efetiva correspondência social ao conteúdo da norma ou “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”. Assim, pronuncia-se, com razão, que a eficácia social da norma designa o fenômeno de sua concreta observância no meio social que pretende regular.

Já a eficácia jurídica, é aquela que consiste na capacidade de atingir os objetivos previstos na norma, isto é, na possibilidade de desencadear, em maior ou em menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita.

Entendido o conceito de eficácia jurídica, passa-se ao estudo das normas constitucionais, especificamente, e, em especial, daquelas que consagram os direitos sociais.

2.5 A DENSIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOCIAIS

A Constituição Federal determina que as normas garantidoras dos direitos e garantias fundamentais terão aplicabilidade imediata, (art. 5º, §1º). Todavia, pela exegese de alguns dispositivos infere-se que há necessidade de produção legislativa infraconstitucional para regulamentá-los e dar-lhes efetividade.

Quanto à aplicabilidade das normas constitucionais, ou seja, sua eficácia jurídica, verifica-se que elas possuem grau diverso de aplicação. A doutrina clássica, postulada no direito americano e introduzida no Brasil por Rui Barbosa, pontifica que as normas constitucionais se diferenciam por serem umas autoexecutáveis (*self-executing*) e outras não autoexecutáveis (*not self-executing*), sendo as primeiras dotadas de aplicabilidade imediata e as segundas de aplicabilidade diferida (Mendes, 2012, p. 77).

Atualmente, abalizada classificação é proposta por José Afonso da Silva, que as

classifica em normas de eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada. (apud, Dantas, 2012, p. 131-132).

As normas de eficácia plena, assim como as normas autoexecutáveis do direito estadunidense, não necessitam de atuação legislativa infraconstitucional, estando essas normas constitucionais dotadas de eficácia imediata, como definido pelo artigo 5º § 1º, da Constituição Federal de 1988 (Dantas, 2012, p. 134). Nesta Carta, é exemplo de norma de eficácia imediata a que proíbe penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, prevista no artigo 5º, XLVII.

As normas de eficácia contida, assim como àquelas de eficácia plena, possuem aplicabilidade imediata, contudo se diferem destas pelo fato de poderem ser restringidas pelo legislador (Mendes, 2012, p. 78). Exemplo sempre lembrado de norma de eficácia contida presente na atual Constituição e a regra contida no artigo 5º, XIII, onde se lê que *“é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”*. Assevera a norma que todos têm o direito de exercer seu trabalho, ofício ou profissão livremente, todavia, poderá o legislador regulamentar de forma específica tal exercício.

Em relação às normas de efeito limitado cumpre ressaltar que o Professor José Afonso da Silva as definiu como aquelas cuja aplicabilidade não seria possível se não houvesse atuação legislativa, ou seja, essas normas apresentam baixa densidade normativa (Mendes, 2012, p. 79).

Nessa categoria se incluem as normas limitadas de princípio institutivo, que correspondem a normas que visam à estruturação de institutos, instituições, entidades e órgãos do Estado, como, por exemplo, vê-se no artigo 37, IX, da CF - *“a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”* (Mendes, 2012, p. 79).

Por fim, dentro das normas de eficácia limitada encontram-se aquelas ditas programáticas, correspondendo a normas determinantes de atuação estatal, condutoras de ações positivas por parte do Estado. É exemplo de norma programática o artigo 3º, I, da CF, que afirma ser objetivo fundamental da República *“construir uma sociedade livre, justa e solidária”* (Mendes, 2012 p. 79).

2.5.1 DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS

Na teoria da Constituição esta é classificada, quanto a finalidade, em Constituição Garantia e Constituição Dirigente. A primeira é fruto das Revoluções Burguesas do século XVIII e, por isso, albergou os interesses dos indivíduos incluídos no contexto político daquele momento. Desta forma, as Constituições desse período visavam limitar o poder do Estado, servindo como instrumento para a garantia das liberdades públicas individuais (Cunha Jr. p. 122).

A Constituição dirigente, também conhecida por social, advém do constitucionalismo social do século XX, marcando a alteração do modelo de Estado, de liberal (abstencionista) para social (intervencionista). Esse modelo de constituição não permanece adstrito aos meios de organização do Estado e proteção das liberdades individuais, ele vai além, determinando programas de ação estatal na proteção dos interesses sociais (Cunha Jr., 2010, p. 123).

Canotilho (1999, p. 211), demonstrando acerca das Constituições por ele cunhadas por programáticas, enfatiza o seu caráter dirigente:

Trata-se de, pois, de uma lei fundamental não reduzida a um simples instrumento de governo, ou seja, um texto constitucional limitado à individualização dos órgãos e à definição de competências e procedimentos da acção dos poderes públicos. A ideia de “programa” associava-se ao carácter dirigente da Constituição. A Constituição comandaria a acção do Estado e imporia aos órgãos competentes a realização das metas programáticas nelas estabelecidas.

Tem-se, portanto, que a relação entre as constituições dirigentes e as normas de direito social é íntima, sobretudo pelo fato de que essas constituições assim o são em decorrência da luta pelos direitos sociais e a consequente doutrina do bem-estar social. Disso se infere que essas normas possuem grande carga de programaticidade (Bonavides, 2006, p. 252) e por consequência baixa densidade.

Diante da posição que os direitos sociais ocupam, sendo entendidos como autênticos direitos fundamentais há que se indagar se as normas que instituem programas de ação para o Estado, sobretudo em relação a políticas públicas, nesta quadra da história, poderão ser relegadas a simples mandados de otimização, preceitos de livre escolha do ente estatal. Não é o que parece.

As normas programáticas são sem dúvida verdadeiras normas jurídicas (Crisafulli, apud Cunha Jr., 2010, p. 163). Conforme conceitua José Afonso da Silva, são “*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*” (apud Cunha Jr., 2010, p. 170).

As normas programáticas, enquanto normas de eficácia limitada, necessitam de complementação legislativa para produzirem efeitos plenos. Todavia, com base em José Afonso da Silva, Dirley da Cunha Jr. (p. 171), lembra que independentemente de ação legislativa infraconstitucional essas normas são dotadas de eficácia jurídica, haja vista que criam as seguintes situações:

- a) estabelecem um dever para o legislador infraconstitucional;
- b) condicionam a legislação futura, implicando na inconstitucionalidade das leis ou atos que as ofendam;
- c) inspiram a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a fixação de fins sociais;
- d) constituem sentido teleológico para a interpretação e integração e aplicação das normas jurídicas;
- e) condicionam a atividade discricionária da administração, do legislador e do judiciário, e
- f) criam situações subjetivas, de vantagem ou de desvantagem.

Neste sentido também se posiciona Canotilho (1999, p.1051), para quem:

a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); (2) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como directivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam.

É certo, pois, que as normas programáticas possuem certa carga de eficácia jurídica, como assinalado acima, contudo seus preceitos dizem respeito, sobretudo, a

mandados de atuação do Estado que não se aplicam diretamente por dependerem de regulamentação infraconstitucional. Neste contexto, como em observou Bonavides (2006, p. 232), o desafio atual se assenta “*na dificuldade, se não, impossibilidade de passar da enunciação de princípios à disciplina, tanto quanto possível rigorosa ou rígida, de direitos acionáveis, ou seja, passar da esfera abstrata dos princípios à ordem concreta das normas*”.

Por todo o avanço do constitucionalismo e, mais recente, com o surgimento do que se tem denominado neoconstitucionalismo, não se pode negar o caráter jurídico e a eficácia normativa das normas programáticas, entendimento em contrário privilegiaria o que Ferdinand Lasalle há tempos chamou de Constituição Folha de Papel. Para não reduzi-la a mera folha de papel, caso se negue eficácia normativa às normas programáticas, teremos na Constituição verdadeiras lições literárias e não normas constitucionais.

