

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO

Rubens Alves Pimenta Junior*

Helen Correa Solis Neves**

Sumário: 1 Introdução; 2 Direitos Fundamentais: positivação, conceito e eficácia dos direitos sociais no cenário jurídico brasileiro; 3 Funções institucionais dos Poderes da União: mecanismos que asseguram a independência e harmonia constitucional na dificultosa tarefa de prover os direitos sociais; 4 O Poder Judiciário e a constitucionalidade de sua intervenção na efetivação das políticas públicas sob a ótica da cláusula da reserva do possível; 5 Conclusão.

Resumo: Ao Estado, por meio dos seus órgãos de gestão e execução, incumbe-lhe a promoção dos grupos economicamente desprovidos, buscando suprir as desigualdades sociais por meio dos serviços públicos que viabilizem a efetivação dos direitos fundamentais sociais postulados na Constituição Federal de 1988. Infelizmente, no quadro do atual Estado Democrático de Direito, percebemos que os direitos sociais não são prestados ou se são, o são de forma insuficiente, o que por vezes, causam lesões irreversíveis aos usuários que carecem dos serviços públicos para sua promoção e sobrevivência digna, necessitando, desta forma, da intervenção do Poder Judiciário para restaurar a supremacia e a harmonia das normas constitucionais violadas.

Palavras-chave: Direitos Sociais. Eficácia. Poder Judiciário.

* Graduando do 10º período de Direito do Centro Universitário do Triângulo. Email: rubensalvespimentajr@hotmail.com

** Mestre em Direito e Docente do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. Email: helensolis@gmail.com

1 Introdução

O traço marcante caracterizador de um Estado Democrático de Direito, atualmente, é a preocupação em assegurar e garantir os direitos da pessoa humana.

O Estado Democrático de Direito deve buscar incessantemente assegurar e se desenvolver no sentido que não viole os direitos fundamentais que resguardam a dignidade da pessoa humana, princípio este reconhecido no ordenamento jurídico internacional que, por si só, consegue movimentar todas as forças estatais para que o assegurem.

Sabedores que o Brasil é uma República Democrática, regido por uma Constituição de fortes contornos, tanto nosso ordenamento jurídico gerido através do Poder Judiciário com suas peculiaridades, tanto o Poder Executivo e Legislativo nas suas atividades executivas e legislativas, devem adotar e observar os princípios dispostos na Carta Magna promulgada em 1988, que traz em si, amplo conteúdo social assegurador que os princípios da dignidade humana, do mínimo existencial dentre tantos outros, não sejam mitigados no desenvolvimento das respectivas funções institucionais.

Porém, pela crescente e massiva população carecedora de promoção social, o Estado vem enfrentando dificuldades financeiras de promover e assegurar de forma qualitativa e quantitativa a prestabilidade dos direitos sociais dispostos na Constituição Federal de 1988, o que, por vezes, se choca e lesiona os princípios da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.

Seja pela inexistência de recursos ou programas para a prestação dos direitos ou mesmo pela negativa do agente incumbido de prestá-lo, resta ao indivíduo juridicamente protegido pela norma requerê-lo judicialmente, utilizando-se das ações judiciais perante o Poder Judiciário, órgão incumbido de guarda e aplicação das normas existentes no ordenamento jurídico pátrio, que determinará, segundo análise de cada caso em concreto, a necessidade e urgência para prestabilidade forçada do direito negado pelo Estado.

Busca-se com a presente pesquisa verificar a constitucionalidade do ato do Poder Judiciário ao conceder tutela normativa que obrigue o Estado a efetivar os direitos fundamentais sociais, doutrinariamente designados como de segunda geração, e as implicações decorrentes desta função atípica não prevista na Constituição Federal de 1988.

Neste liame de raciocínio, demonstrará a historicidade, finalidade dos direitos fundamentais sociais bem como a forma constitucionalmente prevista para sua concretização, demonstrando as regras de competência previstas no texto constitucional e discutindo a razoabilidade da intervenção do Poder Judiciário na efetivação das competências atribuídas aos órgãos do Poder Legislativo e Executivo. Pretende, ainda, discorrer sobre a validade e a insegurança jurídica que tais ingerências podem acarretar ao ordenamento jurídico brasileiro.

O estudo sobre o tema foi idealizado na seguinte forma: a) - pesquisa sobre o tema do trabalho buscando a definição de conceitos e posições jurídicas e doutrinárias através de um referencial bibliográfico teórico; b) - análise sob o ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro utilizando legislações e posicionamento do principal Tribunal jurisdicional, bem como coleta de posicionamento antagônico sobre o tema na doutrina jurídica brasileira; c) - verificação de jurisprudências, artigos científicos dentre outros materiais que possibilitem maior esclarecimento e enriquecimento ao tema proposto.

Diante de todo o exposto, quais os limites que asseguram a prestabilidade dos Direitos Fundamentais de segunda geração e o que justifica a atuação do Poder Judiciário em áreas reservadas aos poderes Legislativo e Executivo?

2 Direitos Fundamentais: positivação, conceito e eficácia dos direitos sociais no cenário jurídico brasileiro

A Constituição Federal de 1988, promulgada pelo Constituinte Originário, cujo conceito é suficientemente explicado no próprio preâmbulo do texto Constitucional, traz em seu bojo, conteúdo normativo e principiológico do Estado Democrático de Direito, devendo ser encarada como lei fundamental e suprema a ser observada por todo o ordenamento jurídico pátrio, pelas esferas de governança bem como nas relações entre os particulares.

A atual Constituição, influenciada por uma longa tradição positivista, é classificada pela doutrina como sendo rígida, prolixa, escrita, democrática e dogmática, refletindo um anseio da época passada e, atual, de se criar um verdadeiro Estado Social com farta quantidade de obrigações a serem prestadas pelo Estado, em tese, passíveis de serem exigidas de forma extraordinária caso não sejam efetivadas pela previsão ordinária.

Analisando os Direitos Fundamentais através da linha de raciocínio ferrajoliana, temos a definição destes direitos pelo ilustre jurista italiano Ferrajoli (2011, p. 9):

são “direitos fundamentais” todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados de *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por “direito subjetivo” qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica, e por *status* a condição de um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício.

Complementando a definição transcrita, Ferrajoli (2011, p. 11) explica que:

esse caráter “formal” da nossa definição não impede que ela seja suficiente para identificar, nos direitos fundamentais, a base da igualdade jurídica. Graças a isso, de fato, a universalidade expressa pela quantificação universal dos (tipos de) sujeitos que de tais direitos são titulares vem a se configurar como um dos seus corolários estruturais, que, como veremos, comporta o caráter inalienável e indisponível dos interesses substanciais nos quais esses direitos consistem. Em verdade, na experiência histórica do constitucionalismo, tais interesses coincidem com as liberdades e com as outras necessidades de cuja garantia, conquistada a preço de lutas e revoluções, depende a vida, a sobrevivência, a igualdade e a dignidade dos seres humanos. Mas essa garantia se realiza precisamente através da forma universal que provém da sua estipulação como direitos fundamentais em normas constitucionais supra ordenadas a qualquer poder decisório: se são normativamente de “todos” (os membros de uma dada classe de sujeitos), eles não são alienáveis ou negociáveis, mas correspondem, por assim dizer, à prerrogativa não contingente e inalterável dos seus titulares e a outros tantos limites e vínculos insuperáveis a todos os poderes, sejam públicos ou privados.

Em que pese a clareza e irrefutável inteligência com que expõem o conceito dos Direitos Fundamentais, há que se demonstrar alguns pontos nesta classificação que nos remete a uma análise ainda mais profunda do tema em comento.

