



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

DALIEVA LOPES ALVES

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A RESERVA DO POSSÍVEL

SOUSA - PB
2007

DALIEVA LOPES ALVES

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A RESERVA DO POSSÍVEL

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Jacyara Farias Sousa.

SOUSA - PB
2007

Dalieva Lopes Alves

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO E A RESERVA DO POSSÍVEL

Monografia apresentada ao Curso de Ciências
Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de
Campina Grande, em cumprimento aos requisitos
necessários para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Aprovada em: de de 2007.

COMISSÃO EXAMINADORA

Jacyara Farias Souza (orientadora)
Professora Auxiliar 1 da UFCG
Especialista em Direito Processual Civil
Mestranda em Direito Econômico

Nome – Titulação – Instituição
Professor(a)

Nome – Titulação – Instituição
Professor (a)

Aos meus pais, Cleonerrubens e Irlene, pelo amor e dedicação que sempre tiveram a nossa família, em especial, pelo esforço empreendido na formação de seus filhos.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a Deus, que permitiu minha existência, ajudando-me a enfrentar todos os obstáculos do dia-dia, em especial, por ter abençoado os meus estudos, proporcionando toda a felicidade que sinto em concluir mais uma etapa da minha vida.

Aos meus queridos pais, Cleonerrubens e Irlene, por serem meus anjos na terra, guiando-me sempre para o caminho certo, contribuindo para o meu crescimento com seus exemplos de dignidade, honestidade e amor.

Aos meus irmãos, Paulo e Matheus, por estarem sempre comigo, às vezes em conflito, mas sempre do meu lado.

A minha Tia Cleonice que me acolheu em sua casa, incentivando-me a realizar o sonho de estudar Direito, sua contribuição na minha vida será inesquecível.

A toda família, por sempre acreditar em mim, apoiando-me em tudo que faço.

Ao meu querido namorado, Gustavo, meu amigo e companheiro de todas as horas.

À Jacyara, felizmente a minha orientadora, que com sua paciência, sabedoria e amizade, contribuiu para que esta monografia fosse possível.

As minhas amigas, Suely, Denise, Suylla e Késia, companheiras de longa jornada, que demonstraram ser verdadeiras amigas e que sempre torceram pelo meu sucesso.

“Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a forma imperativa de regras”.

Rui Barbosa

RESUMO

Aprofundando-se os conhecimentos jurídicos sobre os direitos fundamentais, em especial os chamados direitos sociais, questiona - se as causas da síndrome da inefetividade destes direitos, que são de suma importância, não só para o direito, como para toda a sociedade. Enquanto a plena eficácia dos direitos de defesa normalmente não costuma ser questionada, o mesmo não ocorre com relação aos direitos sociais, especialmente quando considerada sua dimensão prestacional. A inefetividade destes direitos gera diversas conseqüências, já que os direitos sociais são um dos basilares da própria concepção de Estado Democrático de Direito e inerentes à dignidade da pessoa humana. Apesar do disposto no art. 5º, § 1º da CF/88, a eficácia e aplicabilidade dos direitos sociais constitui matéria mais complexa, posto que a sua concretização reclama atuação positiva do estado, bem como disponibilidade orçamentária. Assim, busca-se analisar a eficácia dos direitos sociais, como direitos fundamentais, e sob o prisma do princípio da aplicabilidade direta e imediata destes, sendo apresentados posicionamentos diversos da doutrina, que diverge acerca do tema, principalmente, o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Também serão levantadas relevantes questões acerca da dimensão subjetiva de tais direitos, bem como, da dependência econômica e dos limites de atuação judicial, frente às omissões do poder competente, na implementação destes direitos. Concluiu-se pelo reconhecimento dos direitos sociais como direitos subjetivos, que revestem o indivíduo de poder, para reclamar as prestações materiais consagradas na Constituição, e que autorizam o Judiciário, em caso de omissão, a concretizar o direito. Além de que, a dependência orçamentária, representada pela teoria da reserva do possível, não descaracteriza a imediata efetividade pelo Judiciário, dos direitos prestacionais, através de implementação, por esse poder, de políticas de remanejamento de verbas, sem ferir o Princípio da Separação dos Poderes, prescrito no art. 2º da CF/88, em homenagem a vontade do legislador originário e, de acordo com o Princípio da Máxima Efetividade da Constituição.

Palavras-chave: direitos sociais, efetividade, reserva do possível.

ABSTRACT

Going deep the legal knowledge on the basic rights, in special the social right calls, it questions - the causes of the syndrome of the inefetividade of these rights, that are of utmost importance, not only for the right, as for all the society. While the full effectiveness of the rights to counsel costuma normally not to be questioned, the same does not occur with relation to the social rights, especially when considered its prestacional dimension. The inefetividade of these rights generates diverse consequences, since the social rights are one of fundamental of the proper conception of Democratic State of Right and inherent to the dignity of the person human being. Despite made use in art. 5º, § 1º of the CF/88, the effectiveness and applicability of the social rights constitutes more complex substance, rank that its concrecion complains positive performance of the state, as well as budgetary availability. Thus, one searches to analyze the effectiveness of the social rights, as right basic, and under the prism of I begin it of the direct and immediate applicability of these, being presented diverse positionings of the doctrine, that diverge concerning the subject, mainly, the current positioning of the Supreme Federal Court. Also excellent questions concerning the subjective dimension of such rights will be raised, as well as, of the economic dependence and the limits of judicial performance, front to the omissions of the competent power, in the implementation of these rights. It was concluded for the recognition of subjective the social rights as right, that coat the individual of being able, to complain the consecrated material installments in the Constitution, and that they authorize the Judiciary one, in omission case, to materialize the right. Beyond that, the budgetary dependence, represented for the theory of the reserve of the possible one, does not deprive of characteristics the immediate effectiveness for the Judiciary one, of the prestacionais rights, through implementation, for this power, of politics of remanejement of mounts of money, without wounding Principle of the Separation of Being able them, prescribed in art. 2º of the CF/88, in homage the will of originary legislator e, in accordance with the Principle of the Maximum Effectiveness of the Constitution.