Seguindo este entendimento se pronuncia Bonavides (2006, p. 250-251):

Em suma, urge reter que no presente estado da doutrina, pelo menos da melhor doutrina, à qual aderimos, as normas programáticas já não devem ser consideradas ineficazes ou providas apenas de valor meramente diretivo, servindo unicamente de guia de orientação ao intérprete[...]

Canotilho, (1999, p. 1050), chega a anunciar a “morte” das normas programáticas, afirmando pela sua imposição aos órgãos do Estado:

Precisamente por isso, e marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da “morte” das normas constitucionais programáticas. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que impõem uma atividade e dirigem materialmente a concretização constitucional. O sentido dessas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: simples programas, exortações morais, declarações, sentenças políticas, aforismos políticos, promessas apelos ao legislador, programas futuros, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou diretiva), porque qualquer norma constituicional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político (Crisafulli). Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas não significa que esse tipo de normas careça de positividade jurídica autônoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela

interpositio do legislador;

As normas de direito social são sindicáveis de plano, de modo que não poderá o Estado descumpri-las sob o argumento de que se tratam de normas de programáticas, de eficácia limitada e condicionadas, portanto, a juízo de conveniência e oportunidade. O texto constitucional deve sempre ser garantido, devendo o Judiciário atuar de forma incisiva para sua proteção.

Interessante que se perceba o ocorrido com o mandado de injunção quando da promulgação do texto constitucional. Reza a Constituição que a todos será concedido o *mandamus* “*sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*” (Art. 5º, LXXI).

A Constituição Federal instituiu instrumento para o controle das omissões legislativas e inércia dos demais órgãos do Estado, mas não tratou, como de fato não deveria, de seu procedimento, matéria reservada, pois, a norma infraconstitucional.

Acontece que com a promulgação da lei maior diversos mandados de injunção foram impetrados perante o Supremo Tribunal Federal. Daí a questão, como garantir um direito violado por omissão inconstitucional se o instrumento apto para tanto não havia ainda sido regulamentado?

Teve o Pretório Excelso, portanto, que analisar acerca da aplicabilidade ou não do dispositivo (MI n. 107), pelo que decidiu pela sua aplicabilidade, devendo adotar as disposições processuais atinentes ao mandado de segurança. Decisão em contrário tornaria a norma constitucional que consagrou o *mandamus* inócua, o que não se permite à luz da força normativa que detêm e do Princípio da Supremacia Constitucional. Neste contexto seria a Constituição violada por duas vezes, primeiro por conta da omissão e, segundo, por não ser aplicado o instrumento aplicado para suprimir a inércia legislativa.

O inciso LXXI, do artigo 5º, da Constituição Federal, por certo não se trata de norma programática, mas o que se defende é a aplicabilidade direta dos direitos sociais, assim como dos remédios que os implementem, que não podem ser relegados a mera exortação moral ao Estado, ao contrário devem constituir obrigação.

3 - A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

3.1 OS DIREITOS SOCIAIS ENQUANTO DIREITOS SUBJETIVOS

Os direitos sociais, assim como os direitos fundamentais em geral, são diretamente aplicáveis aos interesses dos indivíduos, constituindo direito subjetivo destes. No Brasil a efetivação desses direitos foi assegurada pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, § 1º, onde se lê que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”.

Quanto aos direitos subjetivos, Canotilho (1999, p. 1122) ensina o seguinte:

[...]uma norma garante um **direito subjectivo** (grifo do autor) quando o titular de um direito tem, face ao seu destinatário, o direito a um determinado acto, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse acto. O direito subjectivo consagrado por uma norma de direito fundamental reconduz-se, assim, a uma relação trilateral entre o titular, o destinatário e o objeto do direito.

Especificamente em relação aos direitos sociais, o mestre de Coimbra tem pela sua subjetividade, pelo que “*são compreendidos como autênticos direitos subjectivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas*”. (Canotilho, 1999, p. 434).

A doutrina germânica postula pela característica ambivalente que assumem os direitos fundamentais sociais, de modo a diferenciá-los objetiva e subjetivamente, sendo que os primeiros não criam diretamente situação subjetiva de vantagem para o particular, enquanto que pelo segundo poderá ele demandar em face do Estado para a implementação de um direito positivo (Clève, 2003).

Clèmerson Merlin Clève (2003) afirma que os direitos sociais subjetivos poderão ser de suas espécies. Há casos em que a Constituição dispõe acerca de direitos subjetivos fortes e em outros sobre direitos frágeis. Segundo ele:

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

demanda portanto atuação do legislador.

Nesta toada, é direito subjetivo originário o direito de todos à educação básica e o direito a atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, dispostos no artigo 208, incisos I e III, respectivamente, da Constituição Federal.

Os direitos subjetivos fracos seriam aqueles não usufruíveis de plano, necessitando da conversão de medidas estatais para a sua concretização, como, por exemplo, a elaboração de normas infraconstitucionais que os regulamente e a correspondente inclusão das despesas no orçamento, estando esses direitos, desta forma, condicionados à reserva do possível, ou seja, seriam concretizados em conformidade com as possibilidades, sobretudo, financeiras do Estado (Clève, 2003).

Inobstante os argumentos que condicionam a prestação das políticas públicas à condição financeira do estado, que, como restará demonstrado a seguir, não subsiste, cumpre ressaltar que o constituinte, já desconfiado da atuação do legislador ordinário (Dimoulis e Lunardi, 2011, p. 20), garantiu ao indivíduo meios para efetivar os direitos consagrados na carta política, como o mandado de segurança individual e coletivo, ação popular, ação civil pública, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade interventiva, mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A questão de ser a norma de alta ou baixa densidade subsiste apenas para caracterizar a diferença entre as normas, vez que diante da realidade, ainda que se trate de norma derivada, nos termos do Professor Clève, haverá meios para efetivar seu comando.

Nesse sentido, com fincas ao gozo dos direitos fundamentais sociais, ainda que positivados em normas de baixa densidade normativa, assevera Eros Roberto Grau, que poderá haver a efetivação, tudo com esteio no §1º, do artigo 5º, da Constituição Federal:

[...] Resumindo tudo o quanto até este ponto exposto, temos que a aplicação do direito supõe a tomada de uma decisão pela sua execução (efetividade). Tratando-se de direito ou garantia dotados de aplicação imediata, a aplicação da norma que os defina supõe decisão pela sua pronta exequibilidade (efetividade).

Se essa decisão é negada pela administração ou pelos particulares, cumpre ao Judiciário, a isso provocado, provê-la, chegando ao ponto de, quando isso se impuser, integrar o ordenamento jurídico, produzindo – e não somente reproduzindo – direito.

[...] o preceito inscrito no § 1º do art. 5º da Constituição de 1988 afirma a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Isso significa que tais normas devem ser imediatamente cumpridas pelos particulares, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo. Significa, ainda, que o Estado também deve prontamente aplicá-las, decidindo pela imposição de seu cumprimento, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo, e as tornando jurídica ou formalmente efetivas.

Importante observar que a concretização dos direitos sociais será promovida através do texto da Constituição e de leis ordinárias, diretamente, ou a depender da elaboração de lei infraconstitucional a regulamenta-los, sendo certo que, em um ou outro caso constituem direitos subjetivos, passíveis de execução a partir da atuação de seus titulares diante da inércia estatal.