Segundo Lorenzetti (2011, p. 100), a elaboração dogmática, embora valiosa, apresenta alguns problemas identificáveis:

a) – o vocábulo “cidadãos” pressupõe cidadania, excluindo aqueles que não a possuem, o que importa numa exclusão conflitiva dos imigrantes e excluídos. Não pode ser sustentado que os direitos humanos só existem para quem é cidadão de determinado país, que gozam de um *status* diferente; b) – se as pessoas forem mencionadas, naturalmente se excluem os animais e os bens coletivos, o que também é questionado; c) – a definição se estrutura em relação aos titulares, excluindo toda a referência às fontes, ao conteúdo, e a sua relação com os obrigados, o que a priva de toda utilidade prática; d) – a relação unilateral entre os direitos e

seus titulares pode levar a um final do tipo lógico, bastante incompreensível. Por exemplo: o direito ao sufrágio atribuído exclusivamente aos proprietários de bens de raiz, na medida em que são os únicos considerados como cidadãos em sentido pleno, deveria ser considerado um perfeito “direito fundamental”, por se tratar de um direito associado a uma definição de *status*, e não dependente da capacidade aquisitiva de um sujeito concreto. e) – tanto a existência quanto a classificação dependem da categoria utilizada. Ferrajoli parte de uma categoria geral – o caráter de humanidade –, que cede lugar aos direitos humanos, direitos baseados na cidadania, na capacidade de trabalho e na capacidade política. Mas se essa referência a categorias pode ser útil para ordenar o pensamento, não possui nenhuma estabilidade atemporal, como se pretende; f) – Ferrajoli sustenta uma separação conceitual entre direitos e garantias. Se essas últimas não existirem, haverá uma lacuna no ordenamento, que em consequência se deverá preencher. Concordamos com essa distinção, que, por outra parte, no direito argentino já foi adotado há vários anos, posto que os juízes preenchem as lacunas do ordenamento em matéria de garantias, como ocorre com o amparo ou o direito de réplica. g) – os direitos fundamentais se distinguem por seu caráter universal, já que se atribuem a classe de sujeitos, o mais genericamente possível. Isso os distingue dos direitos patrimoniais, que se referem a uma relação entre o titular e o bem específico não generalizável. Os primeiros são inalienáveis por sua pertinência ao gênero humano; em contrapartida, os segundos são transferíveis de acordo com a vontade do sujeito titular. Esta distinção tem ampla e antiga recepção no direito argentino.

É vasta a seara terminológica e a ambiguidade de consensos na esfera conceitual dos direitos fundamentais, o que nos remete analisar como são encarados, em âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, os direitos fundamentais. De forma clara e objetiva expõe Sarlet (2012, p. 31) que:

estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.

Complementando a conceituação, Bulos (2014, p. 401) defende que:

Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à *soberania popular*, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status* social. Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive.

Verifica-se, portanto, que os direitos fundamentais possuem um status de norma fundante de um ordenamento jurídico, revelando através das normas fundamentais o verdadeiro Estado de Direito, residindo seus fundamentos em limitações aos Poderes e no

modelo básico em que se apoia a sociedade e não apenas “fundado nas pessoas ou na humanidade” (LORENZETTI, 2011).

Analisando as disposições normativas previstas na Constituição Federal de 1988, verificamos que o texto normativo possui conteúdo extenso no que tange à positivação dos direitos fundamentais, classificando-os, doutrinariamente, segundo seu reconhecimento na ordem social brasileira, como direitos de primeira, segunda, terceira e, atualmente, fala-se na quarta dimensão dos direitos fundamentais, expressos e implícitos ao longo do texto constitucional, passíveis de identificação ao realizar a interpretação hermenêutica do texto.

Doutrinariamente, os Direitos Fundamentais são assim divididos pela doutrina:

Direitos fundamentais de primeira dimensão, aqueles que o Estado deve abster-se de praticar determinada conduta para que não viole um direito constitucional, ou seja, exige do ente estatal um comportamento negativo, não intervindo no universo do indivíduo, tutelando o clássico direito à *liberdade*. Ensina Lorenzetti (2011, p. 99) que:

as *obrigações de não fazer* referem-se aos direitos de defesa, de liberdade, que tentam por limites à atuação do sujeito passivo. São exemplos o direito à liberdade, à vida, à integridade física e à propriedade. Sua característica é negativa, são obrigações de não fazer em benefício da liberdade individual. A violação desses direitos dá lugar a ações preventivas, principalmente de tutela inibitória, frente à invasão da esfera alheia, bem como a ações indenizatórias em vista do dano causado.

Direitos fundamentais de segunda dimensão, o que será esmiuçado adiante, são aqueles que o Estado deve agir no sentido de buscar a igualdade entre os desiguais, correspondendo aos direitos das classes economicamente desfavorecidas, exigindo, portanto, um comportamento positivo do Estado. Lorenzetti (2011, p. 106) afirma:

as *obrigações de fazer* impõem obrigações ativas ao sujeito passivo. São características destas os denominados direitos econômico-sociais, como o direito ao trabalho e à moradia. [...] no caso das *obrigações de fazer em benefício do sujeito ativo*, trata-se de direitos de operatividade direta. Em virtude delas, o titular tem uma pretensão positiva, que sustenta uma ação processual. Existe uma ação positiva fática, já que, se for usada uma forma jurídica, tratar-se-á de uma obtenção da satisfação da pretensão. O decisivo é que, depois do resultado da ação, o direito esteja satisfeito. Por exemplo, o salário mínimo vital ou a existência de núcleos de estudos são pretensões positivas fáticas relacionadas com o direito ao salário e à educação, respectivamente.

Fundamentando o conceito dos direitos fundamentais de segunda dimensão, expõem Bulos (2014, p. 403):

a *segunda geração*, advinda logo após a Primeira Grande Guerra, compreende os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais visam assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma *prestação positiva*, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem. Aqui encontramos os direitos relacionados ao trabalho, ao seguro social, à subsistência digna do homem, ao amparo à doença e à velhice.

Direitos fundamentais de terceira dimensão ou “de novíssima dimensão” (BULOS, 2014), aqueles voltados à tutela dos direitos de toda coletividade, direito difuso e coletivo, que “importam para o sujeito passivo um complexo de condutas ativas e de abstenção. Tal é o caso do direito ao meio ambiente: sua violação pode gerar tanto a tutela inibitória, como, adicionalmente, a reparação de danos.” (LORENZETTI, 2011).

Fundamentando a conceituação da classificação dos direitos fundamentais, destaca-se o julgamento do Mandado de Segurança nº. 22.164/SP proferido pelo relator Ministro Celso de Mello que diz:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

Neste sentido, Canotilho (1993, p. 30), afirma que os direitos fundamentais cumprem o seguinte sentido:

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Por fim, discute-se o surgimento da quarta dimensão de direitos fundamentais ou os chamados *direito dos povos*, caracterizada por resguardar os direitos de acesso à tecnologia, informação, comunicação, dentre outros. Nas palavras de Bulos (2014, p. 404).

relativos à informática, *softwares*, biociências, eutanásia, alimentos transgênicos, sucessão dos filhos gerados por inseminação artificial, clonagens, dentro outros acontecimentos ligados à engenharia genética. Paulatinamente, o Judiciário brasileiro tem-se deparado com esses direitos, os quais são filhos do processo de globalização do Estado neoliberal.

