

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

EDUARDO MARTINS DE LIMA

YURI SCHNEIDER

YNES DA SILVA FÉLIX

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Eduardo Martins de Lima, Yuri Schneider, Ynes Da Silva Félix –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-110-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É satisfação que a Coordenação do Grupo de trabalho de Direitos Sociais e Políticas Públicas II, do Conselho de Pesquisa e de Pós- Graduação em Direito- CONPEDI, apresenta a coletânea de artigos fruto dos debates realizados no âmbito do XXIV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da UFMG, Universidade FUMEC e Escola Superior Dom Helder Câmara, todos localizados na cidade de Belo Horizonte/MG. Importante frisar que o evento acadêmico aconteceu, entre 11/11/2015 e 14/11/2015 com o tema principal: Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade.

Dentre os mais de 2000 trabalhos selecionados para o encontro, 29 artigos compõem o presente livro do Grupo de Trabalho de DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II. Essa busca pela análise do Direito Constitucional nas relações sociais demonstra a evolução e o interesse nas políticas públicas e na consolidação da linha de pesquisa própria dos Direitos Fundamentais Sociais.

Há muito que o CONPEDI preocupa-se com esta área de Direitos Sociais e Políticas Públicas em GT's específicos como aqueles voltados para as relações sociais e políticas públicas de efetividade social, porém, é de destacar a introdução dos GT's específicos para tais matérias, tanto nos CONPEDIS nacionais como nos internacionais que já vem acontecendo desde o ano de 2014.

O conhecimento, pouco a pouco, vai sendo engendrado pelo pesquisa diuturna de professores, doutorandos, mestrandos e estudantes de graduação que, em seus grupos de pesquisa, evidenciam o pensamento jurídico de maneira séria e comprometida. Os Direitos Sociais já, em suas origens, apontavam como ramo do conhecimento jurídico que perpassa todos os demais pelo princípio da dignidade da pessoa humana e assume, cada vez mais, seu papel e sua importância nas matrizes curriculares das graduações e pós-graduações em Direito.

Nesta linha, os vinte e nove artigos encontram-se direcionados à análise interdisciplinar dos Direitos Fundamentais e das Políticas Públicas nas relações sociais. Especificamente, detém-se no exame jurídico, constitucional, econômico e político, com o escopo de encontrar soluções para o fosso que separa o crescimento econômico do desenvolvimento humano. O tema precisa ser constantemente visitado e revisitado, mormente pelo fato de todos os intentos do constitucionalismo dirigente dos Séculos XX e XXI, observa-se a marca da crise da figura estatal internacional e conseqüente atentado ao Estado de bem-estar social.

Importante referir que, o Brasil, pelo último relatório do PNUD em 2015, diante das pesquisas do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, alcançou no ranking internacional a 7ª posição em crescimento econômico, e em outro viés, no que concerne ao desenvolvimento humano, encontra-se na desconfortável posição de 79ª, dentre os 186 países analisados.

Países, como Portugal, Espanha e Itália, que já haviam conquistado a característica de Estado de bem estar social, enfrentam nas duas últimas décadas, séria recessão, crise econômica e desemprego. Essas razões fazem com que a reflexão dos constitucionalistas, juristas e cientistas políticos venham a contribuir para a ponderação crítica do modelo de Estado que se quer. Que seja o Estado, ora delineado, capaz de viabilizar, de forma sustentável, o crescimento econômico e o desenvolvimento humano em curto, médio e longo prazo.

Direitos Fundamentais Sociais, Políticas Públicas percorrem o mesmo trajeto. Nesse contexto, os investimentos no bem-estar social e nos bens públicos, atrelados à formação do capital humano e à geração de emprego e renda tornam-se elementos essenciais de contribuição para a efetivação dos objetivos de desenvolvimento deste novo século que apenas está começando.

O progresso humano que se deseja, e a efetivação dos direitos fundamentais presentes nos ordenamentos jurídicos transnacionais carecem da reafirmação que reverbera a favor da distribuição equitativa de oportunidades. Nesse diapasão, é importante reorganizar a agenda de políticas públicas estatais que incentivem a atração e manutenção de empresas, políticas industriais ativas, com inovação, infraestrutura e tecnologia, e concomitante combate à corrupção, reformas fiscais progressivas e melhor gerenciamento dos recursos destinados à educação, à saúde e à capacitação. Essas diretrizes estão todas inseridas no quadro mais amplo do escopo de promover equidade. Não se dá por razões morais o apoio à justiça social, mas sobremaneira, vê-se como ponto crucial para o desenvolvimento humano.

Em terrae brasilis, já no Século XXI, temos no artigo 6º da Constituição de 1988, o direito à alimentação, o que faz lembrar as críticas dos pensadores do Estado sobre os fatores reais do poder. É alarmante que, o Brasil, como um dos maiores produtores mundiais de alimento, ainda não consegue combater a fome em seu próprio território e, quando produz esse alimento, produz um alimento que mata aos poucos sua própria população, pois repleto de agrotóxicos. Observa-se a defesa da assinatura de pactos internacionais de direitos humanos, propugna-se por uma sociedade justa, livre e solidária, pela redução das desigualdades econômicas e regionais, e até argumenta-se pela judicialização da política, porém, diante da democracia fragilizada, persiste o questionamento sobre as mudanças de prioridades políticas e destinações orçamentárias que visem efetivar direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais.

Como o leitor poderá perceber cada um dos autores, por meio de minuciosa análise, na sua seara de estudos, contribuiu com a seriedade na pesquisa que reflete no resultado de seu artigo.

Os artigos foram apresentados em diversos painéis de cinco artigos cada um, o que ensejou intensos debates entre os presentes. Remarca-se a densidade acadêmica dos autores referenciados. Nesse viés, professores, mestrandos e doutorandos tiveram a oportunidade de debater no Conselho de Pesquisa em Direito, as temáticas por eles estudadas em seus programas de pós-graduação.

Assim, foram, inicialmente, apresentados os seguintes artigos:

1. Direitos fundamentais e sociais: desafios da contemporaneidade para resguardar os direitos da pessoa de Laerty Morelin Bernardino e Luna stipp;
2. Causas e consequências da desconstrução dos direitos sociais e da cidadania de Joelma Lúcia Vieira Pires, Roberto Bueno Pinto;
- 3 - A elaboração e implementação de políticas públicas para a concretização dos direitos sociais. de Fernanda Priscila Ferreira Dantas , Maria Dos Remédios Fontes Silva ;
- 4 - A participação popular na construção das políticas públicas sociais: a racionalidade do consenso e a legitimidade das execuções Administrativas. de Edimur Ferreira De Faria e Renato Horta Rezende;

5 - As Políticas Públicas e o papel das Agências Reguladoras. de Gabriel Fliege de Lucena Stuckert.

No segundo grupo apresentado foram conciliados os temas a seguir propostos:

1 - A efetividade dos direitos sociais em face das limitações do orçamento. de Simone Coelho Aguiar , Carolina Soares Hissa;

2 - A reserva do possível e o mínimo existencial na efetivação dos direitos sociais. de Maisa de Souza Lopes , Thiago Ferraz de Oliveira;

3 - Aspectos relevantes da tutela jurisdicional dos direitos sociais. de Samantha Ribeiro Meyer-pflug , Christian Robert dos Rios;

4 - A intervenção do poder judiciário na elaboração e execução das políticas públicas no Brasil. de Glalber da Costa Cypreste Queiroz;

5 - Ativismo judicial e orçamento público. de Fabiana Oliveira Bastos de Castro.