3.2 DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Muitos dos direitos elencados na Constituição Federal demandam elaboração normativa infraconstitucional para que possam ser efetivados, como ocorre com o direito de greve dos servidores públicos, por exemplo. Neste contexto, identificada a inércia legislativa, que configura a omissão inconstitucional estarão o particular ou autoridades com poderes para tanto amparados de meios processuais que lhes garantam esses direitos. Importante se faz, portanto, que se caracteriza a omissão constitucional para delimitar a ação a ser promovida.

Mendes e Branco (2012, p. 1335) lecionam que a omissão constitucional decorre da inobservância de um dever também constitucional de legislar, que resulta tanto do texto expresso na Constituição, como de processo interpretativos que tenham ela como fundamento.

Nesta senda, identificada a inércia inconstitucional, observar-se-á uma omissão absoluta, caso em que não haverá qualquer atitude por parte do legislador em atender o preceito constitucional determinante, ou estar-se-á diante de omissão parcial, em que, inobstante a atividade legislativa, esta não atende satisfatoriamente a vontade do texto maior. (Mendes e Branco, 2012, p. 1336).

Ficou assentado alhures que há direitos sociais que, em decorrência da norma instituída, necessitam de regulamentação ordinária para sua efetivação. Neste sentido, surgem algumas questões importantes para o delineamento desses direitos, a saber: diante

do comando constitucional de elaboração normativa, quando haverá de se falar da omissão inconstitucional? Estará o legislador ordinário obrigado a cumprir tal determinação? Há prazo para que se concretize o preceito constitucional?

Modesto (1991 p. 1214), pautado nas ideias de Canotilho, assevera que nem toda omissão legislativa decorrente do texto constitucional caracterizará uma inconstitucionalidade, vez que, há casos em que inobstante a inércia legislativa estar-se-á diante de uma “*omissão ainda constitucional*”.

Lembra o autor (1991, p. 1212), nas palavras do mestre português que:

O Direito Constitucional é um direito não dispositivo pelo que não há âmbito ou liberdade de conformação do legislador contra as normas constitucionais nem discricionariedade na não actuação da lei fundamental. Todavia, a Constituição não é nem uma reserva total nem um bloco densamente vinculativo, a ponto de remeter o legislador para simples tarefas de execução, traduzidas na determinação de efeitos jurídicos ou escolha de opções, cujo pressuposto de facto encontram uma normação prévia exaustiva nas normas constitucionais.

A situação de uma lacuna prolongada, decorrente da inércia legislativa, consequentemente gera uma “*situação constitucional imperfeita*”, mas, não é suficiente para caracterizar a inconstitucionalidade por omissão, pois, esta estará presente sempre que: a) em casos em que a constituição assinale prazo para a atividade legislativa, permaneça o legislador inerte; b) diante da necessidade de lei ordinária para a concretização do Texto Maior, se agrave a situação constitucional imperfeita, casos em que a inércia do legislador não é mais razoável. (Modesto, 1991, p. 1215)

A situação constitucional imperfeita diz respeito, no tema em comento, à inatividade legislativa, que abala a ordem constitucional, vez que torna incompleto um preceito da Carta Magna, situação que tende a inconstitucionalidade, mas não a tendo atingido. Diz respeito a “*uma violação intolerável, mas uma situação constitucional em ‘processo de inconstitucionalização’*” (Modesto, 1991 p. 1214).

Percebe-se, portanto, que haverá casos em que a atividade legislativa não haverá por ocorrer de forma estanque, vez que para a concretização do texto constitucional haverão de concorrer diversas situações concretas que conduzam à prática legiferante. Veja-se como exemplo o que reza o inciso IV, do artigo 7º, da Constituição Federal de 1988:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

...

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

O texto constitucional garante a todos os trabalhadores, por meio do salário-mínimo, condições dignas de vida. Todavia, é sabido que a promulgação desta Constituição se deu após um longo período de regime ditatorial, momento que se encontrava em crise a economia nacional, com a inflação atingindo valores incomensuráveis. Assim, não haveria modo, naquele momento, de instituir salário mínimo condizente com o texto constitucional.

Acontece que se passaram vinte e quatro anos e o salário mínimo ainda não é capaz de conferir efetividade ao texto constitucional, pois, segundo dados do DIEESE, para o atendimento o citado artigo deveria o salário mínimo equivaler-se à R\$ 2.743,69 (dois mil, setecentos e quarenta e três reais e sessenta e nove centavos). Há que se verificar portando se passado todo esse tempo é razoável que não seja efetivado o texto constitucional.

O mesmo ocorre com o direito de greve dos servidores públicos, que, como se sabe, não foi regulamentado, como determina o artigo 37, VII, da CF, até o momento. Será razoável a inércia do legislador? Pelo que se expõe, se não, está configurada a omissão inconstitucional.

O professor Cunha Jr. (2010, p. 384) também é pela inconstitucionalidade da inércia legislativa quando não haja mais razoabilidade para tanto:

Evidentemente que, quando há fixação de prazo pela própria Constituição, a inconstitucionalidade por omissão ocorrerá no momento em que esse prazo finda. Todavia, quando tal prazo não é fixado, como ocorre na maioria das vezes, é necessária uma cuidadosa e ponderada avaliação sobre o tempo decorrido, levando em conta a “razoabilidade” coformada pela realidade social e histórico-concreta do mundo no qual opera o direito. Desse modo, sopesada todas as circunstâncias envolvidas com a situação concreta, se se deduzir que a medida reclamada, ao longo do tempo escoado, não só podia como devia ter sido produzida, em razão da sua importância e indispensabilidade para dar operatividade prática às normas constitucionais,

restará ocorrida e caracterizada a inconstitucionalidade por omissão. Assim, é necessário verificar-se, em cada caso concreto, a fluência de “tempo razoável” para a edição da medida faltante.

A inconstitucionalidade omissiva ocorre, portanto, com o decurso de prazo assinalado na Constituição, seguido pela inércia do legislador, ou, em casos que não exista prazo para sua atuação, por sua inatividade desprovida de razoabilidade.

Nesses casos, o jurisdicionado não haverá de permanecer desamparado, tendo em vista que a Carta Magna, para a proteção de seus direitos fundamentais, lhe assegura instrumentos como o Mandado de Injunção e, embora não conferindo legitimidade a qualquer indivíduo, a ação direta de constitucionalidade por omissão.

Por último é de bom alvitre observar a questão referente à *inertia deliberandi*, que diz respeito à discussão e votação do projeto de lei. O Supremo Tribunal Federal estava por entender que iniciado o processo legislativo não haveria que falar-se em omissão constitucional, todavia, como bem observa (Mendes e Branco, 2012, p. 1334-1335), esse posicionamento da Corte Suprema deve ser moderado. É fato que a atividade legislativa se envolve em grandes complexidades, pelo que não pode ser realizada de forma expressa.

Em julgamento recente, todavia, o Supremo Tribunal Federal mostrou-se sensível ao julgamento da inconstitucionalidade por omissão quando decorrente de mora pela *inertia deliberandi*:

[..] A inertia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de dezoito meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios. (ADI 3.682, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 9-5-2007, Plenário, DJ de 6-9-2007.)

A complexidade inerente à atuação legislativa não pode ser utilizada como fortuito para a manutenção desarrazoada de sua inércia. Desta forma, entende-se que deverá sim o Tribunal analisar a omissão constitucional relativa à excessiva demora de discussão e votação da matéria constitucional. (Mendes e Branco, 2012, p. 1235).

3.3 DOS INSTRUMENTOS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

3.3.1 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) constitui meio de proteção do texto constitucional, como instrumento de controle concentrado de constitucionalidade. Diz o texto constitucional (art. 103, §2º) que esta ação visa tornar efetiva norma constitucional, devendo ser dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em sendo responsabilidade de órgão administrativo deverá ele resolver a inconstitucionalidade no prazo de trinta dias.