Word-key: social rights, effectiveness, reserve of the possible.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPITULO 1 – ASPECTOS RELEVANTES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS..	11
1.1 – Origem, conceito e natureza jurídica.....	11
1.2 – Os direitos fundamentais sociais no ordenamento jurídico brasileiro.....	17
1.3 – Direitos sociais prestacionais.....	20
CAPITULO 2 - A SÍNDOME DA INEFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS.....	22
2.1 – Existência, validade, efetividade e eficácia da norma jurídica.....	24
2.2 – Efetividade das normas jurídicas.....	26
2.3 – Alcance da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais.....	30
CAPITULO 3 - INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	41
3.1 – Aplicabilidade das normas garantidoras dos direitos e garantias fundamentais e a função do Poder Judiciário.....	43
3.2 – A cláusula da ‘reserva do possível’ e o ‘mínimo existencial’	48
3.3 – As novas posturas do Poder Judiciário.....	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	57
REFERÊNCIAS.....	60
ANEXO.....	63

CAPÍTULO 1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Discorrer sobre a importância dos Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro requer, *a priori*, a constituição de uma série de discussões, inclusive acerca de sua evolução histórica, que permita compreender e precisar seu significado. A análise da origem, da natureza e da evolução dos direitos fundamentais proporciona a compreensão da importância e da função destes direitos na vida em sociedade.

Na lição de Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 38):

A perspectiva histórica assume relevo não apenas como mecanismo hermenêutico, mas, pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é a história que desemboca no surgimento do Moderno Estado Constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem, como forma de limitação de poder.

O Moderno Estado Constitucional eleva a princípio a dignidade da pessoa humana, que tem como escopo garantir uma existência salutar a todo indivíduo, protegendo-o contra arbitrariedades do Poder Público, e promovendo seu desenvolvimento, através de políticas públicas que garantam um mínimo existencial. O processo de reconhecimento do papel desempenhado pelos direitos fundamentais, por suas gerações, sempre se deu através de lutas e conquistas, trazendo, em consequência, a proteção constitucional para aqueles direitos reclamados.

1.1 Origem, conceito e natureza jurídica.

No que concerne ao itinerário a ser percorrido, uma abordagem histórica pressupõe que se ressalte a nascedouro, o objetivo dos direitos fundamentais. No mundo antigo, a religião e a filosofia deixaram de legado algumas idéias-chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento *jus naturalista* e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis.

A convivência do homem em sociedade fez surgir conflitos de interesses, tornando-se necessário disciplinar as atividades humanas como forma de assegurar a ordem e a paz, daí surgindo as normas ou regras, que conjuntamente se integram, formando o sistema jurídico.

Neste contexto, é possível definir o Direito como a ordenação da convivência humana segundo a justiça, atribuindo-se a cada um aquilo que é seu, sendo a ordem jurídica o resultado dessa ordenação.

Os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens, fundamentais a sobrevivência do homem por excelência, encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente greco-romana, e no pensamento cristão. Saliente-se que a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade.

De irrefutável importância para o reconhecimento posterior dos direitos fundamentais foi a influência da doutrina *jus naturalista*, de modo especial, a partir do século XVI. Na Idade Média, desenvolveu-se a idéia da existência de postulados de cunho supra positivo que, por orientarem e limitarem o poder, atuaram como critérios de legitimação de seu exercício.

Neste contexto, o pensamento de Santo Tomás de Aquino, além de assimilar a concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formada, uma pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e, a outra, pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população.

Nos séculos XVII e XVIII, a doutrina *jus naturalista*, por meio das teorias contratualistas, chega ao seu ponto culminante de desenvolvimento. Merece destaque a contribuição doutrinária de John Locke (1632-1704), primeiro a reconhecer aos direitos naturais e inalienáveis do homem, vida, liberdade, propriedade e resistência, uma eficácia oponível, inclusive, aos detentores do poder, este, por sua vez, baseado no contrato social.

A concepção contratualista, segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p.43) asseverava que:

Os homens têm o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua razão e vontade, demonstrando que a relação autoridade – liberdade se funda na autovinculação dos governos, lançando assim, as bases do pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII, que por sua vez desaguou no constitucionalismo e no reconhecimento de direitos de liberdades dos indivíduos considerados como limites ao poder estatal.

É no pensamento Kantiano que se encontra o marco conclusivo desta fase da história dos direitos humanos (1). Para Kant, nas palavras de Sarlet (2001, p. 43), “todos os direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência, que cabe a todo homem em virtude de sua própria humanidade, encontrando-se limitado apenas pela liberdade coexistente dos demais homens”.

Na esfera do direito positivo, houve uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais, que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais. É na Inglaterra da Idade Média que se encontra o principal documento referido por todos que se dedicam ao estudo da evolução dos direitos humanos. Trata-se da *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado em 1215 pelo rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses.

Este documento, embora tenha servido apenas para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, serviu como ponto de referência para alguns direitos clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade.

A fundamentalidade em seu sentido formal, inerente à condição de direitos consagrados nas Constituições escritas, consubstanciou-se com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), fruto da revolução que provocou a derrocada do antigo regime e a instauração da ordem burguesa na França.

A Revolução Francesa, ainda no século XVIII, possibilitou a consolidação de condições sócio-políticas, como a soberana nacional e a separação dos poderes; e jurídicas, como a preponderância da norma constitucional e das leis enquanto fontes de direito, o controle da legalidade e da constitucionalidade, mudanças tais que provocaram a reformulação do modelo político até então vigente, primando pela garantia dos direitos fundamentais de cada cidadão.

As lutas travadas entre a classe dominante, a burguesia, e a classe detentora da mão de obra, denominada de proletariado, que reivindicava melhores condições de vida e de trabalho, culminaram na necessidade de garantir, de forma expressa, um mínimo de direitos e garantias de cada cidadão, que os colocassem a salvo de qualquer tipo de opressão. Nasceram assim, os direitos fundamentais, corolários do princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Assim, Direitos fundamentais são aqueles considerados indispensáveis à pessoa humana, necessário para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Assim, define Marcelo Novelino (2007, p. 152):

1 O Iluminismo, de inspiração *jusnaturalista*, culminou no processo de elaboração doutrinária do contratualismo e da teoria dos direitos naturais do indivíduo, popularizando a expressão “direito do homem” no lugar do termo “direitos naturais”.

Direitos Fundamentais são os direitos humanos consagrados e positivados, no plano interno, pela constituição. [...] Direitos Humanos são direitos relacionados aos valores liberdade e igualdade positivados no plano internacional.

