

A POSSIBILIDADE DE EXIGIR A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PELA VIA JURISDICIONAL NO BRASIL

Brenda Cardoso Mendes
Vladinie de Jesus Vieira Leite¹

RESUMO

O presente Paper analisa a partir de pressupostos Constitucionais a exigibilidade dos direitos sociais, que são por sua vez geradores de obrigações concretas por parte do Estado, mostrando que na ausência desta garantia também pode-se fazer a exigência dos mesmos por via judicial. Nesse sentido, o artigo em tela sopesa o Princípio da Reserva do Possível, que dispõe dos limites da exigibilidade dos direitos sociais onde os determina e limita seus fornecimentos, averiguando a real capacidade do Estado para distribuição positiva e igualitária desses direitos à sociedade. Aborda-se também a eficácia imediata das normas de direito social, bem como a necessária análise dos direitos sociais como direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos Sociais. Direito Fundamentais. Reserva do Possível. Obrigação Judicial. Eficácia Imediata.

1 INTRODUÇÃO

A problematização da eficácia da exigibilidade judicial dos direitos sociais e das normas constitucionais ante a omissão legislativa é um dos temas mais relevantes da Teoria Constitucional atual e vem inquietando doutrina e jurisprudência. O art. 5º, § 1º, da Constituição Federal estabelece o princípio da máxima efetividade e aplicação imediata dos direitos fundamentais. Inobstante ausência de regulamentação, os direitos fundamentais sociais não podem ser negados pelo fato de não terem sido regulamentados infraconstitucionalmente. Diferentes facetas na aplicação do princípio da máxima efetividade e aplicação imediata dos direitos fundamentais.

O presente artigo fará uma abordagem sobre as garantias constitucionais da exigibilidade social dos direitos sociais, sobre também dos direitos sociais como direitos fundamentais e por ultimo sobre a eficácia imediata das normas de direito social Neste sentido buscar-se-á discorrer a respeito da concretização ou não desta garantia social e

¹ Autoras do artigo

buscar possíveis relações existentes entre os três poderes (Executivo, Legislativo, Judiciário), em especial com o Judiciário, verificando qual seu papel para a concretização deste direito, além de mostrar como este vem agindo para assegurar o direito social fundamental que todos devem ter. Assim será elaborada uma linha de argumentação a cerca do Poder Judiciário no campo da efetividade dos direitos sociais, em especial, como já fora citado.

A pesquisa apresentada caracteriza-se como exploratória e bibliográfica. Exploratória, pois apresenta afinidade com o tema, proporcionando uma melhor exposição das ideias, construção do problema e um melhor desenvolvimento dos conceitos, visando um entendimento mais amplo e preciso sobre a pesquisa. Bibliográfica, pois a pesquisa foi baseada em bases de dados de notícias, livros e notícias. (GIL, 2010).

2 DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CF/88.

Com a Constituição Federal de 1988, observou-se que os direitos sociais são formados pelo conjunto de necessidades individuais e que assim como os direitos fundamentais garantem condições para uma vida digna. No entanto esses direitos sociais não descaracterizam nem amenizam a responsabilidade de outros direitos para a garantia destes, mas eles devem ser usados para atuarem de forma conjunta, principalmente na esfera preventiva de atuação estatal.

Partindo como pressuposto o texto constitucional, verifica-se que uma das primeiras constatações é que o Poder Constituinte acabou por reconhecer os Direitos Sociais como um conjunto abrangente de direitos fundamentais.

Sobre o tema o renomado Sarlet dispõe que:

O Poder Constituinte de 1988 acabou por reconhecer, sob o rótulo de direitos sociais, um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais), o que, sem que se deixe de admitir a existência de diversos problemas ligados a uma precária técnica legislativa e sofrível sistematização (que, de resto, não constituem uma particularidade do texto constitucional, considerando o universo legislativo brasileiro) acaba por gerar consequências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais. (SARLET, 2011, P.6)

Com isso observa-se que o conflito existente sobre os direitos sociais serem ou não considerados direitos fundamentais torna-se desnecessário, uma vez que os direitos fundamentais tem como características o fato de serem imediatos e imprescindíveis, características estas que devem ser aplicadas a todo texto constitucional, uma vez que ele é a Lei Maior do nosso Ordenamento Jurídico. Ainda segundo Sarlet:

Em síntese, firma-se aqui posição em torno da tese de que – pelo menos no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional – todos os direitos, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais), estejam localizados em outras partes do texto constitucional ou nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil, são direitos fundamentais. (SARLET, 2011, P.6)