A competência para o julgamento dessa ação é do Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, I, a, da CRFB. Da análise da competência tem-se que à Excelsa Corte incumbe o julgamento dessa ação ainda que a omissão decorra de inobservância do texto constitucional por parte de órgãos estaduais. (Mendes e Branco, 2012, p. 1332).

Reza o artigo supracitado que caberá a o Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Corroborando este entendimento infere-se que em casos nos quais a Constituição determinar a elaboração de lei ou ato normativo estadual e o respectivo órgão competente quedar-se inerte, como o que dispõe o artigo 18, § 4º, por exemplo, em que se determina aos Estados Federados a elaboração de lei que regulamente a criação, incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, estará configurada a omissão constitucional passível de julgamento perante a Corte Suprema.

Dirley da Cunha Jr. (2010, p. 380) lembra ainda que poderão os estados membros instituir o controle de constitucionalidade de omissão perante a constituição estadual, com competência dos Tribunais de Justiça.

Enquanto ação do controle abstrato de constitucionalidade sabe-se que não há o escopo de se proteger direitos subjetivos, mas de garantir o interesse da ordem pública à

manutenção do texto constitucional. (Mendes e Branco, 2012, p. 1329-1330). Todavia, ainda que não pretenda garantir direito individual desrespeitado pela omissão inconstitucional, sendo julgada a ação pela inconstitucionalidade omissiva, diversos fatores influenciarão na órbita dos direitos individuais.

A decisão em controle concentrado de constitucionalidade possui eficácia contra todos e efeito vinculante diante dos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, § 2º, da CF). Nesta senda, serão indiretamente afetados os indivíduos cujos direitos estarão por regulamentação infraconstitucional que demandou a ação direta omissiva.

Em relação aos efeitos e alcance da decisão em sede de controle de constitucionalidade por omissão algumas questões não foram apostas na Carta Magna que, tendo instituindo a ação, não logrou êxito em definir seu procedimento.

Em um ambiente político perfeito ou, caso não se chegue a tanto, ao menos harmônico, deveriam as decisões judiciais serem cumpridas espontaneamente ou, antes delas, a própria lei, todavia isso não ocorre nem mesmo entre os particulares, em geral, sendo tarefa, no mínimo, complexa, pois, determinar o Judiciário que outro Poder da República, cumpra com seu dever funcional, sobretudo por aspectos políticos.

Destarte, em caso de reconhecimento pelo Judiciário de mora legislativa, em se comunicando ao Poder competente para que o elabore, ainda que se determine o prazo para tanto, como proceder se não for cumprida a decisão? Deverá simplesmente, prolongar-se a situação de inconstitucionalidade já julgada pelo Pretório Excelso?

A situação é complexa, mas a solução deverá pautar sempre pela garantia dos direitos fundamentais e aplicação do texto constitucional, tudo à vista do Princípio da Supremacia Constitucional.

O entendimento que principiou a questão foi no sentido de apenas se declarar a mora legislativa, como lembra Luís Roberto Barroso (2000, p. 158-159), ao exemplo do posicionamento da Corte Constitucional da Itália e da Alemanha na primeira metade do Século XX.

Acontece que em decisão proferida em 29 de janeiro de 1969, ainda que de forma incipiente, a Corte Constitucional Alemã inovou ao não só declarar a mora legislativa como determinar a solução para o caso concreto lhe apresentado, como aponta Barroso

(Idem):

A alínea 5, do artigo 6º da Lei Fundamental preceitua que ‘a legislação deve assegurar aos filhos naturais as mesmas condições que aos filhos legítimos, no que se refere ao seu desenvolvimento físico e moral e à sua situação social’. Decorridos vinte anos de vigência da Constituição sem que a legislação assegurasse aquela igualdade, o Tribunal Constitucional decidiu, em um caso concreto que lhe foi submetido, que o preceptivo constitucional era diretamente aplicável, com força ‘derrogatória’ das disposições contrárias previstas em leis ordinárias.

No Brasil, o controle de constitucionalidade das omissões inconstitucionais foi motivado por conta das inúmeras ocorrências de omissão vivenciadas no passado, que ensejaram a preocupação do constituinte em aparelhar a Constituição com meios que garantissem sua eficácia (Cunha Jr., 2010, p. 396)

Todavia, o problema do alcance e efeito das decisões, em vista do texto do artigo 103, §2º, da Constituição Federal, que dispõe apenas em relação à declaração de inconstitucionalidade, persiste.

Fábio Konder Comparato (apud Barroso 2000, p. 164), quando da elaboração do Anteprojeto da Constituição, já pugnava pela atuação supletiva do Poder judiciário diante da inação Legislativa:

Art. 251. Se as Leis complementares, necessárias à aplicação dos dispositivos desta Constituição, não forem editadas dentro de três anos de sua promulgação, o Ministério Público ou qualquer interessado poderá pedir ao Poder judiciário a aplicação direta desses dispositivos constitucionais aos casos concretos.

Deixar ao alvedrio do Legislador a implementação das normas constitucionais já se mostrou tarefa inócua, como salientou Temer (apud Cunha Jr. 2010, p. 397): “*O legislador constituinte de 1988 baseou-se nas experiências constitucionais anteriores, quando muitas normas não foram regulamentadas por legislação integrativa e, por isso, tornaram-se ineficazes*”.

O texto constitucional fala em “*dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias*”, pelo que estava o Pretório Excelso aplicando literalmente o dispositivo, declarando tão só a situação de inconstitucionalidade, conforme ficou assentado na ADI n. 1.439-MC:

[...] A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao STF, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. Não assiste ao STF, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente. Impossibilidade de conversão da ação direta de inconstitucionalidade, por violação positiva da Constituição, em ação de inconstitucionalidade por omissão (violação negativa da Constituição). (ADI 1.439-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-5-1996, Plenário, DJ de 30-5-2003.)

O posicionamento adotado pela Suprema Corte, *data vênia*, não condiz com a ordem constitucional vigente, assentada nos princípios da efetividade e supremacia constitucional.

Verificado o estado de inconstitucionalidade deve o Poder Judiciário agir com fincas à proteção da Carta Magna. Reza o artigo 102, caput, que é a Corte Superior o guardião da Constituição, pelo que não pode limitar-se a declarar a inconstitucionalidade omissiva, devendo, pois, caso, após cientificar o Poder competente, persista inatividade legislativa, atuar de forma a integrar a lacuna normativa, criando a lei para o caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal, em sede de ADO ainda não chegou ao ponto aqui defendido, mas caminhou a passos largos quando do julgamento da ADI n. 3.682, em que reconheceu a mora legislativa e determinou prazo para supri-la:

[...] A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. **Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de dezoito meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão** (grifo nosso). Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios. (ADI 3.682, Rel. Min.

Gilmar Mendes, julgamento em 9-5-2007, Plenário, *DJ* de 6-9-2007.)

Portou-se o Supremo Tribunal Federal, dessa forma, como verdadeiro guardião do texto constitucional, mas é preciso ainda avançar, de modo que, acaso conceda prazo para a elaboração do ato normativo e vencido este permaneça inerte, tem-se que deverá o Pretório Excelso suprir a lacuna normativa criando a lei a ser aplicada no caso concreto.

3.3.2 MANDADO DE INJUNÇÃO

A Constituição Federal de 1988 garantiu a todos o direito de impetrar Mandado de Injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (artigo 5º, LXXI).

Com o surgimento desse remédio constitucional a doutrina nacional questionou-se acerca do âmbito de abrangência do *mandamus*, restando incertas questões como o conteúdo e a amplitude das decisões proferidas em sede de Mandado de Injunção.