No terceiro grupo de apresentações, foram expostos 07 artigos evidenciando o ativismo judicial e a (des)necessidade de participação do Poder Judiciário nas demandas que envolvem de políticas públicas e concretização de um cenário democrático, com destaque para o artigo do Prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho, Coordenador do Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito, da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

1 - A política pública da saúde e os aspectos da sua judicialização. de Rafael Fernando dos Santos e Angelina Cortelazzi Bolzam;

2 - Controle judicial de políticas públicas: a garantia e efetividade do direito à saúde. de Juvêncio Borges Silva e Maysa Caliman Vicente;

3 - Ativismo judicial, direito fundamental à saúde e a infertilidade feminina. - de Anízio Pires Gavião Filho;

4 - A justicialidade das políticas públicas de saúde do idoso. Roberta Terezinha Uvo Bodnar e Zenildo Bodnar;

5 - A tutela do direito à saúde e a adequada atuação do poder judiciário. de Guilherme Costa Leroy;

6 - Análise crítica de alguns argumentos equivocados em tema de direito à saúde pública. - de Felipe Braga Albuquerque e Rafael Vieira de Alencar.

7 - Benefícios de renda mínima como um direito fundamental: acesso à justiça e inclusão social. - de Pedro Bastos de Souza.

Nos terceiro e quarto grupos foram apresentados artigos quanto à (in)efetivação das políticas públicas no cenário brasileiro, latino e norte americano, já evidenciando que o CONPEDI preocupa-se com a rede de programas de pós graduação (mestrado e doutorado) que está sendo criada pelas instituições de ensino do Brasil e outros países da América Latina e do Norte.

1 - Circulação de trabalhadores no MERCOSUL: necessidade de efetivação das políticas sociais. de Lourival José de Oliveira e Patricia Ayub da Costa Ligmanovski;

2 - A ausência de políticas públicas para os direitos sociais da pessoa com deficiência: os reflexos não sentidos da convenção de Nova York no Brasil. de Marco Cesar De Carvalho;

3 - A crise no sistema carcerário brasileiro e a necessidade de judicialização de políticas públicas. de Paulo Henrique Januzzi da Silva;

4 - A segurança cidadã no contexto de Bogotá: um paradigma para a política de segurança pública brasileira. de Leticia Fonseca Paiva Delgado;

5 - As concepções de violência contra a mulher na leitura da lei Maria da Penha: um novo caminho possível pelo olhar dos direitos humanos e da ética da alteridade. de Patrick Costa Meneghetti;

6 - Direito ao desenvolvimento e à moradia. Um diagnóstico da implementação do programa Minha Casa Minha Vida no cenário brasileiro. de Karina Brandao Alves de Castro

7 - A política de cotas para negros no ensino superior e o princípio da igualdade. de Ib Sales Tapajós.

8 - Ação afirmativa como vetor da justiça social: a contribuição do STF no reconhecimento da constitucionalidade do PROUNI. de René Vial.

E por fim, o último bloco foi composto por 4 artigos e discutiu preferencialmente as questões relativas ao crescimento econômico e social, por meio do acesso a estrutura estatal, senão veja-se:

1- A multidimensionalidade da pobreza e o direito na consolidação da cidadania. de Marta Battaglia Custódio;

2 - A política nacional de recursos hídricos: o modelo de gestão descentralizada e participativa frente ao domínio da água. de Carinna Gonçalves Simplício e Clarice Rogério de Castro;

3 - Acolhimento institucional de crianças e adolescentes: o caso do Estado do Rio de Janeiro. de Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann e Érica Maia Campelo Arruda;

4 - A mobilidade urbana através da integração da infraestrutura de transporte com o planejamento urbano: o caso do Plano Diretor de São Paulo. de Natália Sales de Oliveira

Note-se que a contribuição acadêmica, ora apresentada, é de suma importância para o processo de concretização dos Direitos Fundamentais, mormente em se falando do princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. É ela que movimenta o debate social, econômico, político e jurídico e oxigena o engajamento da participação cidadã. Sendo assim, e já agradecendo aos autores, almeja-se o crescimento a partir dos trabalhos agora publicados no CONPEDI.

Por certo, não que há se negar que a significativa contribuição dos autores nos põe diante de novas interrogações e novas exigências, que passam a ser referência imperiosa para um debate ético e questionador sobre as práticas efetivas que restabelecem o verdadeiro sentido dos Direitos Fundamentais Sociais.

Para nós, como mencionamos no início, é uma satisfação fazer esta apresentação. Aos leitores, uma ótima oportunidade para (re)pensar.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2015.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Professor Doutor Yuri Schneider UNOESC

Professor Doutor Eduardo Martins de Lima - FUMEC

Professora Doutora Ynes Da Silva Félix - UFMS

ASPECTOS RELEVANTES DA TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS

RELEVANT ASPECTS OF JUDICIAL PROTECTION OF SOCIAL RIGHTS

Samantha Ribeiro Meyer-pflug
Christian Robert dos Rios

Resumo

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo um amplo rol de direitos sociais, dentre eles, o direito à educação, saúde, alimentação, moradia, trabalho, previdência e assistência social. Objetiva-se neste estudo analisar o controle exercido pelo Poder Judiciário nas políticas públicas relativas à implementação dos direitos sociais previstos expressamente na Constituição Federal de 1988 e os respectivos parâmetros interpretativos. Para tanto parte-se da identificação histórica dos contornos constitucionais dos direitos sociais, sua eficácia e a sua função dentro do ordenamento jurídico pátrio, bem como a sua caracterização nos dias atuais como direitos subjetivos. Analisam-se igualmente os parâmetros hermenêuticos utilizados pelo Poder Judiciário na interpretação e efetivação dos direitos sociais nos casos concretos. Examina-se detidamente o papel desempenhado pelo Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais fundamentais, com vistas a evidenciar a possível inadequação do cientificismo juspositivista como vetor dessa desejável concretização.

Palavras-chave: Direitos sociais, Hermenêutica constitucional, Judicialização de políticas públicas

Abstract/Resumen/Résumé

The Federal Constitution of 1988 brought in its wake a comprehensive list of social rights, including the right to education, health, food, housing, work, social security and welfare. Objective of this study was to analyze the control exercised by the judiciary as regards the implementation of these social rights, as well as court of public policies concerning the implementation of social rights expressly provided for in the Federal Constitution of 1988 and its interpretative parameters. To this end it is normally historical identification of the constitutional contours of social rights, its effectiveness and its function within the Brazilian legal system, as well as its characterization nowadays as subjective rights. They also analyze the hermeneutical parameters used by the judiciary in the interpretation and enforcement of social rights in a particular case. It examines closely the role played by the judiciary in the effectiveness of fundamental social rights, in order to highlight the possible inadequacy of juspositivista scientism as a vector of this desirable achievement.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social rights, Constitutional hermeneutics, Legalization of public policies

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 promulgada em 5 de outubro de 1988 denominada de “Constituição Cidadã” instituiu o Estado Democrático de Direito no Brasil, após um longo período de regime militar. Trouxe inúmeras inovações, dentre elas, destaca-se o amplo tratamento conferido aos direitos fundamentais. A atual Constituição dispõe em seu Título II sobre os “Direitos e Garantias Fundamentais”. Vale dizer que esses direitos constam logo do art.5º do Texto Constitucional, impondo assim de certa maneira que todo o sistema constitucional seja interpretado à luz desses direitos.