Verifica-se assim, certa imprecisão de conceitos, não se podendo diferenciar direitos fundamentais e direitos humanos. José Afonso da Silva (1998, p.179), discorrendo sobre o conceito de direitos fundamentais, enfatiza que “a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem, no envolver histórico, dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso”. Muitas expressões, apesar de não possuírem o mesmo significado, têm sido utilizadas para denominar os direitos fundamentais do homem. Dentre elas, direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem. Assim, Jose Afonso da Silva (1998, p. 180), diferencia tais conceitos:

Direitos naturais diziam-se por entender que se tratava de direitos inerentes à natureza do homem. Não se aceita mais com tanta facilidade esta tese. São direitos positivos, que encontram seu fundamento e conteúdos nas relações sociais materiais em cada momento histórico [...]. Direitos humanos é expressão preferida nos documentos internacionais. Contra esta terminologia objeta-se que não há direito que não seja humano ou do homem [...]. Direitos individuais dizem-se os direitos do indivíduo isolado. Ressumbra individualismo que fundamentou o aparecimento das declarações do século XVIII [...]. É usada na Constituição para exprimir o conjunto dos direitos fundamentais concernentes à vida, à igualdade, à a liberdade, à segurança e à propriedade. Direitos públicos subjetivos constituem um conceito técnico-jurídico do Estado Liberal, como expressão “direitos individuais” [...]. Direito subjetivo conceitua-se como prerrogativas estabelecidas de conformidade com regra de direito objetivo, em que seu exercício depende da simples vontade do titular [...]. Liberdades fundamentais e liberdades públicas são conceitos limitativos e insuficientes. A primeira é ainda mais restrita, referindo-se apenas a algumas liberdades. A ultima é empregada ela doutrina francesa, onde não faltam esforços para dar-lhe significação ampla, abrangente dos direitos fundamentais [...]. direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas [...]

O reconhecimento formal dos direitos fundamentais se deu com o surgimento do Estado Moderno Constitucional, cuja essência e razão de ser residem no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. O *Welfare State* foi criado no século XX como resposta jurídica, a partir de uma decisão política, aos anseios surgidos ainda em meados do século anterior, marcado pelo choque provocado pelo ideal socialista. Trata-se de um modelo adequado à nova realidade, de preocupação com as questões sociais, e de recrudescimento da importância do proletariado enquanto classe social.

Foi na Constituição Mexicana (1917) e na de Weimar (1919) que se deu a primeira reivindicação de assistência estatal pelos cidadãos como direito às prestações de natureza fática, produzindo uma substancial mudança na relação Estado-indivíduos. Estas Constituições devem sempre ser lembradas, ambas, como os primeiros textos constitucionais que efetivamente concretizaram, ao lado das liberdades públicas, dispositivos expressos, impositivos de uma conduta ativa por parte do Estado, para que este viabilize a plena fruição, por todos os cidadãos, dos direitos fundamentais de que são titulares.

Destaque-se a percepção de Maria Claudia Bucchianere (2005, p. 09), sobre a temática, ao ressaltar que:

Apesar da primazia cronológica mexicana em tema de posituação constitucional de direitos de natureza social, a abrangência e a extensão nas quais esses direitos foram consagrados (com enfoque nas questões agrárias e trabalhistas) fizeram com o exemplo Mexicano, não obstante inspirador, culminasse por configurar um modelo de referência quase que regional, muito adequado à realidade daquele país, mas pouco universalizante. Já as prescrições de direitos fundamentais sociais constantes da Constituição de Weimar, concretizaram preocupações de caráter menos regional e mais abstratas e universalizantes, mais adaptáveis, portanto, à realidade de outros países e, por isso mesmo, mais inspiradora.

A importância desses dois textos constitucionais, portanto, é notável, vez que dão início a uma nova fase do constitucionalismo, a da prestação social. Vale dizer que o ponto de partida para a consagração normativa desses valores foi a Constituição dos ordenamentos.

Entende Marcelo Novelino (2007, p. 7), que Constituição “é o conjunto de normas supremas e originárias do Estado do qual derivam todas as demais”.

É indissociável entre direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado de Direito. A Constituição é a lei fundamental do país, que contém normas alusivas à organização básica do Estado, ao reconhecimento e à garantia dos direitos fundamentais do ser humano e do cidadão, às formas, aos limites e às competências do exercício do Poder Público. Segundo Canotilho (1993, p. 67), constituição “é o conjunto de normas que regulam as estruturas do Estado e da sociedade nos seus aspectos fundamentais”.

Os direitos fundamentais consubstanciados em prerrogativas inerentes à dignidade da pessoa humana, desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, passaram por diversas transformações. Neste contexto, de grande mutação genética, destaca-se a existência de três gerações de direitos, criadas doutrinariamente, configurando-se de acordo com a necessidade de tutelar novos direitos. Sarlet (2001, p. 49), “o termo gerações de direitos, utilizada por alguns autores, pode levar à falsa impressão da substituição gradativa de uma por

outra, razão pela qual prefere o termo 'dimensões' dos direitos fundamentais", utilizada pela doutrina moderna, que revela o real alcance de tal construção.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais é marcada pelo pensamento liberal-burguês do século XVIII, afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, denominados de direitos de defesa. São apresentados os direitos de cunho 'negativo', já que dirigidos a uma abstenção por parte do Estado em prol de direitos indispensáveis a cada pessoa humana. São direitos individuais que limitam a atuação do poder Público e que correspondem à vida, liberdade, propriedade e igualdade.

A segunda dimensão é determinada pelos direitos sociais, de cunho 'positivo' que se configuram numa prestação do Estado em favor dos menos favorecidos. Surgiram do impacto da industrialização e dos graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.

Assim discorre Sarlet (2001, p. 51):

A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um "direito de participar do bem-estar social".

Portanto, é um comportamento ativo na realização da justiça social, como o direito ao salário mínimo, aposentadoria, previdência social, décimo terceiro salário, férias remunerada, dentre outros direitos de cunho social. Vale frisar que os direitos sociais, nas palavras de Canotilho (1993, p. 511): "se realizam por meio de políticas públicas, orientados pelo princípio lógico e estruturante de solidariedade social".

Os direitos da terceira dimensão, também denominados de direitos de solidariedade e fraternidade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, e princípio, da figura do homem-indivíduo, caracterizando-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa que têm por primeiro destinatário o gênero humano. Dentre tais direitos pode-se citar o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente sadio e qualidade de vida.