Os direitos sociais, tidos como direitos fundamentais de segunda geração, dispostos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, foram introduzidos expressamente no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1934, “ao lado da clássica declaração de direitos e garantias individuais, inscreveu um título sobre a ordem econômica e social e outro sobre a família, a educação e a cultura, com normas quase todas programáticas” (SILVA, 2011), tendo grande inspiração na Constituição de *Weimar*¹, da Alemanha de 1919.

Como demonstra Queiroz (2006, p. 25):

Os direitos fundamentais sociais constituem obrigações de prestação *positivas* cuja satisfação consiste num *facere*, uma “ação positiva” a cargo dos poderes públicos. E, embora se possa constatar declarações de direitos com expressa referência aos direitos fundamentais sociais anteriores à II Guerra Mundial, será, todavia, nos anos 70 do século XX, que se colocará com maior acuidade a questão de saber quanto a esses direitos e prestações jusfundamentais se os mesmos possuem *status constitucional*.

O texto normativo de 1934 foi de suma importância, pois positivou os direitos sociais e os classificou como função institucional a ser cumprida, impondo, a partir de então, a atuação positiva do Estado, revelando-se importante avanço democrático com a conquista e reconhecimento dos direitos sociais, “assumindo o Estado o dever de oferecer prestações sociais aptas a equilibrar o princípio da isonomia entre as pessoas que estejam em situação adversa” (SOUZA, 2010).

¹ A Constituição Alemã de 1919, chamada de “Constituição de Weimar”, abriu as portas para o compromisso social, exigindo do Estado a efetivação das políticas públicas e da justiça social. Como afirma Araújo (2008, p. 153), “a Constituição Brasileira de 1934 foi inspirada na Constituição de Weimar e acresceu aos direitos fundamentais de natureza civil e política, os direitos de natureza socioeconômica.”

Segundo Paulo e Alexandrino (2012, p. 28):

A constituição de 1934 é apontada como um marco na transição de um regime de democracia liberal, de cunho individualista, para a chamada democracia social, preocupada em assegurar, não apenas uma igualdade formal, mas também a igualdade material entre os indivíduos (condições de existência compatíveis com a dignidade humana).

Porém, pelo seu curto tempo de vigência devido à revogação pelo Presidente Getúlio Vargas, em 1937, poucos foram seus resultados práticos na ordem social, produzindo seus efeitos e materialidade visíveis apenas com a promulgação da constituição atual.

Após longos períodos de governos militares e, posteriormente, com a redemocratização do Brasil, após diversas constituições, chegamos a atual Constituição em vigência, promulgada em 5 de outubro de 1988, cujo teor revela-se altamente democrático, razões estas que levam a doutrina a designá-la também por “Constituição Cidadã”, pois impõe ao Estado bem como aos entes de direito privado, o cumprimento de suas disposições constitucionais no sentido de priorizar a proteção e afetividade dos direitos fundamentais, principalmente os de segunda dimensão.

Consoante Silva (2013, p. 89):

É um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Bem examinada, a Constituição Federal, de 1988, constitui, hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral.

A título de esclarecimento, cabe mencionar a discussão na escolha do uso da expressão “dimensão” ou “geração” para classificar os direitos fundamentais sociais, considerando a relevante controvérsia doutrinária na utilização dos termos.

Para Lorenzetti (2011, p. 104),

A classificação dos direitos em função das gerações tem um sentido histórico, antes que normativo. Os primeiros direitos fundamentais referiam-se à liberdade, e foram consagrados a partir da Declaração dos Direitos do Homem – por isso são os da “primeira geração”. A segunda categoria de direitos reconhecia foi a dos denominados “direitos sociais”: direito ao trabalho, moradia digna, saúde. Foram incorporados através do constitucionalismo social, de meados do século XX. Os da terceira geração

são mais novos, tais como a qualidade de vida, meio ambiente, liberdade de informação, consumo, patrimônio histórico e cultural da humanidade, defesa do patrimônio genético da espécie humana.

Segundo menciona o renomado autor, “o problema mais importante das classificações dos direitos segundo a geração é sua escassa utilidade. Podemos estar de acordo com esses critérios, mas eles não servirão, necessariamente, para resolver um caso” (LORENZETTI, 2011).

Considerando o caráter histórico e o momento gradual que tais direitos foram positivados na ordem jurídica brasileira, eis a importância em classifica-los segundo as gerações ou dimensões a fim de estabelecer uma tipologia normativa bem como os efeitos que estes produzirão no ordenamento interno. Ensina Sarlet (2012, p. 47) que “o uso da expressão gerações pode ensejar a falsa substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo dimensões dos direitos fundamentais”.

Ao discorrer o presente estudo, o termo adotado para classificar o reconhecimento dos direitos fundamentais será “dimensão”, pois a acepção gramatical do termo compatibiliza-se com o perfeito reconhecimento histórico de cada direito e sua positivação no direito pátrio, do contrário, utilizar-se do termo “geração” induziria ao errôneo raciocínio de que tais direitos foram substituídos por outros com o evoluir dos tempos.

Os direitos sociais ou direitos de segunda dimensão, tais como saúde, educação, trabalho, previdência social, habitação, assistência social, entre outros, postulados na Carta Magna no capítulo II, especificamente, no artigo 6º, caput, e esparsos ao longo do texto constitucional, impõe ao Estado a obrigação de fazer, de prestar, de viabilizar os direitos às classes socioeconomicamente desprovidas de recursos para sua própria promoção e mesmo subsistência, cabendo aos agentes Estatais à função de efetivar tais direitos, buscando criar e aplicar as políticas e serviços públicos aos indivíduos que se encontram à beira de condições mínimas de existência, “mediante intervenções de retificação na ordem social a remover as mais profundas e perturbadoras injustiças sociais” (BONAVIDES, 2013).

Segundo Paulo e Alexandrino (2012, p. 98):

os direitos fundamentais de segunda dimensão – direitos sociais, culturais e econômicos – os direitos fundamentais passam a ter feição positiva, isto é, passaram

a exigir, também, a atuação comissiva do Estado, prestações estatais em favor do bem-estar do indivíduo.

Desta forma, fundamentam-se os direitos de segunda geração na busca para proporcionar condições dignas para existência e manutenção da dignidade da pessoa humana, constituindo segundo Souza (2010, p. 105) “basilar dever do Estado fornecer prestações sociais mínimas e necessárias, capazes de promover a melhoria da qualidade de vida das pessoas”, fundamento do Estado Democrático de Direito previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, pois, “não há para tanto outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributiva, sem a qual não haverá democracia nem liberdade.” (BONAVIDES, 2013, p. 343)

Como demonstra Radbruch (2010, p. 190):

o conceito de pessoa permanece um conceito de igualdade na medida em que se equiparam o poderoso e o impotente, o proprietário e o desprovido de bens, a frágil pessoa individual e a poderosíssima pessoa coletiva. [...] a igualdade jurídica, a mesma capacidade jurídica que forma a essência da pessoa, não é inerente aos homens e às associações humanas, mas lhes é atribuída posteriormente pelo ordenamento jurídico.

Verifica-se a importância da presença e atuação do Estado no sentido de produzir leis e de materializar direitos sociais pelos respectivos agentes públicos incumbidos constitucionalmente de efetivá-los, algo que para muitos indivíduos representa a permanência em vida com o mínimo de dignidade que deve ser assegurada ao ser humano, observando, segundo Lorenzetti (2011, p. 115), que:

As fórmulas fundamentais estão expressas com abstração, como mandados não condicionados, de tal modo que ninguém pode discordar delas. No entanto, no momento de sua aplicação, há uma série de normas que estabelecem complementos, para melhorar sua eficácia, exceções e regulamentações, para compatibilizá-los com outros direitos e bens públicos, que definitivamente estabelecem sua existência jurídica concreta.