Parte da doutrina entendia que a decisão judicial poderia elaborar a norma abstrata para a regulamentação da omissão, aproximando a atividade jurisdicional da atividade legislativa. Acentuou, contudo, essa doutrina que em casos que demandassem a organização de determinado serviço público ou o dispêndio de recursos públicos não haveria espaço para o *mandamus*. (Mendes e Branco, 2012, p. 1358).

Outra corrente ponderava que as decisões em Mandado de Injunção, deveriam apenas declarar a existência de omissão, que estivesse por impedir o exercício de direitos constitucionalmente assegurados, repudiando as sentenças de caráter normativo. (Mendes e Branco, 2012, p. 1358).

Primeiramente, cumpre ressaltar que antes de analisar os efeitos advindos da concessão do Mandado, o Supremo Tribunal Federal viu-se obrigado a decidir acerca da aplicabilidade imediata ou não do *mandamus*, haja vista que não havia até o momento norma processual que o regulamentasse.

Neste contexto o Supremo Tribunal Federal enfrentou questão de Ordem no MI n. 107, tendo assentado que o *mandamus* visava garantir os direitos constitucionalmente consagrados, como aqueles inerentes à soberania popular, o direito ao plebiscito, ao sufrágio, a iniciativa popular (CF artigo 14, I, III), assim como os direitos sociais (CF,

artigo 6º), necessitando, para tanto, que o impetrante estivesse impedido de exercê-los por conta de omissão legislativa, ficando consignado ainda que o Tribunal deveria apenas limitar-se a declarar a inconstitucionalidade omissiva, determinando que o legislador efetuassem as providências requeridas. (Mendes e Branco, 2012, p. 1361).

A partir da decisão pela aplicabilidade imediata do Mandado de Injunção A Suprema Corte, posteriormente, no julgamento do MI n. 283, decidiu que em casos de omissão legislativa, estando esta devidamente configurada, deveria o Tribunal não só declará-la como determinar prazo para que o legislador suprisse a lacuna.

No caso em questão um Oficial da Aeronáutica impetrou o mandado de injunção requerendo a elaboração de norma individualizada, para gozar o direito previsto no artigo 8º, §3º, do ADCT, o qual dispõe que “aos cidadãos que foram impedidos de exercer na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, n. S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma do que dispuser a lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição”. Queria o impetrante, portanto, perceber a indenização disciplinada pelo ADCT, requerendo para isso a elaboração da norma pelo próprio Pretório Excelso, tendo em vista a inércia legislativa.

O Tribunal julgou, pois, pela concessão do Mandado de Injunção, mas não adentrou no âmbito de elaboração de norma individual, considerando apenas a declaração da mora legislativa e asseverando quanto ao pagamento da indenização, independente da lei, a ser apurada em juízo singular, conforme consignou a ementa do julgado:

[...]

3. Se o sujeito passivo direito constitucional obstado é a entidade estatal à qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe quando possível, a satisfação provisória de seu direito.

4. Premissas de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para:

a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, § 3º, ADCT, comunicando-os ao Congresso Nacional e à Presidência da República;

b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada;

c) ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem;

d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável. (MI 283, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 14-11-1991).

Outra questão fundamental na evolução jurisprudencial do Pretório Excelso em relação ao Mandado de Injunção e, por consequência para a efetivação dos Direitos Sociais, se deu com o julgamento do direito de greve dos servidores públicos civis, previsto no artigo 37, VII, da Constituição Federal, e dependente de elaboração de lei ordinária.

Como noticia Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 1365), no julgamento do MI n. 20, de relatoria do Min. Celso de Mello, firmou-se o Tribunal que o direito de greve dos servidores públicos não seria passível de fruição antes da elaboração de lei específica, ao argumento de que o preceito constitucional que reconheceu esse direito constituía norma de eficácia limitada, portando desprovida de autoaplicabilidade.

Todavia o entendimento do Tribunal sofreu alteração novamente, ressaltando-se que quando do entendimento apenas pela declaração de inconstitucionalidade, o Ministro Carlos Velloso julgava pela aplicabilidade imediata do direito de greve, entendendo ser aplicável para o caso a lei relativa aos trabalhadores em geral, lei n. 7.783/89, como se observa de seu voto no MI n. 631/MS:

Assim, Sr. Presidente, passo a fazer aquilo que a Constituição determina que eu faça, como juiz: elaborar a norma para o caso concreto, a norma que viabilizará na forma do disposto no artigo 5º, LXXI, da Lei Maior, o exercício do direito de greve do servidor público.

A norma para o caso concreto será a lei de greve dos trabalhadores, a Lei 7.783, de 28.6.89. É dizer, determino que seja aplicada, no caso concreto, a lei que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, que define as atividades essenciais e que regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Sei que na Lei 7.783 está disposto que ela não se aplicará aos servidores públicos. Todavia, como devo fixar a norma para o caso concreto, penso que devo e posso estender aos servidores públicos a norma já existente, que dispõe a respeito do direito de greve.

Na esteira do entendimento do Ministro Carlos Velloso, O tribunal passou então a aplicar a Lei de greve correspondentes aos trabalhadores da iniciativa privada aos servidores públicos aos Mandados de Injunção que se seguiram (como os MIs n. 670, 708 e 712, por exemplo).

Recentemente sobreveio a edição de lei regulamentadora do rito do mandado de injunção, bem como definiu os efeitos das decisões que reconheçam a mora legislativa.

Cuida-se da Lei n. 13.300/2016, que, nos moldes do artigo 5º, LXXI, da Constituição da República Federativa do Brasil, rezou em seu artigo 2º, sem cabível o *mandamuns* sempre que “a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

O artigo 8º, da nova lei tratou dos efeitos da decisão acabando por adotar a teoria concretista intermediária, segundo a qual, nos dizeres de Meireles, Wald e Mendes (2016, 373):

[...] se entende que o deferimento da injunção resulta na determinação de prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora. Somente com a persistência da mora o Poder Judiciário poderá diretamente viabilizar o direito, liberdade ou prerrogativa.

Havendo a lacuna legislativa será instado o órgão legiferante competente a tratar da matéria omissa, sendo que em razão do mandado de injunção o Poder Judiciário determinará prazo razoável para que seja sanado o vício.

3.3.3 Do mandado de segurança

O mandado de segurança constitui remédio constitucional insculpido no artigo 5º, LXIX, sendo cabível para proteger direito líquido e certo, violado ou em vistas de sê-lo, por ilegalidade decorrente de ato de autoridade.

Hely Lopes Meirelles (2012, p. 27-29) o define como “*o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual ou universalidade reconhecida por lei para a proteção de direito individual ou coletivo,*

líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, não amparado por habeas corpus ou habeas data, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

Do conceito de mando de segurança tem-se que no polo passivo da demanda figurará uma autoridade, que tenha praticado ou esteja em vista de praticar ato ilegal ou que tenha excedido em seus poderes. Assim, acaso venha uma autoridade a praticar um ato ilegal, ou com abuso de poder em desfavor de direito fundamental, restará para o indivíduo o *mandamus* como meio apto à sua proteção.

Os direitos sociais constituem direito subjetivo dos particulares, pelo que podem ser pretendidos perante o Estado quando violados ou passíveis de possível violação. Nesse sentido, o remédio em questão tem se mostrado uma arma ímpar na defesa dos direitos fundamentais, sobretudo por possuir um rito mais célere, indispensável para salvaguardar direitos sociais.

O poder público constantemente não tem garantido o direito mínimo de gozo de direitos sociais como saúde e educação (apenas para lembrar os dois mais pretendidos), o que tem feito um número crescente de pessoas buscarem o Judiciário para sua guarida.