→ Importante se faz consignar que os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça, de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano. De acordo com Sarlet (2001, p. 56), "as diversas dimensões que marcaram a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem categoria materialmente aberta e mutável". Cumpre esclarecer, ainda, que alguns dos clássicos direitos fundamentais da primeira dimensão, assim como

alguns da segunda, estão sendo revigorados, ganhando mais destaque, em face às novas formas de agressão aos valores tradicionais.

1.2 Os Direitos Fundamentais Sociais no ordenamento jurídico brasileiro

Os direitos fundamentais são normas positivas constitucionais, que após atravessarem a fase de meras declarações solenes, tão-somente com valor moral, foram aos poucos alçados à condição de normas jurídicas constitucionais, tidas como declarações constitucionais de direitos. Integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado Constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas a parte da Constituição formal, mas também, elemento nuclear da Constituição material. Assim, acompanhando as palavras de K. Stern, citado por Sarlet (2001, p. 62): “o Estado constitucional determinados pelos direitos fundamentais assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente”.

A CF/88 trouxe algumas inovações de significativa importância na seara dos direitos fundamentais. Pela primeira vez na história do Constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância, outorgando-lhe o status jurídico merecido. Nela, os direitos fundamentais foram classificados em: direitos individuais, no capítulo I; direitos coletivos, no capítulo I; direitos sociais, no capítulo II; direitos da nacionalidade, no capítulo III e direitos políticos, no capítulo IV.

A elasticidade do catálogo dos direitos fundamentais, para Sarlet (2001, p.71), “é uma característica preponderantemente positiva, digna de referência”. Destaque-se, o artigo 5º possui 77 incisos, sendo que o artigo 7º consagra, em seus 34 incisos, um amplo rol de direitos sociais dos trabalhadores.

A ordem social adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-la sistematicamente. No dizer de Maria Helena Diniz (2001, p. 05): “sistema significa nexos, uma reunião de coisas ou conjunto de elementos. É o aparelho teórico mediante o qual se pode estudar a realidade”.

✦ No Brasil, a primeira Constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar, o que continuou nas constituições posteriores. ✦

A Constituição de Mexicana (1917) e, principalmente, a Alemã de Weimar (1919), por trazerem em si uma grande dose de postulados de cunho social, influenciaram na elaboração das Constituições posteriores em todo mundo, incentivando a normatização constitucional de prerrogativas sociais. No Brasil, foi a Constituição de 1934 que, apesar de sua pouca duração, trouxe um extremo caráter compromissário aos direitos sociais, assumido pelo próprio texto.

Segundo Celso Ribeiro Bastos, (1999, p. 115):

O matiz dominante dessa constituição foi o caráter democrático com um certo colorido social. Procurou-se conciliar a democracia liberal com o socialismo, no domínio econômico-social; o federalismo com o unitarismo; o presidencialismo com o parlamentarismo, na esfera governamental.

A nova ordem constitucional, a Carta de 1988, macacada pela redemocratização do sistema político, retomou os pontos da Constituição de 1934, principalmente no que tange aos anseios de cunho social.

Nela, os direitos sociais estão previstos no capítulo II, do título I, que em seu artigo 6º dispõe:

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

Assim, os direitos sociais, consagrados pela titulada segunda dimensão dos direitos fundamentais, estão ligados aos valores da igualdade e da dignidade da pessoa humana, cuja finalidade precípua é a proteção dos hipossuficientes e dos menos favorecidos.

Sobre tais aspectos, dispõe José Afonso da Silva (1998, p. 289):

Como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

¹⁴ Os direitos sociais têm como legado o princípio da isonomia, visando uma igualdade não apenas formal, mas principalmente material. Por isso, na lição de Jose Eduardo Faria (1997, p. 105): “os direitos sociais são direitos discriminatórios com propósitos compensatórios”, face a sua finalidade de justiça social voltada aos menos favorecidos.

A Constituição de 1988, na feliz expressão de Ulisses Guimarães, trata-se da ‘Constituição Cidadã’. Nunca antes, uma Constituição esteve tão preocupada com a proteção e a promoção de direitos individuais e coletivos.

A CF/88, no dizer de José Afonso da Silva (1998, p. 91), "revela-se, do ponto de vista dos fins sociais do Estado, mais progressista do que as anteriores."

Para ressaltar a valorização dada aos direitos sociais na nova ordem constitucional, implantada com a redemocratização do regime político no Brasil, a CF/88, de forma inovadora, dedicou um capítulo exclusivo para seu tratamento, no título denominado "Dos Direitos e Garantias Fundamentais".

Os direitos sociais, levando-se em consideração seu inegável caráter jurídico, são autênticos direitos subjetivos. Aqui, destaca Dirley da Cunha Junior (2006, p. 266), que "Todos os direitos sociais geram imediatamente posições jurídicas favoráveis aos indivíduos, exigíveis desde logo, inobstante possam apresentar teores eficaciais distintos".

No que concerne a sua relação jurídica, são direitos de cunho preponderantemente prestacional, por exigirem uma atuação ativa do Estado, e que não exigem contraprestação por parte do indivíduo.

Com efeito, Alexandre de Moraes (2007, p. 181) conceitua direitos sociais:

Direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo artigo 1.º, IV da Constituição Federal.

Os direitos sociais, de cunho prestacional, passa por uma dificuldade de efetivação no mundo fático. Sua implementação reclama uma atuação positiva do Estado (caráter positivo), no sentido de reduzir as desigualdades encapadas nas camadas mais pobres da sociedade, o que demanda a existência de recursos orçamentários, nem sempre disponíveis.

1.3 Direitos Sociais Prestacionais

Os direitos sociais, como típica emanção do modelo de Estado do Bem-Estar Social, destinam-se a amparar o indivíduo nas suas necessidades materiais mais urgentes, resguardando-lhe um mínimo de segurança social relativamente à saúde, à educação, à assistência social, ao trabalho, ao salário mínimo, à previdência, dentre outros, como exigência da própria dignidade da pessoa humana. Objetivam, assim, a realização de condutas ativas por parte do Estado, seja para proteger certos bens jurídicos contra terceiros, seja para

promover ou garantir as condições de fruição desses bens, e englobam o direito a prestações materiais e jurídicas.