Ao analisarmos as Constituições anteriores, verificamos que os direitos positivados encontravam-se locados ao final do texto constitucional, dando o legislador, primeiramente, atenção primordial às regras de organização do Estado e a estrutura dos Poderes. Analisando a

estrutura normativa da Constituição Federal de 1988, verificamos a inversão dos valores no sentido de prioridades a serem permanentemente buscados pelo Estado Democrático de Direito. Conforme afirma Barreto (2012, p. 58):

O tratamento da matéria logo no início da Constituição, rompendo com o modelo historicamente utilizado nas constituições brasileiras, foi um ato intencional do constituinte, como se ele quisesse mais uma vez sinalizar que a temática dos direitos estava sendo colocada em primeiro plano na nova ordem jurídica.

Realizando a leitura do catálogo dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, verifica-se que os mesmos encontram-se locados no título Dos Direitos e Garantias Fundamentais e, por uma interpretação puramente legalista do texto constitucional, entende-se que o legislador no momento de sua produção, pretendeu dar a estes, conteúdo valorativo atinente aos direitos fundamentais de primeira geração, podendo ser estendido àqueles, as características da exigibilidade e efetividade bem como as de imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, sendo certo que

a Constituição assumiu, na sua essência, a doutrina segundo a qual há de verificar-se a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente. Nem é preciso fundamentá-los em bases jusnaturalistas, como se esforça em fazê-lo, para compreender que eles constituem, em definitivo, os novos direitos fundamentais do homem, e, com toda razão, “se estima que, mais que uma categoria de direitos fundamentais, constituem um meio positivo para dar um conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades” e sua proclamação supõe uma autentica garantia para a democracia, ou seja: “para o efetivo desfrute das liberdades civis e políticas”. (SILVA, 2011, p. 185)

Os direitos sociais possuem normas cujo conteúdo revela uma exigibilidade imediata e outros que contém cunho programático, ou seja, normas que trazem em si a determinação ao Estado para elaboração de programas e serviços que viabilizem a prestabilidade dos direitos sociais. Verifica-se que tais normas traduzem comandos e não simplesmente conteúdo reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois, como nos ensina Barroso (2009, p. 82):

lembramos que não há, em uma Constituição, cláusula a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos.

Do texto constitucional de 1988, representativo do Estado Constitucional de Direito, deve se buscar a máxima efetividade das normas que nela estão inseridas, sob pena de violação aos princípios da máxima efetividade normativa constitucional. Prosseguindo a clareada explicação sobre o assunto, Barroso (2009, p. 83) menciona que:

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.

O Constituinte Originário se preocupou com a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais em vários momentos, o primeiro, fez constar no artigo 5º, §1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”, sendo que “não é, pois, só a garantia dos direitos políticos, mas de todos os direitos fundamentais: individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos” (SILVA, 2011).

Conforme afirma Silva (2011, p. 467),

essa declaração pura e simplesmente por si só não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-lo eficiente. Vimos a propósito o mandado de injunção. Acrescentemos que a ação de inconstitucionalidade por omissão é da mesma natureza. A iniciativa popular pode muito bem ser eficiente instituto de busca da integração das normas constitucionais dependentes de lei ordinária ou complementar, especialmente daquelas normas que traduzam direitos de interesse social. Sua existência por si só, contudo, estabelece uma ordem aos aplicadores da Constituição no sentido de que o princípio é o da eficácia plena e aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais: individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos, de tal sorte que só em situação de absoluta impossibilidade se há de decidir pela necessidade de normatividade ulterior de aplicação. Por isso, revela-se por seu alto sentido político, como eminente garantia política de defesa da eficácia jurídica e social da Constituição.

Pela exposição e fundamentação apresentada, os direitos sociais dispostos na Constituição Federal devem, ainda, serem considerados de forma não taxativa, mas sim cláusula aberta, passível de inclusão e classificação de outros direitos a serem tutelados pelo Estado Democrático, pois determina à Constituição Federal de 1988 que:

Artigo 5º, §2º: os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Para comprovar o vasto campo formal dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro e a razão para considerá-los como cláusula aberta, por meio do decreto nº. 678 de 06 de novembro de 1992, o Brasil aderiu a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, que dispõe em seu Capítulo III, “Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, especificamente no artigo 26, que trata do “Desenvolvimento progressivo”, o seguinte conteúdo:

Artigo 26: Os Estados - partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Diante de esmiuçado conteúdo normativo expresso, implícito e aberto dos direitos fundamentais sociais no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que os direitos sociais possuem segura eficácia formal, pois há disposições normativas suficientes que asseguram sua prestabilidade, cabendo obrigatoriamente, sua efetivação como função primordial do Estado, exigindo dos entes públicos o comportamento ativo no sentido de viabilizar o acesso aos direitos sociais àqueles que destes carecem, oportunizando, caso assim não ocorra, a intervenção do Poder Judiciário no sentido de dar cumprimento à norma violada a fim de que se possa cumprir a literalidade da norma.

3 Funções institucionais dos Poderes da União: mecanismos que asseguram a independência e harmonia constitucional na dificultosa tarefa de prover os direitos sociais

Antes de adentrar à exposição das competências específicas dos Poderes Executivo e Legislativo, órgãos que em conjunto, de forma direta e indiretamente, tornam-se responsáveis

pela efetivação das políticas e serviços públicos que assegurem à prestabilidade dos direitos sociais instituídos pelo constituinte originário, cabe destacar os fundamentos que asseguram o desenvolvimento harmônico e conjugado dos Poderes da União, que juntos asseguram a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Segundo o artigo 2º da Constituição Federal de 1988, “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, artigo este de tamanha importância “que possui o *status cláusula pétreae*, imune, portanto, a emendas, reformas ou revisões que tentem aboli-lo da lei Fundamental” (MENDES, 2014).

Em síntese, ao Poder Legislativo cabe à função de criar normas gerais e abstratas que regulam as peculiaridades do convívio humano. No caso em comento, compete ao Legislativo a edição de normas que viabilizem a regulamentação dos direitos sociais, observando a evolução e carência das necessidades humanas, afim de que possa reestruturar o sistema e acompanhar essa constante mutação da vida.

Quanto a vinculação do Poder Legislativo às normas definidoras dos Direitos Fundamentais, destaca-se a ilustre posição defendida por Mendes (2014, p. 245):

No âmbito do Poder Legislativo, não somente a atividade legiferante deve guardar coerência com o sistema de direitos fundamentais, como a vinculação aos direitos fundamentais pode assumir conteúdo positivo, tornando imperiosa a edição de normas que dêem regulamentação aos direitos fundamentais dependentes de concretização normativa. Um direito fundamental pode necessitar de normas infraconstitucionais que disciplinem o processo para a sua efetivação ou que definam a própria organização de que depende a sua efetividade (pense-se, v. g., no direito à ampla defesa). A inércia do legislador em satisfazer uma imposição de concretização do direito fundamental pode ensejar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou o mandado de injunção.

Ao Poder Executivo cabe à transformação do conteúdo normativo disposto em Lei e a contínua execução das normas e políticas públicas, a fim de aplicá-las em concreto buscando sua efetividade, sendo o órgão direto responsável pela aplicação, gerenciamento, melhorias e resultados advindos das normas abstratas produzidas pelo Poder Legislativo.