Instado a manifestar-se em questões de concretização de direitos sociais, o Judiciário não tem se furtado a garantir a eficácia do texto constitucional. A exemplo disso, percebe-se que é pacífico entre os Tribunais da Federação que o direito dos menores ao acesso à escolas e creches constitui direito subjetivo, não devendo à administração obstruir seu gozo, como se manifestou o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. MATRÍCULA EM CRECHE. OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE, ARBITRARIEDADE, TERATOLOGIA OU TEMERIDADE. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO MAGISTRADO. PODER DISCRICIONÁRIO. BLOQUEIO DE VERBA PÚBLICA. MANTIDO. SÚMULA N. 39/TJGO. I - Presentes os requisitos para a concessão da medida liminar, em sede de mandado de segurança, cabe ao magistrado condutor do processo deferi-la, segundo o seu prudente arbítrio e de acordo com o conjunto probatório constante dos autos e a legislação aplicável à espécie, podendo o Tribunal modificá-la em caso de ilegalidade ou abuso de poder, o que não se verifica na hipótese em comento. II - Extrai-se do artigo 208 da Constituição Federal e do artigo 54, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que é dever do ente público municipal assegurar ao menor atendimento em creche ou pré-escola, tendo em vista se tratar de direito fundamental. III - No tocante à possibilidade de bloqueio de verba pública, esse poderá ser efetivado no caso de descumprimento da ordem judicial, cabendo ao Poder Judiciário dar efetividade às suas decisões que visam

assegurar direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido é o entendimento sedimentado por este Tribunal de Justiça, por meio da Súmula nº 39. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJGO, AGRAVO DE INSTRUMENTO 230482-62.2016.8.09.0000, Rel. DES. GERSON SANTANA CINTRA, 3A CAMARA CIVEL, julgado em 15/12/2016, DJe 2189 de 16/01/2017)

Em relação à saúde, diversas são as questões que têm sido levadas a conhecimento do Poder Judiciário, como fornecimento de medicamentos, internação de dependentes químicos em clínicas de reabilitação, requerimento de vaga em unidades e centros de tratamento intensivo, dentre outros diversos tratamentos, sendo certo que está esse Poder sempre pela aplicação da Constituição Federal, conforme se infere do julgado abaixo:

MANDADO DE SEGURANÇA. VAGA PARA INTERNAÇÃO EM UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA (UTI). LEGITIMIDADE PASSIVA. EXISTÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DIREITO À SAÚDE. 1. Sendo solidária, entre os entes federados, a obrigação de assegurar o direito à saúde, não há se falar em ilegitimidade do Poder Público Estadual ao processo para responder ao writ constitucional. 2. É dever do ente público prover as condições indispensáveis ao pleno exercício do direito à saúde, situação da qual não se pode esquivar. 3. O direito à saúde é garantia fundamental assegurada a todos os cidadãos, indissociável do direito à vida, cabendo ao poder público (União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios) fornecer, gratuitamente, medicamentos, terapias e tratamentos imprescindíveis à saúde de qualquer pessoa, sob pena de ofensa aos arts. 6º e 196 da CF. 4. Demonstrada, por meio de documentos, a doença, o estado grave de saúde da paciente, a necessidade do tratamento prescrito por médico, assim como comprovada a negativa do Poder Público em fornecê-lo, mostra-se inegável a presença da prova pré-constituída do direito líquido e certo, sendo a concessão da segurança medida que se impõe. SEGURANÇA CONCEDIDA (TJGO, MANDADO DE SEGURANÇA 131081-90.2016.8.09.0000, Rel. DES. ORLOFF NEVES ROCHA, 1A CAMARA CIVEL, julgado em 28/06/2016, DJe 2077 de 28/07/2016)

O Judiciário tem representado para a população a última fronteira para a consecução dos direitos sociais, mas tem atuado sempre com esteio na Carta Magna, que baliza os direitos fundamentais.

Reza o texto constitucional que a saúde é dever do Estado – compreendidos solidariamente todos os entes federativos - e direito de todos, devendo, para tanto, promover políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças, bem como garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços (art. 23, II, c/c art. 196).

Destarte, enquanto guardião da Constituição Federal, tem o Supremo Tribunal

Federal atuado com vistas a determinar a implementação de políticas sociais que garantam o acesso a esses direitos:

[...] DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICCIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

O mandado de segurança constitui meio apto, pois, à salvaguarda de direito social de qualquer particular que tenha sido violado os esteja vista se sê-lo, tudo com fulcro no texto constitucional, sendo lícito ao Poder Judiciário atuar para efetivar os direitos ali dispostos.

3.3.4 DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Ação civil pública tem servido como uma arma de grande importância na defesa dos direitos fundamentais de segunda dimensão, sobretudo por tem como objeto a proteção de direitos coletivos.

A Constituição Federal reza que cabe ao Ministério Público a promoção dessa ação, com vistas à proteção do patrimônio público, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (artigo 129, III).

É o Ministério Público, portanto, o autor natural dessa importante ação coletiva,

mas não só ele tem legitimidade. A Lei 7.347/1985 dispõe que poderão propor a ação:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e associação que esteja constituída há pelo menos um ano e que inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (artigo 5º, incisos respectivos).

Da disciplina legal infere-se que a ação civil pública tem como escopo garantir a proteção do direito de pessoas diversas, de um grupo. É importante ressaltar, ainda, que essa ação constitui meio idôneo para a proteção e garantia dos direitos fundamentais, como assentou Dantas (2012, p. 423):

Inequívoco, portanto, que a ação civil pública também é u a ação constitucional, ou uma garantia instrumental, que tem por fim precípua não só proteger o patrimônio público e social, como também dar efetividade a direitos e garantias fundamentais, quando estes estiverem sendo desrespeitados, seja pelo Poder Público, seja por particulares no exercício de atribuições deste último.

Neste contexto é que tem atuado o poder Judiciário, sempre que instado. Diante de uma inatividade do Poder Público, ou de sua atuação indevida, têm os legitimados à promover a ação civil pública agido de forma enérgica, ressaltando-se a atuação do Ministério Público para a implementação de políticas públicas.

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás se mostra favorável à concretização de políticas sociais, através de pretensão veiculada em ação civil pública, como se vê dos seguintes arestos:

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CRIANÇA E ADOLESCENTE. CONSELHO TUTELAR. CONTROLE JUDICIAL E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. POSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1. Disciplinada pela Lei federal nº 7.347/1985, a ação civil pública tem por finalidade reprimir ou mesmo prevenir danos ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético,

histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica ou à ordem urbanística e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, podendo ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. 2. É possível ao Poder Judiciário, em situações excepcionais, determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas para garantir direitos constitucionalmente assegurados, a exemplo dos direitos da criança e do adolescente, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação dos Poderes. 3. A luz da doutrina da proteção integral do menor, adotada pela Constituição Federal, imputa-se, ao Estado (lato sensu), importante papel para preservar e promover o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, garantindo-lhes, assim, os direitos fundamentais de que são titulares, em especial aqueles elencados no artigo 227 da Carta Magna, ao passo que a omissão do Poder Público justifica a adoção, pelo Poder Judiciário, de medidas assecuratórias destes direitos. 4. Nos termos dos artigos 131 e seguintes da Lei federal nº 8.069/1990, é incumbência de cada ente municipal manter, como órgão integrante da administração pública local, no mínimo 01 (um) Conselho Tutelar, encarregado de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, devendo o Município envidar esforços visando obtenção e destinação dos recursos orçamentários indispensáveis para tanto. 5. Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, de multa cominatória, que se reveste de função coercitiva, e tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial, isto é, com vistas à efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. 6. REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA, MAS DESPROVIDA. (TJGO, DUPLO GRAU DE JURISDICAÇÃO 327450-69.2013.8.09.0127, Rel. DR(A). MAURICIO PORFIRIO ROSA, 4A CAMARA CIVEL, julgado em 27/10/2016, DJe 2143 de 04/11/2016)