3 NORMAS DE DIREITOS SOCIAIS COMO FONTE DE OBRIGAÇÕES CONCRETAS AO ESTADO, INCLUSIVE EXIGÍVEIS JURIDICAMENTE.

A discussão acerca da exigibilidade social dos direitos sociais não é marcada por uma voz unívoca e pacífica. Há que se destacar que parte da doutrina, em especial aquela mais ligada aos clássicos direitos de liberdade e a um conceito de Estado mínimo levanta alguns argumentos contrários à judicialização destes novos direitos, como a inadequação da estrutura e da posição do Poder Judiciário para exigir o cumprimento de obrigações que importem em gastos do erário público; ou então a desigualdade que geraria o êxito de algumas ações individuais em que se faça exigível um direito, frente a situação de descumprimento de todos os demais casos idênticos e não pleiteados judicialmente.

Contudo, não resta dúvida que a adoção de normas constitucionais ou de tratados internacionais que consagram direitos econômicos, sociais e culturais gera obrigações concretas ao Estado, inclusive exigíveis judicialmente, não podendo o Estado justificar o seu descumprimento alegando que não teve intenções de assumir uma obrigação jurídica, senão simplesmente de realizar uma declaração de boas intenções políticas (ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, 2011).

Ademais, entendendo-se o Judiciário como poder comprometido com os ideais constitucionais do Estado, em se constatando a inércia dos poderes públicos na realização de políticas e ações sociais determinadas constitucionalmente, “a via judiciária se apresenta como a via possível para a realização de direitos que estão previstos nas leis e na Constituição” (STRECK, 2011. p. 53). Tanto é assim, verbaliza Pasold (2003), que:

[...] não há sentido na criação e na existência continuada do Estado, senão na condição – inarredável – de instrumento em favor do Bem Comum ou Interesse Coletivo. Deve haver, por parte desta criatura da Sociedade, um compromisso com a sua criadora, sob pena de perda de substância e de razão de ser do ato criativo.

Assim, entende-se que a celeuma acerca da possibilidade de se exigir judicialmente a concretização de direitos sociais resta superada pela discussão de como fazê-lo. O principal desafio da atuação jurisdicional nas questões sociais reside justamente na possibilidade de o Poder Judiciário inovar no mundo jurídico sem atravessar ilegitimamente as fronteiras dos demais poderes. Isso porque, via de regra, embates sociais chegam ao judiciário por inércia legislativa ou executiva. A ausência de legislação específica sobre matérias de interesse popular e falta de políticas públicas voltadas para a área social. (STAFFEN, Márcio Ricardo; LANGER; Octaviano, 2011).

A exigibilidade que ocorre perante um Tribunal é a denominada exigibilidade judicial dos direitos sociais, a qual se constitui como sendo a possibilidade dos titulares de direitos que tiveram ou considerarem ameaçados ou violados seus direitos demandarem ações judiciais para exigirem remédios legais ou reparação da violação produzida, por exemplo.

3.1 Limites: Reserva do possível.

Sobre os limites da exigibilidade surge, ainda, a teoria da “reserva do possível”, onde o Judiciário determina que o fornecimento do direito social esteja diretamente relacionado à real capacidade do Estado em conceder o direito, interferindo mais um vez em poderes que não são de sua competência. Tal intervenção consiste na possibilidade do Poder Judiciário se envolver em matérias administrativas. Sua atuação baseia-se em verificar as políticas públicas empregadas ou que deveriam ser empregadas e não são, dando a elas contornos constitucionais e visando a efetivação dos direitos fundamentais. A utilização da teoria da “reserva do possível” deve se limitar somente às situações onde se demonstre a real insuficiência de recursos por parte do ente envolvido. (RAMOS, 2010)

A reserva do possível tem sido objeto de estudos também na doutrina brasileira. Ingo Wolfgang Sarlet (2011), trabalha com dimensão tríplice da reserva do possível: 1. efetiva existência de recursos para efetivação dos direitos fundamentais; 2. disponibilidade jurídica de dispor desses recursos, em razão da distribuição de receitas e competências, federativas, orçamentárias, tributárias, administrativas e legislativas; e 3. razoabilidade daquilo que está sendo pedido. Para esse autor, a reserva do possível não impede o poder Judiciário de “zelar pela efetivação dos direitos sociais” mas deve fazê-lo com cautela e responsabilidade, consciente do problema da escassez de recursos. Oportuno lembrar que o fato de os direitos

sociais exigirem recursos para serem efetivados não faz deles direitos que não devam ser levados a sério.