Dedicou especial ênfase aos direitos sociais estabelecendo que são direitos de todos e dever do Estado prestá-los. A Constituição Federal de 1988 tratou expressamente dos direitos sociais, tanto no título dedicado aos direitos fundamentais, como em um título específico denominado “Da Ordem Social”. Vale registrar que a Constituição de 1934 e a Carta Constitucional de 1967 também trataram expressamente dos direitos sociais.

No momento atual constata-se a não efetivação de vários direitos sociais encartados na Constituição Federal como direitos fundamentais. Nesse contexto, insurge a necessidade de se refletir sobre o pela a ser desempenhado pelo Poder Judiciário como protagonista legítimo na concretização impositiva da segunda dimensão de direitos humanos.

Num primeiro momento busca-se identificar as linhas demarcatórias dos direitos sociais, sob uma perspectiva histórica e tendo em vista o quadro atual de sua positivação constitucional.

Também será examinada com acuidade a hermenêutica constitucional em perspectiva com a doutrina dos princípios, confrontando-se algumas correntes positivistas e neopositivistas, com o objetivo de conferir a interpretação mais eficaz para a aplicação dos direitos sociais constitucionalmente previstos.

O método de pesquisa a ser empregado é o dedutivo, partindo-se dos conceitos gerais de direitos sociais, hermenêutica e judicialização de políticas públicas para chegar-se ao particular contexto do papel desempenhado pelo Poder Judiciário na concretização de políticas públicas de direitos sociais fundamentais. Utilizar-se-á a

técnica de pesquisa bibliográfica, examinando-se os apontamentos históricos e teóricos de cientistas e jusfilósofos nacionais e estrangeiros.

1. CONTEXTO HISTÓRICO DOS DIREITOS SOCIAIS

As permanentes transformações do cenário social impactam os direitos humanos, internacionalmente assegurados e os direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos, desencadeando sucessivos movimentos de expansão. Nesse sentido esclarecem Maria Rocasolano e Vladimir Oliveira:

No processo de reconhecimento dos direitos humanos também se estabelece uma ampliação progressiva do conteúdo dos direitos reconhecidos, o que vem a ser uma exigência diante da *dinamogenesis* de novos direitos, que são novos reclamos ou concretizações ou novas interpretações de direitos preexistentes. (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 109)

Os referidos autores prelecionam que os direitos humanos evoluíram a partir da aclamação das liberdades civis e dos direitos políticos, passando pelos direitos de igualdade ou prestacionais - compreendendo aqui os direitos sociais - até o surgimento dos direitos difusos ou de solidariedade, da mesma maneira que ocorre com os direitos fundamentais:

Ao percorrer estes três períodos é possível observar o nascimento das sucessivas *gerações* de direitos humanos, que evoluíram conforma a sociedade se transformava. São elas: (1) os direitos de *Primeira Geração*, que aclamavam as liberdades civis e os direitos políticos, e são também chamados “Direitos de Liberdade”, de autonomia ou de participação; (2) os direitos de *Segunda Geração*, denominados “Direitos de Igualdade” ou prestacionais, compreendendo os direitos sociais, econômicos e humanos, e que correspondem aos direitos difusos ou da solidariedade. (2010, p. 112)

Os direitos de primeira geração ou dimensão voltam-se à proteção das liberdades individuais, sobretudo impondo uma postura negativa do Estado frente ao direito de liberdade e seus consectários. Os direitos de primeira dimensão que são aqueles que se caracterizam por serem direitos do indivíduo oponíveis ao Estado e que prestigiam o homem enquanto indivíduo.¹ Dá-se primazia a proteção da dignidade da pessoa humana, que é o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

¹ Segundo Paulo Bonavides: “Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. (...)

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.” (BONAVIDES, Paulo, 2004, p. 564)

Ainda que inicialmente identificadas como resultado dos reclamos da classe burguesa frente às amarras impostas pelo totalitarismo, as declarações formais de direitos individuais foram propulsoras do reconhecimento da dignidade humana, conforme ilustra SILVEIRA e ROCASOLANO:

Finalmente, a partir das declarações de direitos do final do século XVIII e com o auxílio da férrea ferramenta do direito, abre-se caminho para uma dinâmica e progressiva luta em favor da dignidade da pessoa frente ao poder estabelecido. (2010, p. 127)

Seguindo essa proposição, os êxitos do movimento liberal individualista não esgotaram a evolução dos direitos humanos, destacando-se, entre os marcos jurídicos precursores dos direitos sociais, a Constituição Francesa de 1791:

A declaração de direitos da Constituição de 1791 destaca-se por seu pioneirismo na identificação dos reclamos sociais, abrindo a porta – pode-se assim dizer – para a segunda geração dos direitos humanos, muito embora os direitos civis e políticos continuassem a preponderar. (SILVEIRA e ROCASOLANO, 2010, p. 140)

Ao passo que o liberalismo individualista não se sustentou isolado nas várias Declarações de Direitos que ampliaram a concepção de dignidade da pessoa humana no transcurso do século XVIII, as Constituições mexicana e alemã, de 1917 e 1919 respectivamente, consolidaram o surgimento do constitucionalismo social fundante da perspectiva prestacional positiva na relação verticalizada entre Estado e indivíduo.

É, contudo, no contexto da Revolução Industrial do século XIX, que a ampliação progressiva dos direitos humanos encontra, nas reivindicações trabalhistas e de assistência social que permeavam a tensão entre capital e trabalho, os anseios pelo direito à igualdade. No momento em que o Estado assumiu o papel de compatibilizar os interesses conflitantes, as demandas sociais transformaram-se em direitos.

Vera Maria Ribeiro Nogueira relaciona a gênese dos direitos sociais à Política de Bem-estar Social (*Welfare Policy*) criada na década de quarenta em meio à expansão da produção capitalista e os princípios da sociedade salarial:

As decorrências deste processo (*Welfare State*) se estendem para os estatutos e garantias jurídicas (universalização da cobertura da proteção social garantida como direito social – exigindo financiamentos com fundos públicos) e regulação econômica (um padrão de financiamento público da economia capitalista, tanto na produção como reprodução social, levando os conflitos originários do trabalho para o interior do Estado). A alteração de

princípios e valores surge a partir da inflexão no padrão de acumulação com o escopo de superar uma de suas crises cíclicas. (2001, p. 92)

O ser humano passa a ser projetado coletivamente, enquanto que ao Estado é incumbida a tarefa de minimizar as desigualdades sociais, sobretudo por meio da assistência material e da criação de oportunidades de acesso ao emprego, à renda, à saúde e à educação. Os direitos sociais passaram, gradativamente, a integrar as constituições de diversos países. Nesse sentido explica Carvalho que:

No âmbito europeu cabe citar a Constituição francesa de 1946, a italiana de 1948, e a Lei Fundamental da República da Alemanha de 1949. Mais recentemente, a Constituição portuguesa de 1976 e a espanhola de 1978. No continente americano, especialmente na América Latina, também se seguiu a elaboração de constituições com estatutos de direitos sociais, por exemplo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Constituição Política da Colômbia de 1991. (CARVALHO, 2006, p. 21)

Esclareça-se que, por óbvio, os direitos sociais não surgiram abruptamente no tempo e na história, cumprindo anotar desde logo que a consolidação de tais atributos é marcada por avanços e retrocessos na sociedade. Nesse contexto, a demarcação que se faz aqui considera as etapas mais relevantes da conformação constitucional da segunda dimensão de direitos fundamentais, sem deixar de reconhecer que tais direitos pautaram o contínuo desenvolvimento social, seja em forma de aspiração ideal ou de formalizações esparsas, ainda que não concretizados em sua plenitude até os dias atuais.