Em outro julgado, percebe-se que o Tribunal observou com acuidade a necessária concretização das políticas públicas em conformidade com o texto constitucional, ressaltando que as normas sociais que as definem possuem aplicabilidade plena, pelo que não poderá a Administração descumpri-las, veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONDENAÇÃO. CONSTRUÇÃO E INSTALAÇÃO DE ABRIGO PARA MENORES INFRATORES OU EM SITUAÇÃO DE RISCO. ALEGAÇÃO DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA DISCRICIONARIEDADE MUNICIPAL. ARGUMENTO DESCABIDO. VALIDADE DA DECISÃO JUDICIAL QUE CONCRETIZA DIREITOS CONSAGRADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE. MULTA DIÁRIA E PRAZO PARA INÍCIO DAS OBRAS. REDUÇÃO DO VALOR E AMPLIAÇÃO DO PRAZO, DE OFÍCIO, RESPECTIVAMENTE. I - As políticas públicas para não só a implementação dos direitos da criança e do adolescente, assim como para a preservação de sua integridade física e de quem os cerca, constituem obrigação estatal prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, especificamente em seu art. 4º, e, principalmente, no art. 227, da Carta Magna. **O Poder Público, à guisa de intervenção do Poder Judiciário em suas atribuições constitucionais, de desarmonia entre os poderes da República, de ingerência judicial sobre o seu poder discricionário e outros argumentos, quase sempre descumpra preceitos constitucionais e torna a Lei**

Fundamental instrumento portador de meras aspirações sociais que quase beiram a utopia. Nesse caso, cumpre ao Poder Judiciário a tarefa de evitar a consolidação de situações desta espécie e de viabilizar a concretização dos valores, princípios, direitos e garantias insertos no texto e no contexto constitucional. II - Não pode ser outra conclusão senão a de que os direitos consagrados na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente não podem ser desrespeitados, sob o pálido argumento da “reserva do possível”, como paradigma de decisões judiciais. III - As normas instituidoras de direitos sociais são normas jurídicas em sentido pleno, possuindo todos os atributos inerentes à espécie. Entre eles, está a imperatividade. Desta forma, não cabe ao seu destinatário simplesmente desrespeitá-la, situação agravada pelo fato de que o sujeito passivo destas normas, como visto, é o próprio Estado em suas três funções, cuja atuação é regida por muitos princípios, como os da motivação de seus atos e da eficiência, não podendo afastar-se de suas obrigações. A solução, então, é partir para o princípio da máxima efetivação possível destes direitos (grifo nosso), com o estabelecimento de políticas públicas para o desenvolvimento social, notadamente o da criança e do adolescente, sempre com vistas ao alcance da dignidade humana, na forma prescrita constitucionalmente. [...] (TJGO, APELACAO CIVEL 120064-56.2008.8.09.0091, Rel. DES. AMARAL WILSON DE OLIVEIRA, 2A CAMARA CIVEL, julgado em 11/10/2011, DJe 952 de 01/12/2011).

Não é diferente a posição do supremo Tribunal Federal, que preza pela atuação do ministério Público para a implementação de políticas públicas:

EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo regimental não provido. (AI 809018 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 25/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 09-10-2012 PUBLIC 10-10-2012)

Como sustentam Meireles, Wald e Mendes (2012, p. 288) “*a ação civil pública, na sua atual regulamentação constitucional e legal, constitui uma inovação e uma conquista para a solução rápida e eficiente dos conflitos de interesses, ensejando o acesso à Justiça de todas as classes sociais*”.

Esse instrumento, portanto, se revela profundamente importante na defesa dos direitos sociais, por meio da implementação de políticas públicas, sempre com a garantia de cumprimento do texto constitucional, assegurando a efetividade das normas que os

consagram.

3.4 RESERVA DO POSSÍVEL

Os direitos sociais envolvem a atuação direta do Estado para sua concretização, de modo que deverá o soberano agir para a regulamentação desses direitos - prestações jurídicas - e a efetiva aplicação dos mesmos - prestações materiais. (Mendes, 2012, p 684-685).

Destarte, muito por serem os direitos sociais positivados por meio de normas programáticas, parte da doutrina tem defendido que eles estão condicionados à situação financeira do Estado para sua concretização, de modo que deverá observar o que é socialmente relevante em conformidade com sua economia, o que se passou a chamar de reserva do possível.

Neste contexto, Jorge Miranda (2000 p. 392) entende que os direitos sociais serão efetivados não apenas por sua constitucionalidade fundamental, pois dependem de fatores outros para sua aplicação:

A efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não dependem apenas da aplicação das normas constitucionais concernentes à organização econômica. Depende também, sobretudo, dos próprios fatores econômicos, assim como – o que nem sempre é suficientemente tido em conta – dos condicionalismos institucionais, do modo de organização e funcionamento da Administração pública e dos recursos financeiros.

[...] a doutrina fala do ajustamento do socialmente desejável ao economicamente possível, na subordinação da efectividade concreta a uma reserva do possível ou na raridade material do objecto da pretensão como limite real.

Posiciona-se o constitucionalista português pelo condicionamento da efetivação dos direitos sociais à realidade econômica do Estado, afirmando ainda que “*a efectivação dos direitos cabe aos órgãos políticos e legislativos – não aos da Administração. Não corresponde a uma simples operação hermenêutica, mas a uma ponderação complexa das normas com a realidade social circunstante*” (Miranda, 2000, p. 392).

A relação entre a efetivação dos direitos sociais e a situação econômica do Estado – reserva do possível – deve ser observada com parcimônia. *Data vênia* o entendimento do nobre jurista lusitano, não parece que posição prevaleça.

Conforme lembra Osvaldo Ferreira de Carvalho (2011, p. 224), o Estado constitucional brasileiro se assenta como Estado orçamentário, ou seja, observa as normas constitucionais para o equilíbrio entre receitas e despesas, sendo o orçamento o meio pelo qual se faz essa concretização. Nesta senda, quando ele não cumpre com os direitos sociais ao argumento de insuficiência de recursos para tanto, está a errar por duas vezes, haja vista que, primeiro, descumpra matéria de direitos humanos (direitos sociais) e, em segundo, desrespeita as normas constitucionais inerentes ao planejamento orçamentário.

A reserva do possível decorre da doutrina germânica (Cunha Jr., 2010 p. 739), que está inserida em um contexto econômico, social e cultural completamente diferente da realidade brasileira.

Neste cenário, Krell (apud Cunha Jr., 2010, p. 740), faz uma severa crítica à transposição da teoria da reserva do possível aplicada no direito alemão ao direito brasileiro, sobretudo pela discrepante realidade social vivenciada nos dois países:

[...]vários autores brasileiros tentam se valer da doutrina constitucional alemã para inviabilizar um maior controle das políticas sociais por parte dos tribunais. Invocando a autoridade dos mestres germânicos, esses autores alegam que os direitos sociais deveriam também no Brasil ser entendidos como ‘mandados’, ‘diretrizes’ ou ‘fins do Estado’, mas não como verdadeiros direitos fundamentais. Afirmam que – seguindo a ‘linha alemã’ – seria teoricamente impossível construir direitos públicos subjetivos a partir de direitos sociais e que o Poder Judiciário não estaria legitimado para tomar decisões sobre determinados benefícios individuais. Essa interpretação é duvidosa e, na verdade, não corresponde às exigências de um Direito Constitucional Comparado produtivo e cientificamente coerente. Não podemos isolar instrumentos, institutos ou até doutrinas jurídicas do seu manancial político, econômico, social e cultural de origem.