Neste sentido, ressalta Mendes (2014, p. 247):

A Administração Pública, evidentemente, também se vincula aos direitos fundamentais. A expressão *Administração* compreende não somente pessoas jurídicas de direito público, mas, igualmente, pessoas de direito privado que disponham de poderes públicos, de faculdades do *jus imperium*, ao tratar com o

particular. A não ser assim, estaria aberta a via oblíqua da ação administrativa por meio de sujeitos de direito privado como modo de ladear a vinculação do Executivo ao regime dos direitos fundamentais. A vinculação da Administração às normas de direitos fundamentais torna nulo os atos praticados com ofensa ao sistema de direitos. De outra parte, a Administração deve interpretar e aplicar as leis segundo os direitos fundamentais. A atividade discricionária da Administração não pode deixar de respeitar os limites que lhe acenam os direitos fundamentais. Em especial, os direitos fundamentais devem ser considerados na interpretação e aplicação, pelo administrador público, de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados.

Ao Poder Judiciário, cabe a função de defender, dirimir conflitos e aplicar o direito aos casos concretos oriundos da relação entre os indivíduos na sociedade, bem como a guarda e controle constitucional das normas produzidas pelo Poder Legislativo e os atos praticados pelo Poder Executivo no desempenho de suas funções.

Por fim, destaca Mendes (2014, p. 250) que:

A defesa dos direitos fundamentais é da essência da sua função. Os tribunais detêm a prerrogativa de controlar os atos dos demais Poderes, com o que definem o conteúdo dos direitos fundamentais proclamados pelo constituinte. A vinculação das cortes aos direitos fundamentais leva a doutrina a entender que estão elas no dever de conferir a tais direitos máxima efetividade possível. Sob um ângulo negativo, a vinculação do Judiciário gera o poder-dever de recusar aplicação a preceitos que não respeitem os direitos fundamentais.

Neste entendimento, cada Poder instituído pelo constituinte originário é responsável pela administração do Estado Democrático de Direito dentro de suas competências funcionais expressas na Carta Magna, de forma a equilibrar e distribuir de forma equânime e mútua o gerenciamento da máquina pública na busca pela ordem e bem comum, idealizando neste contexto, o “Princípio da Separação dos Poderes”, que tão remotamente fora citado de lídima importância por Montesquieu. Aduz Mendes (2014, p. 155):

o princípio da separação dos poderes adquiriu o *status* de uma forma que *virou substância* no curso do processo de construção e de aprimoramento do Estado de Direito, a ponto de servir de pedra de toque para se dizer da legitimidade dos regimes políticos, como se infere do célebre artigo XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, onde se declara que não tem constituição aquela sociedade em que não estejam assegurados os direitos dos indivíduos, nem separados os poderes estatais.

Cabe destacar que cada Poder Público realiza funções típicas e também funções atípicas, caracterizadas como sendo aquelas assemelhadas às funções típicas de outros

Poderes, porém, realizadas em âmbito interno e permitidas pela Constituição, que asseguram a existência e a viabilidade das funções institucionais de cada Poder, não ensejando, neste caso, violação às normas constitucionais que apregoam as competências constitucionais. Como exemplo, tem-se a elaboração pelo chefe do executivo de decretos e medidas provisórias com força de lei, o julgamento pelo legislativo nos crimes de responsabilidade e a administração de recursos, bens e pessoal pelo próprio poder judiciário.

Para implementação das políticas e serviços públicos que assegurem a prestabilidade dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, cabe ao Estado a previsão orçamentária elaborada para execução anual, aplicando este orçamento aos programas e serviços públicos contidos nas normas programáticas dos direitos sociais.

É impossível atender de maneira eficaz e satisfatória as necessidades de toda uma coletividade, mas, ainda assim, é dever permanente do Estado buscar, incessantemente, formas que diminuam a lesão aos direitos fundamentais e a perene implantação de programas que permitam a promoção humana aos desfavorecidos economicamente. Nas palavras de Bulos (2014, p. 620):

O Estado, ao instituir os serviços públicos, com o intuito de tornar operativas as disposições definidoras de direitos sociais, oferece, apenas, uma garantia de índole institucional. Isso não é o suficiente. Só mediante profunda mudança de mentalidade para a eficácia social de tais dispositivos se realizar. Urge que nossos legisladores saiam do período da programaticidade e ingressem na fase da efetividade dos comandos constitucionais positivados. Nada adiantam promessas, programas de ação futura, normas de eficácia contida ou limitada, se os Poderes Públicos não as cumprir plenamente, criando, sem distinções, cobrem a execução concreta dos preceitos constitucionais, principalmente num país de significativa inflação legislativa e de reformas inoportunas e despropositadas como o Brasil, onde tudo é nivelado por baixo e o respeito ao homem é quase inexistente. Surge então a importância de repensar o papel que a normatividade das constituições contemporâneas representa diante do caráter jurídico das normas dependentes de regulamentação legislativa, bem como a efetividade delas no cenário constitucional dos Estados. Isso tem que ver com os direitos sociais, nem sempre cumpridos, em razão do caráter *restritivo*, e até *limitado*, presente em sua configuração.

Por meio de um intrincado mecanismo disposto no capítulo que trata das finanças públicas na Constituição federal de 1988, o Poder Executivo elabora o plano orçamentário e, como exemplo à Teoria de Freios e Contrapesos comentada anteriormente, remete-o à apreciação do Poder Legislativo, viabilizando neste processo a previsão de execução e a materialização dos direitos fundamentais sociais.

Segundo nos explica Scaff (2010, p. 138),

o sistema está previsto para funcionar tal como um funil, de forma a estabelecer primeiramente as grandes diretrizes dos gastos e investimentos, afim de que, ano a ano, elas possam ser melhor delimitadas e implementadas, de conformidade com as receitas que foram obtidas, e com o melhor detalhamento dos projetos a serem desenvolvidos.

Grande parte do capital distribuído pelas leis orçamentárias é arrecadado por meio da formulação de tributos e impostos a toda coletividade, sendo estes, instituídos por todos os entes federativos do Estado Republicano no limite das disposições constitucionais, revertendo assim, a arrecadação nos setores como educação, saúde, previdência social, bem como outros serviços públicos criados no intuito de atender as peculiaridades sociais de cada ente federado, ainda que de forma insuficiente, mas sempre permanente, visando ao desenvolvimento social e a promoção humana.

Conclui-se que os gastos necessários para implantação e manutenção dos serviços e programas sociais que possibilitam o acesso aos direitos sociais devem ser previstos nas leis orçamentárias.

Caso estes não atendam às necessidades da sociedade e dos indivíduos em si, são passíveis de serem exigidos forçosamente por meio da intervenção do Poder Judiciário, que os concederá segundo análise de cada caso concreto, determinando a prestabilidade dos direitos através das *sentenças aditivas*, entendendo estas como sendo “aquelas que implicam aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do poder público demandado” (SCAFF, 2010).

Considerando o princípio da separação dos poderes, cláusula pétrea prevista no artigo 60, §4º, III, da Constituição Federal, não se pode interpretá-lo como conteúdo que induz a separação rígida e intransponível dos poderes instituídos e de suas funções, pois, como mencionado, o legislador definiu a harmonia institucional como algo a ser respeitada e constantemente buscada entre os Poderes da União, de forma a evitar que arbítrios, desmandos e omissões sejam cometidos, prejudicando a regular e plena vontade política geral do bem comum.