2. OS DIREITOS SOCIAIS POSITIVADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL

Os direitos sociais, também denominados direitos de segunda dimensão ou direitos positivos, pois demandam do ente estatal para sua concretização posturas positivas, ou seja, investimentos na criação e implantação de políticas públicas. José Afonso da Silva define os direitos sociais como:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. (2005, p. 286)

Referindo-se aos direitos sociais positivados na Constituição Federal, Celso Antonio Bandeira de Mello, sintetiza: “o tema da Justiça Social está contemplado, sobretudo, nos arts. 6º, 7º, 170 e 193 da Lei Maior” (2010, p. 31). E o mesmo autor aduz: “tais preceptivos são de máxima relevância; contudo há também outros versículos de grande significação”.

Pode-se assim afirmar que os direitos sociais estão profusamente assinalados na Constituição Federal, nos dispositivos que em alguma medida refletem pretensões de bem-estar social, a exemplo das normas atinentes à seguridade social, à comunicação social, à educação e desporto, à família, ao meio ambiente, à política urbana e agrária e ao trabalho.

No Capítulo II do Título II da Constituição Federal é que estão expressos nomeadamente os direitos sociais como categoria de direitos humanos fundamentais: “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.” No entanto, o art. 6º se limita a elencar quais são os direitos sociais, que apenas são aprofundados na “Ordem Social” constante do Título VIII do Texto Constitucional e no art. 7º ao 11º tão somente se dedica aos direitos dos trabalhadores.

O artigo 6º da Constituição Federal contempla os direitos humanos de segunda geração e a amplitude semântica dos termos que enumera, bem como a sua natureza programática, não desqualifica sua exigibilidade imediata, independentemente de qualquer condicionamento. Discorrendo sobre a textura aberta do Direito², Hebert L. A. Hart pontua:

A textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso. (2009, p. 175)

As normas que compõem o Texto Constitucional são dotadas de generalidade quando em comparação com as demais normas que compõem o

² Hart procura explicar o seu conceito de textura aberta do direito com a justificação de que: Nada pode eliminar essa dualidade ente um núcleo de certeza e uma penumbra de dúvida quando procuramos acomodar situações particulares ao âmbito das normas gerais. Isso confere a todas as normas uma margem de vagueza ou “textura aberta”, o que pode afetar tanto a norma de reconhecimento que especifica os critérios últimos usados parra a identificação do direito quanto uma lei específica. (HART, 2009, P. 158).

ordenamento jurídico. Daí falar-se em “abertura das normas constitucionais”. Nesse diapasão, escreve Samantha Ribeiro Meyer-Pflug:

As normas constitucionais são dotadas de um caráter aberto, amplo e genérico que lhes permite abarcar uma pluralidade de situações. Este caráter aberto das normas constitucionais é decorrência da própria essência da Constituição que é responsável pela fixação das diretrizes e princípios fundamentais do Estado, bem como em virtude de as normas constitucionais, na maioria das vezes, apresentarem-se como princípios ou normas programáticas. Essas últimas contêm disposições indicadoras de valores a serem respeitados e assegurados e fins sociais a serem alcançados. Sua finalidade não é outra senão a de estabelecer certos princípios e programas de ação. (2011, p. 4)

Esse signo de abertura dos princípios constitucionais amplia o protagonismo judicial na densificação dos direitos fundamentais, propiciando uma atuação criativa do Poder Judiciário diante da necessidade de concretização dos valores sagrados para a democracia.

As normas constitucionais têm, portanto, em sua essência, um caráter aberto, mormente aquelas de cunho programático que são indicadoras de fins e valores a serem concretizados, fazendo-se necessário, diante dessa imprecisão, compreender como o aplicador do direito deve guiar-se na exegese dos dispositivos relativos aos direitos sociais. Nesse sentido esclarece a referida autora:

Este caráter aberto das normas constitucionais é decorrência da própria essência da Constituição que é responsável pela fixação das diretrizes e princípios fundamentais do Estado, bem como em virtude de as normas constitucionais, na maioria das vezes, apresentarem-se como princípios ou normas programáticas. Essas últimas contêm disposições indicadoras de valores a serem respeitados e assegurados e fins sociais a serem alcançados. (MEYER-PFLUG, 2011, p. 75)

Nos itens seguintes serão estudados a existência dos chamados “conceitos vagos”, fluidos ou imprecisos nas regras concernentes aos direitos sociais não é impediente a que o Poder Judiciário lhes reconheça, *in concreto*, o âmbito significativo (BANDEIRA DE MELO, 2010, p. 57).

3. A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Comentando a Teoria da Ação Comunicativa de Jürgen Habermas, Paulo Nader (2011, p. 304) afirma que a linguagem participa da articulação do pensamento e o faz mediante proposições, que são as suas partes elementares, passíveis de verdade.

Com efeito, a linguagem tem o poder de direcionar o pensamento humano e atua decisivamente na criação da realidade (RIOS; RIOS, 2014, p. 36).

Joaquim José Gomes Canotilho, ao discorrer sobre a hermenêutica constitucional, remete à ideia dos símbolos linguísticos.³ (1993, p. 365)

Interpretar é remontar do signo à coisa significada, ou seja, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada (BOBBIO, 2006, p. 212).⁴ Em outras palavras, a interpretação é a atribuição de um significado a vários símbolos linguísticos, mediante a utilização de critérios (ou medidas) que, na conformidade da doutrina hermenêutica, se pretendem objetivos, transparentes e científicos (CANOTILHO, 1993, p. 376).⁵

O juspositivismo⁶ tem uma concepção formalista da ciência jurídica, visto que na interpretação dá absoluta prevalência às formas, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos e às deduções puramente lógicas que se possam fazer com base neles, com prejuízo da realidade social (BOBBIO, 2006, p. 221).

Para Cesare Beccaria, o juiz deve julgar adstrito ao método científico de dedução - silogismo - e qualquer raciocínio a mais gera incerteza e obscuridade (BECCARIA, 1997, p. 20)⁷. É de se atentar para as limitações impostas por tal perspectiva reducionista da atuação jurisdicional. A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. (KELSEN, 2009, p. 395).⁸

Além do mais, a ciência “neutra e superior” é moralmente cega e muda à fonte de recursos (SOUZA; DUTRA, 2011, p.14). Descartes afirma que a capacidade

³ Interpretar uma norma constitucional é atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos, normativo-constitucionalmente fundada. (CANOTILHO, 1993, p. 365)

⁴ Pois bem, interpretar significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada. (BOBBIO, 2006, p. 212)

⁵ A interpretação jurídico-constitucional reconduz-se, pois, à atribuição de um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na Constituição. Esta interpretação faz-se mediante a utilização de determinados critérios (ou medidas) que se pretendem objetivos, transparentes e científicos (teoria ou doutrina da hermenêutica). (CANOTILHO, 1993, p. 376)

⁶ O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. (BOBBIO, 2006, p. 135).