[...]

Devemos nos lembrar também que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos outros países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham uma vaga nos hospitais mal equipados da rede pública; não há a necessidade de organizar a produção da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem viver fisicamente com o montante pecuniário de ‘assistência social’ que recebem, etc. Temos certeza de que quase todos os doutrinadores do Direito Constitucional alemão, se fossem inseridos na mesma situação sócio-econômica de exclusão social com a falta de condições mínimas de uma existência digna para uma boa parte do povo, passariam a exigir com veemência a interferência do Poder Judiciário, visto que esse é obrigado a agir quando os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da constituição (direito à vida, dignidade humana, Estado Social).

A reserva do possível deve adequar-se, pois, à realidade brasileira, não podendo servir como escusa do Poder Público ao cumprimento das prestações sociais e suprimento das omissões constitucionais sob o pretexto de inexistência de “caixa”. O que de fato ocorre não é a inexistência de recursos financeiros, mas sim a má distribuição dos recursos existentes. (Cunha Jr. 2010, p. 741).

Destarte, deve a administração pública promover a distribuição dos recursos públicos com vistas ao social. Dirley da Cunha Jr. (2010, 741) sugere que deverá o Judiciário, quando provocado, determinar a redistribuição desses recursos:

[...] retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República; gastos em publicidade, etc) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existência.

Com argúcia e em homenagem aos direitos fundamentais, o eminente Ministro Celso de Melo, do Supremo Tribunal Federal, enfrentou a questão da reserva do possível quando do julgamento da ADPF n. 45, veja-se:

Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É 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 incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele 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.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191).

A reserva do possível, portanto, não deve pode ser aceita pelo Poder Judiciária como escusa por parte dos outros poderes da República para ineficácia das normas de direitos social. Deve o julgador, à luz do caso concreto, sempre pautar pela efetividade do texto constitucional, relegando a afirmação da inexistência de recursos financeiros à comprovação fática que porventura lhe seja apresentada, não havendo que garantir, contudo, o mínimo existência, para a garantia de da dignidade humana.

3.5 INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO

A separação de Poderes consiste na independência harmônica entre os órgãos do Poder Judiciário (Cunha Jr. 2010, p. 524). Todavia, apesar da inexistência de subordinação entre os Poderes da República, a independência que possuem não é absoluta, havendo interferências, que buscam estabelecer um sistema de freio e contrapesos, em vista de se atingir um equilíbrio entre todos (Silva, 2006, p. 110).

Essa fórmula, conhecida por *checks and balances*, no Brasil fica muito clara quando se observa, por exemplo, o controle de constitucionalidade das leis e a constitucionalidade e legalidade dos demais atos normativos do Estado, bem como, v.g., o poder que tem o Executivo de vetar o projeto de lei aprovado pelo Legislativo, por ser ele inconstitucional ou contrário ao interesse público, dentre outros. (Cunha Jr. 2010, 524-525).

Assim, a alegação de que a atuação jurisdicional para a efetivação dos direitos sociais e, por consequência, implementação das políticas públicas viola o princípio da separação dos poderes deve ser observada com acuidade.

A constituição da República Federativa do Brasil assegurou a todos o direito à

tutela jurisdicional e ao devido processo legal (artigo 5º, XXXV e LIV, respectivamente).

Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho (apud Moraes, 2004, p. 292), o direito à tutela jurisdicional (indevidamente conhecido por princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional) é “*o direito de que toda pessoa tem de exigir que se faça justiça, quando pretender algo de outra, sendo que a pretensão deve ser atingida por um órgão judicial, através de processo onde são reconhecidas as garantias mínimas*”.

O devido processo legal corresponde a uma garantia constitucional que assenta a necessidade dos indivíduos em participar de um processo justo, equitativo. Fala-se em devido processo legal legislativo, devido processo legal administrativo e devido processo legal jurisdicional (Didier Jr. 2012, p. 45), pelo que todos os Poderes da República deverão respeitar as normas existentes, com fulcro a garanti um processo lídimo.

No contexto ora tratado tem que se observar a determinação contida no artigo 126 do Código de Processo Civil, que assim dispõe: “*o juiz não se exime de sentenciar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito*”.

Em se tratando os diretos sociais de legítimos direitos fundamentais, passíveis de serem pretendidos perante o Estado, não há que se falar em intervenção indevida ou usurpação de competência por parte do Judiciário diante dos outros Poderes da República, sobretudo porque estará ele atuando em conformidade com a Constituição Federal, para a garantia de direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve o intento de justificar a atuação judicial para a efetivação dos direitos sociais e a, conseqüente, implementação de políticas públicas, com fulcro no texto constitucional.

A Constituição Federal assenta que os direitos fundamentais serão aplicados de forma imediata. Acontece que, como visto, há direitos fundamentais inseridos na Carta Magna que são desprovidos de alta densidade normativa, ou seja, requerem a elaboração de norma infraconstitucional para regulamenta-los.

Contudo, percebeu-se que essa gama de direitos não pode estar condicionada à livre manifestação do Estado, de modo que caso não sejam implementados poderão ser requeridos pelos particulares, que os titularizam, perante o Poder Judiciário.

Nesta senda, tem-se que a ordem constitucional, assentada na força normativa da constituição e no princípio da supremacia constitucional, garante ao particular, como espeque na aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o direito de postularem a efetividade dos direitos sociais frente à inércia estatal, ainda que estejam eles positivados em normas de natureza programática.

Para não atuar diante das dificuldades sociais apresentadas, o Estado (Poder Executivo, em especial) alega insuficiência de recursos financeiros e, quando em juízo, o princípio da separação de poderes para não ser compelido pelo Judiciário a dar efetividade ao texto da Constituição. Todavia, ficou assentado que esses furtivos não se mantêm, tendo em vista que o texto constitucional deve ser aplicado de forma direta e que os direitos sociais pressupõe um mínimo de atuação estatal, prevendo a Constituição diversos instrumentos que garantem a aplicação do texto, como o mandado de injunção, mandado de segurança, ação civil pública e ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)* Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na Internet: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 20 de novembro de 2016, às 10 horas.

_____; *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 4 ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) *Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito Jurídico*. P. 14. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Almedina, Coimbra, 1999.

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. *Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível na Internet: <http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2016/06/2003-O-desafio-da-efetividade-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>. Acesso em 20 de dezembro de 2016, às 8 horas.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos fundamentais*. 7 ed. rev. atual. p. 66. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Ruth Barros Pettersen. *A efetividade do mínimo existencial à luz da Constituição Federal de 1988.*, p. 31. Goiânia: Ed. da PUC Goiás, 2011.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. 3 ed. rev. e atual. p. 44. São Paulo: Atlas, 2012.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, v1. 14 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

CUNHA JR., Dirley da. Curso de direito constitucional, 6 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm: 2010.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em <http://www.geocities.ws/bcentaurus/livros/h/hessenpdf.pdf>. Acessado em 11/12/2016, às 14 horas e 46 minutos.

DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya. Curso de processo constitucional – controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 7 ed., rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira; Mandado de injunção. In: _____. Mandado de Segurança e ações constitucionais. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, tomo IV. 3 ed. Coimbra: 2000.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____; Constituição do Brasil interpretada. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PASSOS, J.J. Calmon de. A constitucionalização dos direitos sociais. Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 10, junho/julho/agosto, 2007. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-10-JUNHO-2007-CALMON%20DE%20PASSOS.pdf>. Acesso em 20 de novembro de 2016, às 23 horas.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. Eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais – interpretação realista art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp012530.pdf>. Acessado em 20/novembro/2016, às 14 horas.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2000.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.