4 EFICÁCIA IMEDIATA DAS NORMAS DE DIREITO SOCIAL

A efetividade das normas depende, em primeiro lugar, da sua eficácia jurídica, da aptidão formal para incidir e reger as situações da vida, operando os efeitos que lhe são inerentes. Não se trata apenas da vigência da regra, mas também, e, sobretudo, da "capacidade de o relato de uma norma dar-lhe condições de atuação" (WELSCH, 2007, p [?]), O art. 5º, § 1º da Constituição de 1988 dispõe: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Ingo Wolfgang Sarlet classifica as Normas de Direitos Fundamentais, quanto à sua eficácia jurídica e aplicabilidade, em Normas de Eficácia Plena, Contida e Limitada. As normas de eficácia plena seriam aquelas diretamente aplicáveis e que desde logo estão aptas para gerar a plenitude de seus efeitos, por possuírem alta densidade normativa. As normas de eficácia limitada possuem aplicação mediata ou indireta e dependem de regulamentação para gerar os principais efeitos, por possuírem baixa densidade normativa. As normas de eficácia contida, por sua vez, são aquelas diretamente aplicáveis, de eficácia plena, mas sujeitas à restrição dos efeitos por lei. A virtude dessa classificação está no fato de partir da ideia de que todas as normas têm eficácia jurídica.

A luz do significado outorgado ao art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição. (SARLET, 2011).

Vários doutrinadores defendem que a máxima eficácia/aplicabilidade das normas constitucionais definidoras de direitos sociais encontra pelo menos dois limites: além da necessidade da *interpositio legislatoris*, de reservas financeiras quase sempre indisponíveis. Nesse sentido, dentre outros, Bucci (2006, p. 29); Krell (2002, p. 22). Todavia, quanto ao **mínimo existencial, como direitos sociais básicos ligados à sobrevivência digna do indivíduo, a este deve ser conferido tratamento diferenciado, adotando-se certos temperamentos** (COSTA, 2011). (Grifos no original).

Assim, o Estado deve pautar-se no princípio da máxima efetividade e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, visando à concretização da vontade do

constituinte, realizando no seio social os direitos fundamentais sociais, para um desenvolvimento pleno da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal).

Importante ressaltar que todas as normas constitucionais podem ter sua aplicação reduzida, de acordo com o caso concreto. É o que ocorre na colisão entre direitos fundamentais, devido ao fato de os direitos fundamentais não terem caráter absoluto, independentemente de sua classificação em normas de eficácia plena, contida ou limitada.

Desta feita, cabe ao operador do direito, aplicar o princípio da máxima efetividade e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e zelar pela máxima efetivação dos preceitos constitucionais, em especial dos direitos fundamentais sociais, eis que neles estão consubstanciadas as prestações essenciais, como saúde, educação e assistência social, a serem fornecidas pelo Estado, a fim de que o cidadão tenha uma existência mais digna.

4.1 Casos, jurisprudência e decisões judiciais sobre a exigibilidade do direito social no Brasil.

Sobre a exigibilidade em ir a juízo atrás de seus direitos tem uma ação civil pública que diz sobre o direito a saúde. A ação civil pública reitera-se, é instrumento de tutela coletiva, regulado pelo microsistema normativo de processo coletivo brasileiro, composto, em especial, pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7347/85) e pelo CDC- Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.090/90). Possui peculiaridades procedimentais, incompatíveis com a tutela individual, daí a impropriedade de sua aplicação indistintamente. Diversos são os exemplos nesse sentido, como demonstra a ementa abaixo transcrita, extraída de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Obrigação de fazer – Implantação por parte do Município e do Estado de programa de atendimento à criança e ao adolescente portador de “diabetes mellitus” e ao fornecimento de medicamentos e materiais necessários ao controle da doença – Carência da ação – Ilegitimidade passiva “ad causam” – Inocorrência – Competência administrativa concorrente da União, do Estado e do Município para cuidar da saúde pública – Inteligência dos artigos 23, II, e 198, I, da Constituição Federal e 4º e 9º da Lei n. 8.080/90 – Preliminar rejeitada. (Apelação n. 513.556-5/0 – Bauru – 1ª Câmara de Direito Público – Relator: Renato Nalini – 19.12.06 – V.U. – Voto n. 12.482). Neste mesmo sentido, é a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, na Apelação Cível n. 20050110677067APC, da qual foi relator o eminente Desembargador Flavio Rostirola.

O direito à saúde é direito social, qualificado na ordem internacional como direito de 2ª geração, caracterizando-se pela necessidade de uma atuação positiva e programática do

Estado. Não obstante, está intimamente ligado ao direito à vida, que consubstancia norma de aplicabilidade imediata.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no Agravo Regimental nº 639337 da relatoria do Ministro Celso De Mello, julgado em 23/08/2011, assegurou que a educação infantil é obrigação do Estado e esse deve respeitar tais direitos:

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).[...] Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal (STF).