Neste contexto, cumpre diferenciar, desde logo, os direitos de defesa e os direitos prestacionais. Entende-se por direitos de defesa aqueles que demarcam um âmbito de proteção do indivíduo, pondo-o a salvo de qualquer investida abusiva por parte do Estado, e que criam verdadeiras posições subjetivas de exercer positivamente os próprios direitos, exigindo limitações dos poderes estatais e de particulares, de modo a evitar agressões lesivas por parte destes, como exemplo o direito à vida, à liberdade, e outros direitos fundamentais.

Já os direitos de cunho prestacional são aqueles intitulados de direitos de promoção, que só podem ser satisfeitos através de ações positivas dos Poderes Públicos, como o direito à educação, ao trabalho, à saúde, dentre outros.

Diante da classificação empreendida por Dieter Murswiek, *apud* Sarlet (2001, p. 263), as prestações por parte do Poder Público podem ser divididas em prestações em sentido estrito, subvenções materiais, prestações de cunho existencial e participações em bens comunitários.

Assim, dispõe Murswiek, *apud* Sarlet (2001, p. 263):

a) prestações sociais em sentido estrito, tais como assistência social, aposentadoria, saúde, fomento da educação e do ensino etc.; b) subvenções materiais em geral, não previstas no item anterior; c) prestações de cunho existencial no âmbito da previdência social, como a utilização de bens públicos e instituições, além do fornecimento de gás, luz, água etc.; d) participação em bens comunitários que não se enquadram no item anterior, como, por exemplo, a participação (no sentido de quota parte), em recursos naturais de domínio público.

Percebe-se, com base na sistematização proposta, que os diversos direitos sociais prestacionais podem apresentar um vínculo diferenciado em relação às categorias de prestações estatais referidas, como direito ao trabalho, assistência social, aposentadoria, educação, saúde, moradia, etc. As diferentes espécies de prestações que irão constituir o objeto dos direitos sociais dependerão de seu reconhecimento e previsão na ordem constitucional.

Novas Prestacionais

Os direitos sociais prestacionais, em sentido estrito, são também denominados de direitos originários, posto que, segundo Dirley da Cunha Junior (2006, p. 268), “possibilitam – a partir da norma constitucional e independentemente de qualquer interpositio legislatoris – o exercício imediato das prestações que lhes constituem objeto”.

De feito, estes direitos proporcionam o reconhecimento, a partir diretamente da constituição, de um direito subjetivo a prestações sociais, de tal modo que, ainda elucida Dirley da Cunha Junior (2006, p. 268), “investem o indivíduo da posição jurídica subjetiva de

exigir do Estado, até judicialmente, as prestações materiais concretas que constituem seu objeto”.

Tais prestações assumem dimensão economicamente relevante pelo fato de estarem vinculadas diretamente à destinação, distribuição, redistribuição, bem como a criação de bens materiais. Intimamente ligada a essa característica dos direitos fundamentais sociais a prestações, está a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, ou seja, o destinatário imediato da norma, o Poder Público, nem sempre se encontra em condições de dispor da prestação reclamada, encontrando-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação.

Considerar que as normas constitucionais definidoras de direitos sociais são fontes de direitos subjetivos e obrigações é reclamar, por conseguinte, um papel mais ativo e renovado do Poder Judiciário em caso de omissões ou ações **inconstitucionais**.

À luz do direito fundamental à efetivação da Constituição, defendida pela doutrina moderna, reconhecem-se os direitos fundamentais sociais prestacionais como autênticos direitos subjetivos, investindo o Judiciário de competência para a concretização de tais direitos face a omissões ou ações inconstitucionais legislativas e executivas. É assim que vem decidindo nossos tribunais, fulcrados no princípio da direta e imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais, esculpido no art. 5º, §1º, da CF/88.

Os direitos sociais prestacionais não podem ser tão-somente atribuídos ao indivíduo, pois exigem permanente ação do Estado na realização dos programas sociais. A questão a ser ventilada diz respeito, fundamentalmente, à plena eficácia e aplicabilidade imediata desses direitos que, como decorrência direta da suprema dignidade da pessoa humana, deve ser desde logo, reconhecida e assegurada, assim defende Dirley da Cunha Junior (2006, p. 264): “todos os direitos fundamentais, qualquer que seja a sua natureza, são direitos diretamente aplicáveis, vinculam todos os poderes, especialmente o Legislativo, e essa vinculação se submete ao controle judicial”.

A dignidade da pessoa humana, alçada em princípio na nova ordem constitucional, fundamenta todos os demais princípios, e pressupõe um conjunto de ações sócio-políticas, que resguarde um mínimo existencial para cada indivíduo. Estas ações vinculam todos os poderes constituídos e se submetem a controle judicial.

CAPÍTULO 2 A SÍNDROME DA INEFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS

Os direitos sociais prestacionais, por significarem uma atuação positiva do Estado na implementação de políticas públicas, dependem da real existência de recursos orçamentários. A sua execução deve ter como meta a redução das desigualdades sociais, e esta característica assume relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando que a realização material das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, ficando a mercê, em última análise, da conjuntura econômica.

É sabido que o Estado, enquanto gestor da coisa pública, dispõe de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais, posto que a limitação de recursos constitui, em princípio, limite fático à efetivação destes direitos.

Paralela a questão da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição. Isto porque o Estado, assim como o destinatário da norma em geral, também deve ter o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes. É em virtude destes aspectos que se passou a determinar a colocação dos direitos sociais a prestações sob uma 'reserva do possível', que segundo Sarlet (2001, p. 265), "compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma".

A teoria da reserva do possível teve origem na Corte Constitucional Federal Alemã, no caso *numerus clausus*, na qual o debate acerca do direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de modo que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode cogitar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

Questiona-se, hodiernamente nos tribunais nacionais, o alcance e significado da medida do razoável, posto que a Constituição Federal não oferece os critérios de sua mensuração, deixando-os ao encargo dos órgãos políticos, em especial ao legislador, que nem sempre cumpre com sua tarefa de definir as prioridades orçamentárias, ou quando o faz, faz de maneira incorreta, acarretando a ineficácia dos direitos a prestações materiais, sem falar que a citada medida do razoável fica ao acaso de decisões políticas, nem sempre coerentes com a realidade fática.