⁷ O juiz deve fazer um *silogismo* perfeito. A premissa *maior* deve ser a lei geral; a premissa *menor*, a ação conforme ou não a lei; a *consequência*, a liberdade ou a pena. Se o juiz for constrangido a fazer um raciocínio a mais, ou se o fizer por conta própria, tudo se torna incerto e obscuro. (BECCARIA, 1994, p. 20).

⁸ O preenchimento da chamada lacuna do Direito é uma função criadora do Direito que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo; e esta função não é realizada pela via da interpretação do Direito vigente. A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. (KELSEN, 2009, p. 395).

de bem julgar e de distinguir o verdadeiro do falso é naturalmente igual em todos os homens.⁹ (2007, p.37)

Criticando a ficção segundo a qual a interpretação da norma jurídica só pode levar a uma única conclusão “correta”, Hans Kelsen esclarece que em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente.¹⁰ (2009, p. 396)

O intérprete deve considerar o contexto social em constante mudança, situando o Direito em conformidade com a sua significação mais atual. Deste modo explica Miguel Reale:

No decorrer de poucos anos, as leis mudam de significado, indo muito além da intenção originária de seus autores, sem sofrerem a mínima mudança em seus elementos gráficos...como a norma já é um dado de referência pré-constituído, um “querer já manifestado genericamente” e posto por ato de autoridade, torna-se necessário interpreta-la à luz das circunstâncias histórico-sociais em que ela se situa, bem como verificar qual a sua significação real a partir de sua vigência. (REALE, 1999, p. 563)

Com efeito, a necessidade de uma interpretação dinâmica resulta justamente, na visão de Hans Kelsen:

[...] do fato de a norma ou o sistema de normas deixarem várias possibilidades em aberto, ou seja, não conterem ainda qualquer decisão sobre a questão de saber qual dos interesses em jogo e o de maior valor, mas deixarem ante esta decisão, a determinação da posição relativa dos interesses, a um ato de produção normativa que ainda vai ser posto – à sentença judicial, por exemplo (KELSEN, 2009, p. 392).

Ademais, a interpretação simplesmente cognoscitiva da ciência jurídica é incapaz de colmatar as lacunas do direito (KELSEN, 2009, p. 395).¹¹

Assim como o legislador, o julgador é um criador do Direito e nesta função é relativamente livre, ingressando a voluntariedade no processo de aplicação da lei. Na atividade cognoscitiva do órgão julgador o processo de criação pode valer-se, além do direito positivo, de outras normas de incidência: normas morais, normas de

⁹ Não é verossímil que todos se enganem nesse ponto: antes, isso mostra que a capacidade de bem julgar, e distinguir o verdadeiro do falso, que é propriamente o que se chama o bom senso ou a razão, é naturalmente igual em todos os homens. (DESCARTES, 2007, p. 37).

¹⁰ A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação “correta”. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal de segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, esse ideal somente é realizável aproximativamente. (KELSEN, 2009, p. 396).

¹¹ A interpretação simplesmente cognoscitiva da ciência jurídica também é, portanto, incapaz de colmatar as pretensas lacunas do Direito. O preenchimento da chamada lacuna do direito é uma função criadora que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo. (KELSEN, 2009, p. 395).

justiça, juízos de valores sociais que costumamos designar de bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. (KELSEN, 2009, p. 393).¹²

Temos que encontrar princípios de interpretação que possam ancorar a Constituição em uma realidade externa mais segura e determinada (TRIBE; DORF, 2007, p. 13).¹³ O juiz, ao aplicar as leis, deve fazer mais do que operar um processo automático de dedução. Não existe fórmula capaz de eliminar definitivamente a necessidade de escolhas judiciais, embora haja certas fórmulas que tentem esconder tal necessidade atrás de declarações de “intenção original” ou de “significado claro” do texto da norma (TRIBE, Laurence; DORF, Michael, 2007, p. 37).¹⁴

É de se atentar que uma justiça paralisada favorece a concentração do poder e gera a impossibilidade de se instaurar uma dialética em torno de conflitos sociais (FOUCAULT, 1997, p. 74).¹⁵ O jurista opera no mundo da ambigüidade, devido ao caráter geral da norma jurídica. Sua função não é automatizável porque consiste na absorção da incerteza (LOSANO, p. 371).¹⁶

O Direito é constituído por um conjunto de textos normativos que exprime a vontade do legislador e demanda, para a sua adequação às exigências das variadas circunstâncias histórico-sociais (BOBBIO, 2006, p. 213)¹⁷, uma *interpretação dinâmica* por parte da jurisprudência.

A interpretação é o caminho que leva à aplicação da lei, sendo imperioso que o intérprete decifre o texto e compreenda o seu conteúdo, o seu alcance e a sua

¹² Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, etc. (KELSEN, 2009, p. 393).

¹³ Temos que encontrar princípios de interpretação que possam ancorar a Constituição em uma realidade externa mais segura e determinada. E essa tarefa não é fácil. Um problema básico é que o texto deixa em si mesmo um espaço grande demais para o exercício da imaginação (TRIBE; DORFE, 2007, p. 13).

¹⁴ E a próxima lição é que não existe fórmula capaz de eliminar definitivamente a necessidade de escolhas judiciais, embora haja certas fórmulas que tentem esconder tal necessidade atrás de declarações de “intenção original” ou de “significado claro” do texto. (TRIBE; DORFE, 2007, p. 37).

¹⁵ A paralisia da justiça está ligada menos a um enfraquecimento que a uma distribuição mal regulada de poder, sua concentração em um certo número de pontos e aos conflitos e descontinuidades que daí resultam. (FOUCAULT, 1997, p. 74)

¹⁶ Se o jurista opera no mundo da ambigüidade devido ao caráter geral da norma jurídica, então sua função não é automatizável porque consiste “na absorção da incerteza” presente no sistema. (LOSANO, 2011, p. 371).

¹⁷ De um outro ponto de vista, fala-se em interpretação estática e de interpretação dinâmica, dependendo de a atividade do intérprete tender exclusivamente à reconstrução fiel do que pretendia significar o autor dos signos, objeto da interpretação, ou, vice-versa, tender ao enriquecimento do significado dos signos interpretados, para adequá-los às exigências das variadas circunstâncias histórico-sociais. (BOBBIO, 2006, p. 213)

finalidade (MEYER-PFLUG, 2011, p. 85). O intérprete deve considerar o contexto social em constante mudança, situando o direito em conformidade com a sua significação mais atual. Nesse sentido, explica Miguel Reale que:

No decorrer de poucos anos, as leis mudam de significado, indo muito além da intenção originária de seus autores, sem sofrerem a mínima mudança em seus elementos gráficos...como a norma já é um dado de referência pré-constituído, um “querer já manifestado genericamente” e posto por ato de autoridade, torna-se necessário interpreta-la à luz das circunstâncias histórico-sociais em que ela se situa, bem como verificar qual a sua significação real a partir de sua vigência. (REALE, 1999, p. 563)

Superado o dogma da completude do Direito (BOBBIO, 2011, p. 126),¹⁸ franqueia-se ao julgador a possibilidade de uma atuação criativa, sendo-lhe conferido um papel ativo diante de cláusulas abertas ou mesmo quando confrontado com a realidade dinâmica que escapa à normatização. A propósito, a lição Hebert L. A. Hart:

Ao interpretar as leis ou os precedentes, os juízes não têm à sua disposição somente as alternativas da escolha cega e arbitrária da dedução “mecânica” a partir de normas de significado predeterminado. Com muita frequência, sua escolha é guiada pelo pressuposto de que o objetivo das normas que estão interpretando é razoável, de modo que estas não se destinam a perpetrar a injustiça ou ofender princípios morais estabelecidos. A decisão judicial, especialmente em assuntos de grande importância constitucional, muitas vezes envolve uma escolha entre valores morais e não a simples aplicação de um único princípio moral importante, pois é loucura acreditar que, onde o significado da lei é duvidoso, a moral tenha sempre uma resposta clara a oferecer. (2009, p. 264)

Aliás, Robert Alexy equipara os princípios às regras, preconizando tratarem-se de categorias distintas de normas jurídicas:

[...] tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deonticas básicas do mandamento, da permissão e de proibição. Os princípios, tal como as regras, são razões para juízos concretos de deve-ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas. (1993, p. 83)

Na visão de Ronald Dworkin o julgador deve considerar que:

[...] os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão de peso ou importância. Assim, quando se entrecruzam (...), quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles. (1989, p. 77-78)

¹⁸ Caía como inútil e perigosa a resistência à adequação do direito às exigências sociais, o dogma da completude. Em seu lugar, passou a figurar a convicção de que o direito legislativo era lacunoso, e que as lacunas não podiam ser preenchidas mediante o próprio direito estabelecido, mas apenas por meio da redescoberta e da formulação do direito livre. (BOBBIO, 2011, p. 126).

Na lição de Canotilho (1993, p. 306), essa ponderação é um balanceamento de valores e interesses que o intérprete realiza diante de princípios aparentemente conflitantes.¹⁹ Nessa perspectiva, a interpretação dos princípios e regras constituem caminho necessário para a aplicabilidade das normas constitucionais,²⁰ de forma a orientar o intérprete na realização teleológica da Constituição.²¹No mesmo sentido, Daniel Sarmiento:

Os princípios constitucionais desempenham também um papel hermenêutico constitucional, configurando-se como genuínos vetores exegéticos para a compreensão e aplicação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais. Neste sentido, os princípios constitucionais representam o fio condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do intérprete em consonância com os valores e interesses por eles abrigados. (2000, p. 54)

Destarte, os princípios são vetores de concretização das normas contidas na Constituição, como leciona Samantha Ribeiro Meyer-Pflug:

O intérprete deve, portanto, adotar uma solução que confira à norma constitucional a máxima efetividade, é dizer, a sua plena operatividade e eficácia. Ressalte-se que este princípio é utilizado para a interpretação de todas as normas constitucionais, sendo de grande valia, principalmente, em face das normas programáticas e de direitos fundamentais. Trata-se, na verdade, de um reforço ao princípio da unidade da Constituição. Nesse sentido busca-se atribuir eficácia a todas as normas constitucionais, evitando-se assim a existência de “normas não jurídicas”. (MEYER-PFLUG, 2011, p. 80)

O intérprete deve conferir a maior eficácia à norma constitucional, assegurando assim a aplicabilidade das diretrizes preconizadas na Carta. (MEYER-PFLUG, 2011, p. 83) Contudo, não se pode ignorar o truísmo segundo o qual a existência e o reconhecimento por grande parte do grupo social não é suficiente para

¹⁹ Consequentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. (CANOTILHO, 1993, 306).

²⁰ A interpretação constitucional diz respeito tanto à interpretação do próprio Texto Constitucional, tendo em vista os seus princípios e regras, como à interpretação dos atos normativos infraconstitucionais em relação à Carta Magna, ou seja o controle de constitucionalidade das leis, Tem por objeto a própria constituição e por finalidade tornar aplicável o Texto Constitucional às realidades fáticas. (MEYER-PFLUG, 2011, p. 73).

²¹ A interpretação das normas constitucionais deve ater-se a esses elementos políticos e sociais, de maneira que a norma constitucional possa cumprir o seu papel dentro do ordenamento jurídico, sem distanciar-se da realidade social que visa regular. As aspirações políticas da Constituição devem orientar o intérprete durante a sua atividade, sob pena de invalidar o próprio Texto Constitucional. (MEYER-PFLUG, 2011, p. 77).

garantir a efetividade dos direitos. Com efeito, o caráter constitucional das normas que definem os direitos sociais não é suficiente para garantir, por si só, a concretização dos fins a que se destinam, sendo necessária a aplicação do que o filósofo inglês Herbert Lionel Adolphus Hart (2009, p. 125)²² denominou de “normas de julgamento”, uma categoria de normas secundárias que conferem poderes judiciais e um *status* especial às declarações judiciais sobre o não-cumprimento de obrigações, ou seja, normas adicionais que impõem aos juízes a responsabilidade de julgar.

4. A RESPONSABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Não há negar-se que a Constituição Federal de 1988 demonstrou uma grande preocupação com a garantia dos direitos sociais e ao enumerá-los expressamente em seu texto acabou por impor ao Poder Legislativo e Executivo a necessidade de formulação de políticas públicas para assegurá-los na prática. Explica Joaquim José Gomes Canotilho que: “são autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas.” (CANOTILHO, 1993 p. 474)

Em razão desse caráter social do texto constitucional é que se vislumbra o caráter dirigente de suas normas, como denominado por Joaquim José Gomes Canotilho (CANOTILHO, 1993 p. 474). No entanto, em virtude de os direitos sociais vincularem os demais poderes e necessitarem de verbas para serem implementados, tendo em vista a necessidade de se assegurar a força normativa da Constituição (GUERRERO, 1996), a Lei Fundamental alemã de 1949 optou por não disciplinar os direitos sociais, deixando sua regulamentação para as leis infraconstitucionais.

Todavia, nos países da América Latina, a maioria das Constituições assegura um amplo rol de direitos sociais e assim deve ser, pois é necessário conferir maior eficácia a esses direitos e evitar que a legislação infraconstitucional possa retirar a fruição desses direitos pelos cidadãos.

Os direitos sociais, direitos de segunda dimensão conferem ao indivíduo o direito a prestações estatais, ou seja, prestações positivas, como saúde, educação, trabalho, dentre outros. Contudo, na realidade observa-se que os Poderes Executivo e

²² A forma mínima de julgamento consiste nessas determinações, de modo que denominamos “normas de julgamento” as normas secundárias que outorgam o poder de formulá-las. (HART, 2009, p. 125).

Legislativo não conseguem implementar as políticas públicas necessárias para a efetivação desses direitos de maneira satisfatória. As razões que levam a esse insucesso são inúmeras, dentre as quais, destacam-se os objetivos eleitorais, a própria incapacidade técnica dos agentes e a escassez de recursos.

Não há negar-se uma sociedade que não pode contar com serviços públicos de qualidade e os indivíduos não possam fruir dos seus direitos sociais, não logrará exercer sua cidadania de forma plena.

Os direitos sociais são direitos de implementação progressiva, na medida em que dependem de recursos para tanto. Todavia, isso não significa de forma alguma que sejam desprovidas de efeitos jurídicos. Pelo contrário todas as normas constitucionais são dotadas de uma eficácia mínima (BASTOS, 2002, p.97). E os direitos sociais conformam todo o sistema normativo, impedindo que normas em sentido contrário sejam editadas. Em outras palavras, na medida em que proclama o Texto Constitucional ser a saúde e a educação, direito de todos e dever do Estado, resta impedida a privatização do sistema por leis ordinárias e assegurada a intervenção do Poder Judiciário, quando provocado para assegurar esses direitos. (SARMENTO, 2009, p. 373).