Dessa forma, entendeu a Suprema Corte legitimamente constitucional a intervenção do Poder Judiciário em casos de omissão do Estado no que se refere à implementação das políticas públicas decorrentes do texto constitucional:

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional (STF).

No voto apresentado pelo Ministro Celso de Melo, é importante destacar que o STF assegura que o Princípio da Reserva do Possível não deve ser alegado nos casos em que se requer acesso à educação, em especial a infantil, sob pena de infringir-se o mínimo existencial garantidor da dignidade da pessoa humana e o pleno exercício dos direitos sociais.

5 CONCLUSÃO

Pelo estudo constatou-se que os Direitos Sociais possuem a mesma exigibilidade que os Direitos Fundamentais, uma vez que aqui considerou-se que como a Constituição è a Lei Maior do nosso Ordenamento Jurídico, todos os direitos previstos nela devem possuir aplicabilidade direta e plena eficácia.

Quanto a exigibilidade desses direitos, ela pode ser feita diante do Tribunal, onde recebe o nome de exigibilidade dos direitos sociais, sendo constituída pela possibilidade de conseguir em juízo a máxima efetivação do direito violado. Assim, observa-se que a positivação desses direitos no texto constitucional torna o Estado devedor de uma série de prestações, que justamente por estarem inseridas no ordenamento jurídico, tornam-se judicialmente exigíveis. E, neste sentido, há que se reconhecer que o Poder Judiciário não pode manter-se inerte, ou mesmo afastado das questões sociais.

Partindo do pressuposto que os direitos sociais por serem normas constitucionais já geram efeitos jurídicos, mas que no entanto precisam de programas governamentais para que haja sua real efetivação, torna-se notório que a ineficácia na aplicação desses direitos não se deve a falta de leis ordinárias, a deficiência é encontrada nas falhas de prestação efetiva dos serviços sociais.

Aqui surge o Princípio da Reserva do Possível, que indica a limitação de recursos públicos para fins de garantias sociais; diz-se da escassez de recursos orçamentários; este princípio tem sido objeto de estudo inclusive do renomado Ingo Wolfgang Sarlet que trabalha com uma visão tríplice da Reserva do Possível, visão que leva em consideração efetiva existência de recursos para efetivação dos direitos fundamentais; a disponibilidade jurídica de dispor desses recursos, em razão da distribuição de receitas e competências, federativas, orçamentárias, tributárias, administrativas e legislativas; além da razoabilidade daquilo que está sendo pedido.

Sobre a eficácia imediata das normas de direito social, observou-se que é de reponsabilidade do poder publico a tarefa de extrair dessas normas a sua máxima efetividade, para que a partir então passa-se garantir e sobretudo respeitar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e do Mínimo existencial.

Por ultimo, para a garantia desses mesmos princípios, o STF com o voto do Ministro Celso de Melo entende não ser admissível a aplicação do Princípio da Reserva do Possível em alegações que requeiram sobretudo o acesso a educação em especial a infantil.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. p. 20. Revista de Estudos Jurídicos, a. 15, n. 22, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Agravo em Recurso Extraordinário nº 639337. Recorrente: Município de São Paulo. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro CELSO DE MELLO São Paulo/SP, 23 de agosto de 2011. **STF**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>> Acesso em: 08 de maio 2015 .

GIL, A. C. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010
KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (Des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. [S.l.]: Fabrins, 2002.

RAMOS, Diego da Silva. **Intervenção do Poder Judiciário nas Políticas Públicas e Teoria da Reserva do Possível**. Artigonal. Disponível em: < <http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/intervencao-do-poder-judiciario-nas-politicas-publicas-e-teoria-da-reserva-do-possivel-3004805.html>> Acesso em: 16 de mar. 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 3 ed. Florianópolis: OAB/SC Editora co-edição Editora Diploma Legal, 2003. p. 47.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p. 53. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STAFFEN, Márcio Ricardo; LANGER; Octaviano. **Revista de Estudos Jurídicos unesp**. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/262/524>>. Acesso em: 20 de abril de 2015.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **A eficácia jurídica e social - efetividade - das normas de direitos fundamentais**. Disponível em:<<http://www.amdjus.com.br/doutrina/constitucional/3.htm> >acesso em: 09 de mai. 2015

_____. **Constituição comentada**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>> Acessado em: 20 abril. 2015

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 abril. 2015.