Destaca-se o posicionamento de Canotilho, apud Sarlet (2001, p.265):

É justamente por esta razão que os direitos sociais prestacionais costuma ser encarada como autentico problema de competência constitucional. Ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos econômicos e financeiros dos condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Por se encontrarem submetidos à chamada “reserva do possível”, os direitos sociais possuem uma carga de eficácia menor que os direitos de defesa, por reclamarem uma concretização legislativa, já que muitos destes direitos estão consubstanciados em normas de principio programático, com eficácia limitada, e concretização executiva, na efetivação de políticas públicas.

Outra questão que emerge, quando se trata de implementação de políticas, refere-se à atuação do Judiciário frente às omissões legislativas de regulamentação das prestações estatais, considerando o conteúdo expresso no art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Indaga-se também a postura do Judiciário frente ao principio da separação dos poderes, dando-o, a doutrina mais abalizada, um conceito mais amplo, para dar maior efetividade às normas constitucionais.

Para que o Direito seja um efetivo processo de adaptação é indispensável que suas normas e regras preencham vários requisitos substanciais. Em primeiro lugar, se faz necessário que a mesma esteja devidamente ajustada ao momento histórico, em consonância com os fatos da época. Na lição de Paulo Nader (2000, p.40-1): “as normas jurídicas devem não apenas ordenar as relações sociais como também consagrar formulas que expressem o querer coletivo”. Deve-se, também, eleger valores preponderantes e buscar soluções compatíveis com as pretensões dominantes.

Ainda, para que se possa ter um processo de adaptação social das normas, imprescindível é exame dos efeitos sociais por elas causados, posto que se não logrou efetividade ou não proporcionou bem – estar à sociedade, não como considerá-la adaptada ao meio social.

O Direito tem como função a disciplina da vida social. Assim, ao se submeterem à normatividade do Direito - o chamado fenômeno da juridicização, determinados fatos humanos e naturais se transformam em fatos jurídicos. É aqui que se inserem as normas jurídicas, que, no dizer de Luís Roberto Barroso (2002, p. 11), “são atos emanados dos órgãos

constitucionalmente autorizados, tendo por fim criar ou modificar as situações nelas contempladas”.

Estes atos jurídicos comportam análise científica em quatro diferentes planos: o da vigência, o da validade, o da efetividade e o da eficácia, pra uma melhor compreensão.

2.1 Existência, validade, efetividade e eficácia da norma jurídica.

A norma jurídica consiste no ato jurídico emanado do Estado, com caráter de regra geral, abstrata e obrigatória, tendo como finalidade ordenamento da vida coletiva. Tal ordenamento compreende a forma com que as normas jurídicas se propõem a reger as condutas dos indivíduos. Como dito, não são todos os fatos da vida relevantes para o Direito. Alguns destes, pelo fenômeno da juridicização, que seleciona o fatos relevantes para a sociedade, passam para o mundo jurídico.

O atributo jurídico da vigência significa que a norma, por atender a determinados requisitos técnico-formais de elaboração e positividade, está posta a executoriedade. Consoante lição de Miguel Reale (2000, 110), o atributo pressupõe legitimidade do órgão elaborador, sua competência em razão da matéria, bem como a legalidade do procedimento.

Assim, vigência de uma norma, ou do próprio direito, é a possibilidade de sua atuação, identificando-se como validade extrínseca, pelo preenchimento de formalidades essenciais à sua formação.

Quanto ao segundo momento de apreciação, a validade, como bem enuncia Luís Roberto Barroso (2002, p. 12): "cuida-se de constatar se os elementos do ato preenchem os atributos, os requisitos que a lei lhes acostou para que sejam recebidos como atos dotados de perfeição”.

Assim, a validez da norma significa a constatação dos demais atributos: vigência, eficácia e efetividade. É com a validade da norma que se obtém sua obrigatoriedade e são estabelecidos seus marcos temporais, início e fim da obrigatoriedade. Para Maria Helena Diniz (2002, p. 25), a validade da norma pode ser constitucional e formal.

Quando a disposição normativa é conforme às prescrições constitucionais, fala-se em validade constitucional. Quando a norma é elaborada por órgão competente e em obediência aos procedimentos legais, diz-se validade formal.

O terceiro momento de apreciação refere-se ao atributo jurídico da efetividade, que consiste no fato de a norma jurídica ser observada tanto por seus destinatários quanto pelos aplicadores do Direito.

Com efeito, Paulo Nader (1997, p. 110) elucida:

As normas são feitas para serem cumpridas, pois desempenham o papel de meio para a consecução de fins que a sociedade colima. As normas devem alcançar a máxima efetividade, todavia, em razão de fatores diversos, isto não ocorre, daí podermos falar em níveis de efetividade.

O quarto e último momento de apreciação se refere ao atributo da eficácia, que significa a produção real dos efeitos sociais planejados. Tendo o ato jurídico aptidão para a produção de efeitos, este será eficaz, ou seja, o ato é idôneo para atingir a finalidade para o qual foi gerado. O termo eficácia é deriva do latim *efficacia*, de *efficax*, que tem virtude, que tem propriedade que chega ao fim.

Assim, por eficácia, entende Paulo Nader (2000, p. 72): “[...] devemos designar o resultado social positivo alcançado pela norma jurídica”. Ao programar um conjunto de normas, o órgão criador tem por mira atender à realidade social, que apresenta algum tipo de problema. Em sentido amplo, eficácia é igual à validade ou vigência, significando que, o que está em vigência, ou está sendo cumprido ou exercido, está realizando seus próprios efeitos, sendo, portanto, norma eficaz aquela capaz de produzir todos os seus efeitos.

As normas jurídicas não são geradas por acaso, mas visando a alcançar certos resultados sociais. O Direito se apresenta como fórmula capaz de resolver os problemas de convivência e de organização da sociedade.

O atributo em análise diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. Maria Helena (2002, p. 30-31), distingue eficácia jurídica de eficácia social:

A eficácia diz respeito, portanto, ao fato de se saber se os destinatários da norma ajustam, ou não, seu comportamento em maior ou menor grau, às prescrições normativas, ou seja, se cumprem, ou não, os comandos jurídicos, se os aplicam ou não. Casos há em que órgão competente emite normas, que por violarem a consciência coletiva, não são observadas nem aplicadas, só logrando, por isso, ser cumpridas de modo compulsório, a não ser quando caírem em desuso; consequentemente, têm vigência, mas não possuem eficácia (eficácia social). A eficácia de uma norma, por sua vez, indica, em sentido técnico que ela tem possibilidade de ser aplicada, se exercer, ou produzir seus próprios efeitos jurídicos, porque se cumpriram as condições para isto exigidas (eficácia jurídica).