Os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988 são judicializáveis uma vez que conferem aos seus destinatários o direito subjetivo de exigir do Estado as prestações respectivas. Nesse contexto explica Celso Antonio Bandeira de Mello:

Todas as normas constitucionais concernentes à Justiça Social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos, inobstante tenham teores eficaciais distintos. Tais direitos são verdadeiros “direitos subjetivos”, na acepção mais comum da expressão. (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 56)

Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano afirmam que:

[...]para formular os direitos humanos devemos, antes de tudo, reconhecer os direitos subjetivos do indivíduo – que decorrem de sua condição de ser humano. (2010, p. 123)

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que as normas constitucionais que prescrevem os direitos sociais conferem, de imediato, ao administrado direito a:

[...] obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção preconizados por estas normas sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais protegidos por tais regras. (2010, p. 25)

Ingo Sarlet posiciona-se no mesmo sentido:

[...] mesmo a partir de normas de cunho programático, que, em princípio, reclamam uma *interpositivo legislatoris*, é possível deduzir-se, por vezes, um direito subjetivo individual. (2012, p. 300)

A Constituição Federal impõe ao Estado o dever de conferir efetividade aos direitos sociais. Nesse sentido cabe ao Poder Judiciário suprir as falhas dos outros poderes na implementação desses direitos, uma vez que esses se encontram expressamente positivados no Texto Constitucional. Nesta hipótese, o Poder Judiciário assume legitimamente o protagonismo na garantia da concretização dos direitos prestacionais.

Aliás, quando a fruição de direitos fundamentais é obstaculizada ou afetada negativamente, seja pela inação administrativa, pela ausência de políticas públicas ou por práticas nocivas à coletividade, a sociedade encontra no Poder Judiciário a sua salvaguarda.

A partir dessa necessidade de proteção dos fins essenciais do Texto Constitucional, que são aqueles que decorrem diretamente da dignidade da pessoa humana é que ganha destaque a proteção nas decisões judiciais do “mínimo existencial.” O mínimo existencial pode ser entendido como um complexo de situações materiais indispensáveis para a existência de uma vida digna em toda a sua amplitude, ou seja, em nos eu aspecto físico e intelectual necessários para o desenvolvimento do indivíduo.

Nesse contexto, busca-se harmonizar a proteção do mínimo existencial com as prioridades orçamentárias e a reserva do possível (SARMENTO,2009, p.383). A dignidade humana surge como um limite a atuação dos Poderes Públicos. O Supremo Tribunal Federal, inspirado na jurisprudência da Corte alemã, passa a aplicar a teoria do mínimo existencial a partir de 2005(Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental n. 45. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento 29/04/2004. Publicação DJ 04/05/2004 PP-00012. RTJ VOL-00200-01 PP-001910.

Na proteção dos direitos sociais, tendo em vista a ausência de políticas públicas eficazes e levando-se em consideração a positivação desses direitos, firmou o Supremo Tribunal Federal jurisprudência no sentido de que o Tribunal pode adentrar no mérito

das políticas em casos de abusividade governamental e em observância ao mínimo existencial. Tal posição foi firmada no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45.

Diante do desatendimento do plexo normativo e principiológico que orienta a concretização dos direitos sociais, emerge, portanto, o Poder Judiciário como garantidor da efetividade da Constituição Federal.

Cabe, entretanto, para delimitar os contornos da corresponsabilidade do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, fazer a distinção entre o que se denomina de um lado *judicialização da política* e de outro lado *ativismo judicial*. A judicialização, na visão de Luis Roberto Barroso pressupõe que:

[...] algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. (BARROSO, 2012, p. 24)

Para o referido autor, a judicialização da política caracteriza-se pelo deslocamento de questões sociais ou políticas para o âmbito de decisão do Poder Judiciário, enquanto que o ativismo judicial é um modo de interpretação proativa e expansiva, sobretudo no suprimento de omissões legislativas que configurem óbices para a fruição efetiva de direitos:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política...Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (2012, p. 25)

Nesse passo, é preciso reconhecer que interpretação constitucional, além de possuir um caráter jurídico, também detém, como afirma Samantha Ribeiro Meyer-Pflug:

[...] inegavelmente, um caráter político, em razão da própria matéria que o Texto Constitucional normatiza. Note-se que este consagra em seu corpo opções políticas da sociedade. Há uma série de princípios políticos, ou

melhor dizendo, de decisões políticas na Constituição. (MEYER-PFLUG, 2011, p. 76)

A propósito a lição de Ada Pellegrini Grinover:

[...] o Judiciário, como forma de expressão estatal, deve ser alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar em neutralização de sua atividade...o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal. (2008, p. 12)

Ao constitucionalizar os direitos sociais, o legislador transformou Política em Direito, pois a partir do instante em que uma prestação social é normatizada no Texto Constitucional, ela se transmuda em potencial pretensão jurídica que a ser apresentada em juízo (BARROSO, 2012, p. 24).²³

Verifica-se, nos tempos atuais, um processo de judicialização das mais diversas questões da vida em sociedade, reforçando o vínculo existente entre Política e Direito. Tal relação é mais evidente no Texto Constitucional, que além de ser uma norma jurídica, trata de matéria política, sendo, na definição de Canotilho, “o estatuto jurídico do político”. Tal fato pressupõe uma democracia mais judicializada, é dizer, que encontra no Poder Judiciário a sua força regulatória (MEYER-PFLUG; CAMPOS, 2013, p. 310).

Diferentemente, no ativismo judicial o intérprete exerce atividade criativa, age proativamente através de uma exegese expansiva que colima vácuos reguladores impeditivos da concretização de direitos, imiscuindo-se, desta forma, na esfera de competência do Poder Legislativo. Neste cenário, o princípio da separação dos poderes tem relevância para por em xeque essa espécie excepcional de exercício de jurisdição. Para Ronald Dworkin:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. (2007, p. 451)

Já Elival da Silva Ramos define o ativismo judicial nos seguintes termos:

²³ Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. (BARROSO, 2012, p. 24).

Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). (2010, p. 308)

É de se notar que no ativismo judicial o Poder Judiciário incursiona na esfera de competência do Executivo ou do Legislativo, situação em que o princípio da tripartição dos poderes passa a permear o tema.

Aliás, a lições de Montesquieu²⁴ e Rousseau²⁵ continuam a influenciar as discussões atuais no tocante à divisão estanque das funções estatais. Assinale-se, entretanto, que o princípio da separação dos poderes, no atual estágio da ciência, não tem o mesmo rigor inflexível de outrora, conforme leciona Paulo Bonavides:

O princípio perdeu, pois, autoridade, decaiu de vigor e prestígio. Vemo-lo presente na doutrina e nas Constituições, mas amparado com raro proselitismo, constituindo um desses pontos mortos do pensamento político, incompatíveis com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo, quando, erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda. (2005, p. 143)

Há que se considerar que a teoria da separação dos poderes não pode servir de barreira retórica impeditiva do controle jurisdicional em prol da efetivação dos direitos fundamentais em uma sociedade democrática, mormente diante do vácuo legislativo deixado pela inércia ou inapetência do legislador, tampouco diante de direitos positivados e, conseqüentemente, judicializáveis de pronto.