Desta forma, o ordenamento jurídico brasileiro adota a Teoria dos Freios e Contrapesos, teoria esta compilada da doutrina Americana que busca garantir o equilíbrio e a harmonia prevista no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, ou seja, por meio de

controles recíprocos e interferências legítimas expressas no próprio texto constitucional o constituinte originário determinou independência dos poderes da Federação, mas os colocou em sintonia para que haja um equilíbrio no desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Ensina Silva (2011, p. 110), que:

Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

Para ilustrar a presente questão, há previsão da elaboração de leis ordinárias e complementares pelo Poder Legislativo que, necessariamente, devem passar pela sanção ou veto do chefe do Poder Executivo e, acaso estas sejam aprovadas com conteúdo violador à Constituição Federal, são alvos do controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário.

Ressaltam Paulo e Alexandrino (2012, p. 432) que “o que tradicionalmente se denomina “separação de poderes” representa a distribuição de certas funções aos diferentes Poderes do Estado, ou seja, a divisão das funções estatais.”

Portanto, diante do Princípio da Separação dos Poderes e das disposições contidas no texto constitucional, cada Poder possui a função específica de realizar determinadas funções, porém, várias dessas funções ficam condicionadas à determinadas intervenções para aprovação ou participação de outro Poder, assegurando mútuo controle e um funcionamento harmonioso da administração pública.

4 O Poder Judiciário e a constitucionalidade de sua intervenção na efetivação das políticas públicas sob a ótica da cláusula da reserva do possível

O Poder Judiciário exerce função primordial à manutenção da ordem no Estado Democrático de Direito, investido de jurisdição, possui a competência fundamental de dizer o direito aos casos abstratos e concretos, em caráter definitivo, o que caracteriza no ordenamento o sistema da unicidade de jurisdição, permitindo a todos aqueles que se sintam

ameaçados ou já tenham sido violados em seus direitos por leis ou atos do poder público, o acesso as devidas ações para conhecimento e julgamento visando a reparação da lesão, pois conforme conteúdo do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição federal de 1988, a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou possível ameaça a direito, revelando-se neste teor o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Conforme ensina Bulos (2014, p. 1041) que:

O Judiciário, nos moldes do texto de 1988, é um poder autônomo, de enorme significado no panorama constitucional das liberdades públicas. Sua independência e imparcialidade, assegurados constitucionalmente, são uma garantia dos cidadãos, porque ao Judiciário incumbe consolidar princípios supremos e direitos fundamentais, imprescindíveis à certeza e segurança das relações jurídicas.

Cabe destacar que o Poder Judiciário é estruturado em diversos órgãos jurisdicionais, o que assegura a possibilidade recursal, ou seja, as partes do processo podem requerer nova apreciação ao órgão imediatamente superior ao juízo sentenciante, com fito de reapreciar a decisão prolatada pelo juízo monocrático ou colegiado, o que caracteriza o princípio do duplo grau de jurisdição.

Neste breve relato, no ordenamento jurídico pátrio tem-se como instância máxima a decidir os litígios concretos e abstratos, segundo as regras processuais e constitucionais, o Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pela guarda da Constituição federal de 1988, dentre outras competências constitucionais conforme preleciona o artigo 102, caput, do texto normativo.

Como explicado, a prestação dos direitos sociais ou doutrinariamente chamados de segunda dimensão, dependem de efetiva atenção e programação orçamentária pelo Poder Executivo em comunhão com o Poder Legislativo, considerando que o Poder Constituinte Originário, criou um independente e harmônico equilíbrio entre os Poderes da União no sentido de reciprocidade no controle das competências típicas de cada Poder, visando à boa e segura administração do Estado Democrático de Direito, assegurando, assim, o contínuo e perene cumprimento das normas constitucionais.

Porém, toda esta harmonia se desfaz quando se faz necessária a intervenção do Poder Judiciário, por meio de mecanismos instituídos pelo próprio legislador, no sentido de forçar a prestabilidade de um direito social omitido ou negado pelo poder público, quer seja pela insuficiência de recursos orçamentários, quer seja por não conter previsão de gastos ao direito

específico ou por outros diversos motivos que impossibilitaria a prestabilidade dos direitos sociais a coletividade hipossuficiente, colocando-os em situações de risco e vulnerabilidade, ferindo princípios da garantia do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana., pois, como explica Canotilho (2003, p. 474):

a inércia do Estado quanto à criação de condições de efetivação pode dar lugar a *inconstitucionalidade por omissão*, considerando-se que as normas constitucionais consagradoras de direitos econômicos, sociais e culturais implicam a inconstitucionalidade das normas legais que não desenvolvem a realização do direito fundamental ou a realizam diminuindo a efetivação legal anteriormente atingida.

A doutrina majoritária defende que,

o postulado constitucional (implícito) da garantia do mínimo existencial não permite que o Estado negue – nem mesmo sob a invocação da insuficiência de recursos financeiros – o direito a prestações sociais mínimas, capazes de assegurar, à pessoa, condições adequadas de existência digna, com acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas estatais viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. (PAULO; ALEXANDRINO, 2012).

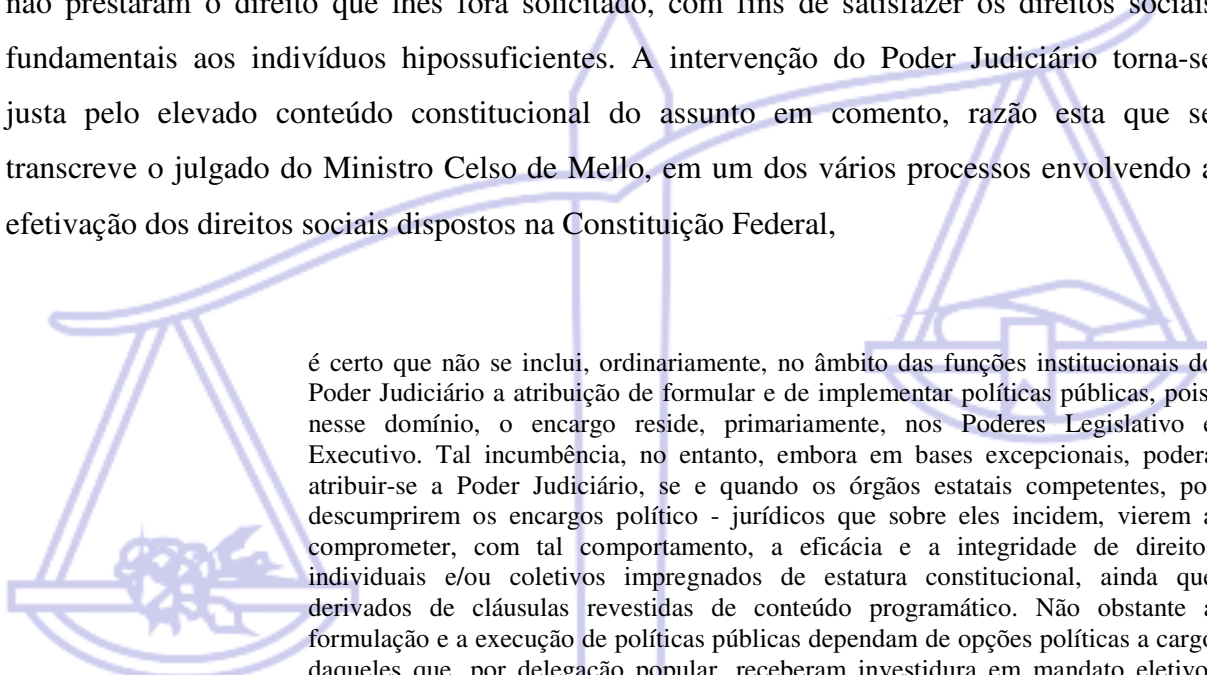
Sabe-se da imensa necessidade social de promoção do ser humano no Brasil que, muitas vezes, se encontra em condições deploráveis e indignas de sobrevivência. Toda negativa do Poder Público no sentido da impossibilidade de se prestar direitos sociais, deve estar revestida de justa e comprovada insuficiência de recursos financeiros que impossibilite a satisfação do direito requerido, lembrando que, em face desta negativa temos direitos de um indivíduo ou de uma coletividade muitas vezes indisponíveis, tamanha seriedade e cuidado em abster-se do não cumprimento das disposições constitucionais.