Ainda segundo Maria Helena Diniz (2002, p. 32), "uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar certos efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social".

Em sendo a norma ineficaz, pode sofrer a mesma, após o reconhecimento de tal ineficácia, a consequência de ser revogada. A revogação consiste na retirada de uma norma do mundo jurídico, operando, dessa forma, no plano da existência dos atos jurídicos.

Algumas doutrinas, como a do socialismo jurídico, identificam vigência com eficácia. Neste sentido, vigente é a norma que obtém aplicação eficaz. Porém, ambos atributos possuem conceitos próprios, que apesar de intimamente ligados, diferenciam-se em algum aspecto. Norma vigente é aquela promulgada e publicada regulamentemente, para entrar em vigor em determinada época, é a existência específica de uma norma; enquanto que norma eficaz é o poder de a mesma produzir efeitos.

Maria Helena de Diniz (2002, p. 31), cita o art. 226, §3º da Constituição Federal de 1988, que dispõe sobre o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, prevendo facilidades na sua conversão em casamento. Configura-se, aqui, uma norma vigente, mas sua eficácia depende de lei regulamentadora, que delimite a forma e os requisitos para a referida conversão. Assim, a questão consiste não só em aplicar a regra, mas, principalmente, na sua efetiva observação e obtenção de resultados práticos.

Norma eficaz é, portanto, aquela vigente que está apta a produzir todos os efeitos, jurídicos e sociais, almejados pelo agente criador, fulcrado nas reais necessidades da sociedade, destinatária final destes mandamentos.

2.2 A efetividade das normas jurídicas

Efetividade é o fenômeno social de obediência às normas jurídicas. Por serem passíveis de transgressão, as normas nem sempre alcançam plena efetividade. Tal conceito ainda compreende a aplicação das normas pelos órgãos encarregados da administração da justiça: tribunais e administradores.

A expressão efetividade deriva de efetivo, do latim, *effectivos*, indicando a qualidade ou caráter de tudo o que se mostra efetivo ou que está em atividade. Assim, pode-se entender efetividade como eficácia social, ou seja, a finalidade em si da sua existência.

A efetividade esta intimamente ligada com a eficácia social. Assim assevera Luís Roberto Barroso (2002, p. 85) acerca da efetividade:

[...] 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.

Em sendo assim, a efetividade das normas é a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos, e, depende, em primeiro lugar, da sua eficácia jurídica. Não há norma com efetividade sem eficácia jurídica.

Soibelman (1994, p. 142) elucida que “efetividade é o mesmo que eficácia. Validez sociológica ou fática da norma jurídica. Cumprimento efetivo da norma na sociedade em que vige”.

Existe na teoria jurídica uma abordagem sobre a efetividade da norma jurídica. A este propósito, Tercio Sampaio Ferraz Junior (1999, p. 117), elucida:

Na teoria jurídica, tradicionalmente, encontramos dois conceitos diferentes relacionados à efetividade das normas, que nem sempre são usados coma a devida especificação. Do ângulo lingüístico, podemos dizer que há concepções meramente sintáticas da efetividade, caso em que a doutrina usa, embora com certa indecisão, o termo eficácia, no sentido de aptidão para produzir efeitos jurídicos por parte da norma, independentemente da sua efetiva produção[...]. Por outro lado, há concepções meramente semânticas da efetividade (correspondendo ao termo alemão *wirksamkeit*), como encontramos, por exemplo, em Kelsen, segundo as quais a norma efetiva é a cumprida e aplicada concretamente em certo grau.

O termo efetividade foi utilizado, por vários autores, como sinônimo de eficácia social, merecendo, desta forma, algumas considerações. A eficácia jurídica da norma compreende a força ou o poder que possa ter um ato ou um fato, para produzir os desejados efeitos. Vale ressaltar que, a eficácia aqui, refere-se à aptidão da norma para a produção de seus efeitos, sem constatar se tais efeitos se produzem. Já a eficácia social diz respeito ao cumprimento efetivo do direito ou da norma por parte de uma sociedade.

O requisito essencial da eficácia social é, portanto, a efetividade da aplicação jurídica. Nesse sentido, Paulo Nader (2000, p. 73), discorre:

Cada instrumento normativo apresenta graus de efetividade, podendo ser aferidos mediante pesquisa sociológica, que deverá detectar os fatores de adesão e os de desobediência, de cujas informações o legislador deverá tirar o devido proveito, seja para o aprimoramento da lei ou visando à substituição. A importância da efetividade é significativa, pois sem ela o Direito não realizará os processos adaptativos necessários à condução dos interesses sociais.

A efetivação da Constituição acontece quando os valores descritos na norma correspondem aos anseios populares, existindo um empenho dos governantes e da população em respeitar e em concretizar os dispositivos constitucionais.

A efetividade ou eficácia social dos direitos sociais é uma das questões mais discutidas no Direito Constitucional, e sua inefetividade é um dos maiores argumentos para a caracterização da crise do Estado Social de Direito no Brasil.

O Estado Democrático de Direito. Adotado pelo ordenamento brasileiro, se constitui em um sistema jurídico com pluralidade de fontes normativas, no qual, a lei fundamental e suprema é a Constituição, validade última de todas as normas jurídicas, por conferir os poderes governamentais e impor os seus limites, e ainda por consignar em seus dispositivos, constitucionais e infraconstitucionais, a relevância dos direitos sociais, do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. O Estado Social de Direito, também denominado de Estado do bem-estar, avocou para si a tarefa de realização da justiça social.

Seguindo o que dispõe o art. 5º, §1º da CF/88, todas as normas definidoras de direitos fundamentais são de aplicação direta e imediata, não necessitando, em tese, de norma regulamentadora para atingir sua eficácia. Porém, como os direitos fundamentais sociais prestacionais são comandos que reclamam atuação positiva do Estado, e em sua maioria, são normas programáticas, de eficácia limitada, que demandam regulamentação legislativa e disponibilidade orçamentária, muitos doutrinadores e aplicadores do direito não concebem tais direitos incluídos no rol abrangido pelo Princípio da Aplicação Direta e Imediata.