No Brasil, o conjunto de direitos sociais é matéria contemplada na Constituição Federal, sendo exigível judicialmente ante o desatendimento pelas esferas políticas originariamente competentes (Poder Executivo e Poder Legislativo), hipótese que se encaixa na ideia de judicialização da política a partir do modelo democrático de controle de constitucionalidade instituído no Brasil.

Destarte, se no atual modelo brasileiro de controle de constitucionalidade todos os direitos fundamentais são judicializáveis, conforme disposto no art. 5º, inc. XXXV

²⁴ Mas, se os tribunais não devem ser fixos, devem-no os julgamentos. A tal ponto que não sejam estes jamais senão um texto preciso da lei. Fossem eles a opinião particular dos Juizes, e viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os compromissos assumidos. (MONTESQUIEU, 2000, p. 170).

²⁵ Toda a ação livre tem duas causas que contribuem para produzi-la: uma moral, a vontade que determina o ato, e a outra física, o poder que a executa. Quando caminho em direção a um objeto, primeiro é preciso que eu queira ir; segundo, que meus pés levem-me até lá. Se um paraplégico quiser correr, se um homem ágil não o quiser, ambos não sairão do lugar. O corpo político tem os mesmos motivos, nele também se distinguem a força e a vontade: esta sob o nome de poder legislativo, aquela sob o nome de poder executivo. Nada se faz ou não deve ser feito sem a cooperação de ambos. (ROUSSEAU, p. 71).

da Constituição Federal -, a omissão de políticas necessárias à concretização dos direitos de segunda dimensão reclama a corresponsabilidade do Poder Judiciário.

Nessa linha de raciocínio, não cabe opor o princípio da separação dos poderes diante da judicialização de políticas públicas necessárias à concretização de direitos sociais, pois tal possibilidade conferida ao Poder Judiciário é inerente ao atual sistema de controle de constitucionalidade ante o plexo normativo e principiológico preexistente que baliza a atuação do órgão julgador.

A dificuldade imposta ao Estado e a sociedade pelo Texto Constitucional reside em conciliar o oferecimento de direitos sociais a todos os indivíduos e ao mesmo tempo assegurar um desenvolvimento econômico satisfatório, tendo em vista a escassez de recursos orçamentários.

De outra parte há que se considerar que numa sociedade de risco como a brasileira não se apresenta possível mais suportar o ônus da incerteza no que se refere às questões relacionadas à implementação de políticas públicas, urge a busca de soluções eficazes para garantir a efetividade dos direitos sociais. (WALD, 2012, p. 717)

Numa época em que se verifica um preocupante agravamento das funestas conseqüências para as gerações atuais e futuras, como decorrência de práticas econômicas que teimam em fixar-se no ideal exclusivo do lucro, desprezando os imperativos constitucionais, o Poder Judiciário é convocado a garantir a efetividade dos direitos sociais eventualmente estancados pela inexecução deliberada de políticas que se coadunem com a concretização dos ideais do bem-estar social.

Nesse diapasão sintetiza Carlos Alberto dos Rios Júnior: “deve-se determinar os grupos de pessoas que mais sofrem os efeitos da exclusão social e, assim, tomar medidas para que sejam inseridos na vida social e política da sociedade de que fazem parte”. (2013, p. 25)

CONCLUSÕES

Os direitos sociais nascem a partir do processo dinâmico de evolução do direito, havendo que admitir que a superação do modelo liberal individualista resta superado pelos contornos proeminentemente sociais do atual constitucionalismo.

Contudo, pretendendo-se que os direitos sociais fundamentais transcendam a linhas da retórica inerte, é de se reconhecer o emprego da hermenêutica

valorativa/principiológica por parte do aplicador do direito, ultrapassando-se o cientificismo insensível apregoado por parcela da corrente juspositivista.

No Brasil, os direitos sociais e os princípios orientadores de sua efetivação estão disponibilizados ao intérprete/aplicador do direito em forma de direitos sociais fundamentais cravados na Constituição Federal, constituindo matéria política judicializável.

O caráter aberto das normas programáticas não constitui óbice ao intérprete, ao contrário, possibilita uma atuação criativa entre as várias possibilidades de escolha que a imprecisão dos preceitos enunciativos de direitos sociais fundamentais possibilita.

O Poder Judiciário tem, nesse contexto, a corresponsabilidade pela concretização dos direitos sociais fundamentais expressamente conferidos a todos, mesmo que a via de realização de tais atributos sagrados implique na imposição de ações ou omissões ao Poder Legislativo ou Executivo, sem que se possa falar em decisionismos ou ativismo judicial, mas sim em expressão do exercício legítimo de controle jurisdicional de constitucionalidade em homenagem aos valores humanos de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Deve-se deixar claro que o papel desempenhado pelo Poder Judiciário reside em observar se as normas constitucionais relativas aos direitos sociais são efetivadas e, quando necessário, conclamar o Poder Executivo para que concretize as políticas públicas constitucionalmente previstas (SARMENTO, 2009, p. 387). A atuação do Poder Judiciário assume papel de especial relevância. Isto porque, na condição de intérpretes e aplicadores do Direito, cabe a eles a difícil tarefa de assegurar o máximo de efetividade às normas constitucionais. É de extrema relevância não se pode perder de vista que a realização do Estado Social e Democrático de Direito é uma tarefa constante e comum de todos os Poderes do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, p-23-32, 2012.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais. São Paulo: Malheiros, 2010.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Trad. Flório de Angelis. Bauru: EDIPRO, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: EDIPRO, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Versão *e-pub*. Coimbra: Almedina, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1989.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jéferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalhete. 15ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GUERRERO, Manuel Medina. **La vinculacion negativa del legislador a los derechos fundamentales**, Madrid: Estudios de Ciencias jurídicas, 1996.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MEYER-PFLUG, S. R. **A interpretação constitucional suas especificidades e seus intérpretes**. Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet, 5ª ed., v. 5, p. 72-95, 2011.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; CAMPOS, Cleiton. **A reforma do Poder Judiciário e o princípio da eficiência**. Revista de Direito Brasileiro, ano 3, vol. 6, set.- dez., 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. **Estado de Bem-estar Social – origens e desenvolvimento**. São Paulo: Katálaxis n° 5. jul.-dez., 2001.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIOS, Carlos Alberto dos; RIOS, Christian Robert dos. **Manual de polícia judiciária: doutrina e prática**. São Paulo: EDIPRO, 2014.

RIOS JÚNIOR, Carlos Alberto dos. **Direitos das minorias e limites jurídicos ao poder constituinte originário**. São Paulo: EDIPRO, 2013.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARMENTO, Daniel. “Reserva do possível e mínimo existencial”. *In: Comentários à Constituição Federal de 1988*. Coordenadores: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVEIRA, Vladmir de Oliveira; ROCASOLANO, Maria M. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, José Fernando Vidal; DUTRA, Tônia Andréa Horbatiuk. **Alteridade e ecocidadania: uma ética a partir do limite na interface entre Bauman e Lévinas**. Piracicaba: Cadernos de Direito, v. 11 (20): 7-22, jan.-jun. 2011.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

WALD, Arnoldo. “O controle de constitucionalidade das políticas públicas”. *In: Direito Constitucional Contemporâneo: homenagem ao Professor Michel Temer*. Organizadores: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. NEVES; Mariana Barboza Baeta. São Paulo: Quartier Latin, apoio FIESP, 2012.