Canotilho (2003, p. 474) defende que,

O entendimento dos direitos sociais, econômicos e culturais como *direitos originários* implica, como já foi salientado, uma mudança na *função* dos direitos fundamentais e põe com acuidade o *problema da sua efetivação*. Não obstante se falar aqui da efetivação dentro de uma - reserva possível -, para significar a dependência dos direitos econômicos, sociais e culturais não se reduz a um simples “apelo” ao legislador. Existe uma verdadeira *imposição constitucional*, legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos.

É pacífico no Supremo Tribunal Federal, o que se demonstra em diversos dos seus julgados, que o caráter programático das normas constitucionais de segunda dimensão não autoriza o Poder Público a invocar, de forma irresponsável e injustificada, a cláusula da reserva do possível, exonerando-se do cumprimento de suas funções institucionais causando lesões muitas delas irreversíveis aos usuários.

Tal assunto possui grande relevância. Em diversos julgamentos realizados pela Excelsa Corte Constitucional foi determinado o bloqueio de verbas dos entes públicos que não prestaram o direito que lhes fora solicitado, com fins de satisfazer os direitos sociais fundamentais aos indivíduos hipossuficientes. A intervenção do Poder Judiciário torna-se justa pelo elevado conteúdo constitucional do assunto em comento, razão esta que se transcreve o julgado do Ministro Celso de Mello, em um dos vários processos envolvendo a efetivação dos direitos sociais dispostos na Constituição Federal,



é certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se a Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político - jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como procedente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p. 257).

Neste entendimento, o voto do relator no Recurso Extraordinário de número 634.643 AGR/RJ, foi no seguinte sentido,

además, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é permitido ao Poder Judiciário, em situações excepcionais, determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação ao princípio da separação de poderes. Nesse sentido, v.g., RE 417.408 - AgR, rel. Min. Dias Toffoli; RE 665.764-AgR, rel. Min. Cármen Lúcia; RE 559.646-AgR, rel. Min. Ellen Gracie; RE 557.086-AgR, rel. Min. Eros Grau; AI 589.398-AgR, rel. Min. Dias Toffoli; AI 708.667-AgR, rel. Min. Dias Toffoli.

Considerando que esta interferência do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais é função atípica, mas não prevista na Constituição Federal de 1988, como as demais funções atípicas realizadas pelos Poderes da União, parte da doutrina diverge no sentido de que viola o princípio da separação dos poderes a intervenção do Judiciário na concretização dos direitos sociais negados na esfera administrativa, “transformando o Poder Judiciário em verdadeiros ordenadores de despesas públicas, o que dificulta o planejamento governamental, exercido pelo Executivo e pelo Legislativo” (SCAFF, 2010), tornando-se, ainda neste sentido, legisladores positivos ao realizar um papel não previsto na Constituição Federal de 1988.

Segundo o autor:

Implementar políticas públicas requer um planejamento mais acurado e uma análise financeira detalhada sobre a receita disponível e em especial sobre os gastos públicos a serem realizados – inclusive indicando o grupo socioeconômico das pessoas que devem ser beneficiadas por elas. Isto é de suma importância sob pena de existirem erros graves na implementação dessas políticas, seja por (a) obter recursos de quem tem capacidade contributiva reduzida, e não deve ser alvo de maior tributação; seja por (b) destinar estes recursos a quem deles pode prescindir, acarretando uma verdadeira “captura” dos benefícios sociais por uma camada da sociedade que deles pode prescindir, e deixando de lado os verdadeiros destinatários daquelas políticas.

Julgar que uma única pessoa tem direito à saúde, conforme prescrito na Constituição, e determinar que o Estado despenda vários milhões em seu tratamento não implementa este direito social, mas apenas o atribui a uma única pessoa, ou grupo de pessoas, que teve acesso àquele magistrado e àquela decisão. O exercício de um direito *social* que gera benefícios apenas a um *indivíduo* ou a um *pequeno grupo* certamente não foi aplicado de forma adequada. É confundir o sentido do que é um *direito social*, tratando-o como um direito que possa ser fruído de forma *individual* ou *coletiva*, e não pelo conjunto dos cidadãos que dele necessitem. (SCAFF, 2010).

Expostos os argumentos contrários, por outro lado, temos que considerar a atuação legítima do Poder Judiciário, considerando que a questão encontra respaldo e unicidade de entendimento no Supremo Tribunal Federal.

Resta considerar que as normas constitucionais possuem imperatividade resguardada pelos princípios da força normativa e o da máxima efetividade, que asseguram a efetividade

plena e máxima das normas positivadas na Constituição Federal de 1988, devendo, os órgãos judiciais, responsáveis pela preservação da norma, realizarem a vontade do legislador pátrio e o conteúdo jurídico expresso, assegurando a materialização dos direitos sociais caso estes não sejam satisfeitos pelas vias ordinárias.

Já há tempos se averbou que o Estado possui limitada capacidade financeira para efetivar de forma satisfatória o conteúdo dos direitos sociais, de forma que, esta incapacidade orçamentária, constitui limite principal à efetivação dos direitos postulados na Constituição Federal de 1988, pois,

ainda que melhore significamente a situação brasileira em matéria de recursos disponíveis para a obediência aos preceitos fundamentais da nossa Constituição, é difícil imaginar o dia em que estes recursos se mostrarão suficientes, já que a perspectiva é a de que as despesas a fazer aumentem, e em muito, daqui em diante. Aconteça o que acontecer, o fato é que os recursos empregáveis para a salvaguarda dos direitos fundamentais são, hoje em dia, inferiores ao necessário. Por outro lado, é difícil imaginar alguma demanda, mesmo que de um vasto grupo, cujo custo seja alto a ponto de torná-la inatendível pelos órgãos públicos. (ZANITELLI, 2010, p. 190).

O princípio da Reserva do Financeiramente possível ou da cláusula da reserva do possível impõe limites à plena prestabilidade dos direitos sociais, devendo verificar a invocação do mesmo segundo o binômio razoabilidade e possibilidade.

A razoabilidade diz respeito à real necessidade do indivíduo ao direito requerido perante o Estado, pois, não há que se defender a prestabilidade dos direitos sociais às classes economicamente providas, que possuem condições suficientes para sua manutenção sem a necessária intervenção do Estado neste sentido, pois, possuímos escassos recursos financeiros e materiais para salvaguardar as classes sociais à beira da pobreza e indignidade, prestar direitos sociais à aqueles que destes não dependem acarretaria em privação ainda maior aos hipossuficientes cuja norma foi destinada.

Analisando a complementação do binômio, temos a possibilidade, que diz respeito às condições financeiras e recursos materiais disponíveis para utilização do órgão público incumbido de prestar o direito requerido, pois, como já mencionado é impossível atender de forma suficiente as necessidades, ainda que básicas e emergenciais, da crescente população carecedora dos direitos sociais. Diante de aclamada discussão Canotilho (2003, p. 477) no remete a uma pergunta com uma profunda resposta a ser analisada:

Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu a construção dogmática da **reserva do possível** (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.

A cláusula da reserva do possível é ponto bastante discutido na doutrina pátria. Há quem defenda o limite da prestabilidade dos direitos sociais coincidindo com a disponibilidade dos recursos financeiros do órgão incumbido de prestá-lo, por exemplo, (PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p. 257):

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

De acordo com a doutrina da reserva do possível, temos uma visão garantista segundo a qual, os direitos sociais não podem ser rebaixados à limitação orçamentária, devendo os mesmos serem supridos a qualquer custo, como defende Krel (2002, p. 32 apud ZANITELLI, 2010, p. 189):

A resposta coerente na base da principiologia da Carta de 1988 seria: tratar todos! E se os recursos não são suficientes, deve se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço de dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde. Um relativismo nessa área pode levar a “ponderações” perigosas e anti-humanistas do tipo “por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais”, etc.

Por fim, temos uma última classe que defende que a cláusula da reserva do possível deve constituir um óbice a algumas situações relacionadas aos direitos fundamentais, mas não de todas, ou seja, aquelas levadas ao conhecimento do Poder Judiciário justificariam por si só a urgência na adoção de medidas que assegurem um mínimo existencial e a intervenção do mesmo no sentido de forçar a prestação social ora negado pelo Poder Executivo.

Neste sentido fundamenta Torres (1999, p. 179 apud ZANITELLE, 2010, p. 189):

O mínimo existencial, como condição da liberdade, postula ainda prestações positivas de natureza assistencial ou, como define a doutrina germânica, cria a pretensão jurídica à assistência social (*rechtsanspruch auf öffentliche Fürsorge*). [...] Caracterizada a necessidade a prestação estatal é obrigatória, resistente à crise financeira e inconfundível com os incentivos.

Diante da controversa discussão acerca da plausibilidade da cláusula do financeiramente possível, entende-se que deve haver por parte dos agentes estatais e pelo Estado, justificativa sensata e plenamente demonstrável da insuficiência orçamentária que enseja a impossibilidade da prestação dos direitos sociais em contenda administrativa, sob pena de restar caracterizado a gestão temerária dos recursos públicos e violação dos princípios dispostos no artigo 37 da Constituição Federal, os quais a Administração pública deve estrito cumprimento. “Para atenuar esta desoladora conclusão, adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do *mínimo social*” (CANOTILHO, 2003).

Caso a questão seja levada ao conhecimento do Poder Judiciário, o que justificaria tal motivo pela importância e necessidade do direito negado restaria afastada a cláusula da reserva do possível, elevando e preservando, assim, o conteúdo dos direitos sociais dispostos na Constituição Federal de 1988, determinando então, a prestabilidade do direito em favor da pessoa ou dos cidadãos que deles necessitem, sob pena se assim não agir, aniquilar os direitos constitucionais que não podem ser condicionados às reservas orçamentárias quando, da negativa, resultar violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.

5 Conclusão

Sabe-se que os direitos fundamentais de primeira à quarta geração, são elementos essenciais para configuração do Estado Democrático de Direito e que estes possuem previsão de elevado conteúdo normativo protecionista, de forma que não haverá emendas constitucionais tendentes a aboli-los, pois os mesmos estão contidos nas chamadas cláusulas pétreas previstas no artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal de 1988, que representam a formalização e a permanência do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Em contrapartida, sabemos que há limites financeiros e materiais para a concretização dos direitos sociais, considerando a demasiada e crescente população hipossuficiente à espera de promoção pelo Estado. Sabe-se, também, do valor e observância cotidiana das normas constitucionais dos direitos sociais, mas infelizmente pelos limites já mencionados, a imperatividade no sentido material não encontra meios de se fazer prevalecer que não o seja formalmente em seu conteúdo normativo.

Diante de todo o exposto, analisando o quadro atual e compreendendo a dificultosa tarefa do Poder Executivo que por meio dos seus órgãos cria e gerencia os programas e serviços públicos que visam a materialização das disposições constitucionais que instituem os direitos sociais, concluo por considerar constitucional a intervenção do Poder Judiciário, sendo esta de fundamental importância ao equilíbrio dos atos de gestão dos poderes Executivo e Legislativo, sendo freio às decisões violadoras de ambos os Poderes, quando estas colocarem em risco a dignidade da pessoa humana.

Porém, esta intervenção deve sempre ser pautada observando uma concepção moderada, de forma a analisar o Princípio do Financeiramente Possível ou Cláusula da Reserva do Possível, considerando que a efetivação dos direitos fundamentais sociais envolve elevados custos e deve estar sempre respaldada pela urgência e necessidade do caso concreto, demonstrando de forma cabal que se não for prestado o direito requerido, ocorrerá violação aos princípios máximos do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, ambos de valor normativo reconhecidos no ordenamento jurídico internacional e materializados na Constituição Federal de 1988.

The fulfillment of second-generation fundamental rights by the Judiciary

Abstract: The State's management and execution agencies are entrusted with the promotion of economically deprived groups. They seek to overcome social inequalities through public services that may enable the fulfillment of the fundamental social rights postulated by the 1988 Brazilian Federal Constitution. Unfortunately, under the current Democratic State of Law, we realize that the social rights are neither insufficiently provided nor supplied at all, which sometimes cause irreversible damage to users who need public services for their

promotion and dignified survival. Thus, they require the intervention of the Judiciary to restore both supremacy and harmony of the violated constitutional standards.

Keywords: Social rights. Effectiveness. Judiciary.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Rafael. **Direitos Humanos**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Bahia: Juspodivm, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 634.643**. Ação Civil Pública. Abrigos para moradores de rua. Reexame dos fatos e provas. Súmula 279 do STF. Ofensa ao princípio da separação dos poderes. Inexistência. Agravo Regimental desprovido. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2533792>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 22164**. Direito Administrativo e outras matérias de direito público. Intervenção do Estado na Propriedade. Desapropriação por Interesse Social Reforma Agrária. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=1606388>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

BULOS, Uadi Lamnêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Edihermes Marques; MESQUITA, Gil Ferreira de. **Metodologia da pesquisa jurídica**. Uberlândia: IPEDI, 2005.

FARIAS, Clovis Renato Costa. A fragilização dos direitos fundamentais de segunda dimensão pelo poder judiciário e suas consequências sócio-jurídicas. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3026.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues de. **Os direitos sociais e a Constituição de 1988: crise econômica e políticas de bem-estar**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

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

LIMA, Alcides Mendonça. **O poder judiciário e a nova constituição**. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito**. Tradução Bruno Miragem e Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Erival da Silva; BARROSO, Darlan. **Prática Constitucional**. 5. ed. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Coleção prática forense, v.1).

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 9. ed. São Paulo: Método, 2012.

PEREIRA, Ana Cláudia Távora; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução Marlene Holzhausen. Revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. 2. ed. São Paulo: WMF Fontes, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**: retórica e historicidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Ângela Maria; PINHEIRO, Maria Salete de Freitas; FRANÇA, Maira Nani. **Guia para normalização de trabalhos técnico-científicos**: projetos de pesquisa, trabalhos acadêmicos, dissertações e teses. 5. ed. rev. e ampl. Uberlândia: UFU, 2013.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Pillares, 2010.

TORRES, Silvia Faber. Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 769-792.

ZANITELLI, Leandro Martins. **Custos ou competências?** Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

□ Recebido: abril/2014. Aprovado: maio/2014.