Neste sentido, Dirley da Cunha Junior (2006, p. 248/249), elucida:

Com efeito, consoante prevê a inovadora disposição do art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, "as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". A nossa Constituição, dessa forma, alinhando-se ao modelo já consagrado em outras Constituições, como a Lei Fundamental da Alemanha, de 23 de maio de 1949, (art. 1º, nº 3) a Constituição de Portugal, de 02 de abril de 1976, art. 18, nº 1) e a Constituição da Espanha, de 29 de dezembro de 1978, (art. 53, nº1), e sob a inspiração delas, acolheu em seu texto, de forma inédita, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais. Na doutrina, ainda não há consenso acerca do significado e alcance da disposição em comento pairando a seu respeito fértil testilha entre autores que se dispuseram a enfrentar o tema.

Emerge ainda outro entrave, sobre a postura do judiciário, frente às omissões legislativas e executivas de concretização dos direitos sociais prestacionais, tendo em vista o Princípio da Separação dos Poderes, de acordo com a dicção do art. 2º da CF/88, como

também o Princípio da Inafastabilidade do Controle dos Atos pelo judiciário, conforme disposição do art. 5º, XXXV, da CF/88, que expressam:

Art. 2º - São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário;

Art. 5º - *omissis*

XXXV - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Com referência a crise do Estado Social de Direito no Brasil, sarlet (2001, p.07), destaca os principais reflexos desta crise:

[...] a) a intensificação do processo de exclusão da cidadania, especialmente no seio das classes mais desfavorecidas, fenômeno este ligado diretamente ao aumento dos níveis de desemprego e subemprego, cada vez mais agudo na economia globalizada de inspiração neoliberal; b) redução e até mesmo supressão de direitos sociais prestacionais básicos (saúde, educação, previdência e assistência social), assim como o corte ou, no mínimo, a "flexibilização" dos direitos dos trabalhadores; c) ausência ou precariedade dos instrumentos jurídicos e de instâncias oficiais ou inoficiais capazes de controlar o processo, resolvendo os litígios deles oriundos, e manter o equilíbrio social, agravando o problema da falta de efetividade dos direitos fundamentais e da própria ordem jurídica estatal.

Tomando como premissa a idéia de que a crise no Estado Social é, também, uma crise da sociedade, da democracia e da cidadania, não será difícil sustentar, a exemplo do que já tem ocorrido no seio da doutrina, a existência de uma crise dos direitos fundamentais, que evidencia o impacto dos efeitos negativos da globalização econômica e da ampla afirmação do paradigma neoliberal, cuja finalidade precípua é o progresso do sistema capitalista, fragilizando em demasia os investimentos na seara social. Nesse sistema, como o Estado intervém minimamente no planejamento socioeconômico, as diretrizes sociais, impostas pelo legislador constituinte, caem no esquecimento, não tendo, os poderes constituídos, nenhum compromisso na sua concretização.

Os direitos sociais previstos na Carta Magna, não somente os esculpidos no artigo 6º, são de suma importância para o Estado Constitucional Democrático de Direito prescrito no artigo 1º da CF/88, que expressa: "A república Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito". A efetividade é essencial para a prestação jurisdicional. Sem efetividade, estas normas se tornam inócuas, sem força.

Sobre a eficácia dos direitos sociais prestacionais, Marcelo Novelino (2007, p. 213), destaca:

São considerados posições jurídicas que credenciam o indivíduo a exigir do Estado uma postura ativa, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam a efetivação da igualização de situações sociais desiguais.

A efetividade da Constituição tem sido, ao menos nos últimos anos, a preocupação central de muitos dos estudiosos do direito constitucional brasileiro, que, em seu conjunto, compõem uma corrente teórica que se pode denominar de constitucionalismo brasileiro da efetividade, representado por vários constitucionalistas de suma importância no contexto jurídico nacional como Barroso, Sarlet, José Afonso da Silva, dentre outros.

Esta corrente defende o reconhecimento dos direitos sociais como garantia constitucional das condições mínimas e indispensáveis para uma existência digna, e que por isso, devem ser concretizados e efetivados imediatamente, e não submetidos à uma 'reserva do possível', já que esta não é a vontade do legislador constituinte, ao elaborar o dispositivo que assegura a imediata aplicabilidade das normas definidoras de direitos fundamentais.

O artigo 5º, § 1º da Constituição da República de 1988 estabelece que as normas definidoras de direitos fundamentais possuem aplicação imediata. Vê-se que o objetivo do referido dispositivo é a de estabelecer, em abstrato, a impossibilidade de se caracterizar normas instituidoras de direitos fundamentais através de conceitos restritivos de sua efetividade, como os de norma não auto-aplicável ou de eficácia limitada. Porém, não foi o que realmente ocorreu. Os direitos sociais a prestações por parte do Estado se transformaram em apenas um compromisso, uma diretriz a ser observada pelo legislador e pelo administrador, na elaboração de políticas socioeconômicas, ficando-os a depender de disponibilidade orçamentária para sua efetivação. Assim, o que era norma auto-aplicável, na vontade do constituinte originário, tornou-se norma de eficácia limitada, subordinada a uma concretização legislativa.

2.3 Alcance da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais

A Constituição Federal de 1988 acolheu em seu texto, de forma, inédita, o Princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais. Porém, ainda não há consenso, na doutrina, acerca do alcance e significado da disposição em comento, pairando a seu respeito férteis discussões entre os autores que se dispuseram a enfrentar o tema. A

análise do dispositivo em foco, requer, *a priori*, o conhecimento acerca da aplicabilidade das normas constitucionais.

Quanto aos seus efeitos, as normas constitucionais podem ser aglutinadas em dois grupos: normas auto-aplicáveis, que não necessitam de regulamentação para produzirem seus efeitos, e normas não auto-aplicáveis, que reclamam uma concretização legislativa para produzir seus próprios efeitos.

Com a vigência da Constituição de 1988, a escritora Maria Helena Diniz (2002, p. 109), destacou a mais atual proposta de sistematização das normas constitucionais, quanto aos seus efeitos, sustentando uma classificação em quatro grupos, a saber, normas com eficácia absoluta, normas de eficácia plena, normas com eficácia relativa restringível e normas com eficácia relativa complementável.

As normas com eficácia absoluta são aquelas que não permitem alteração, possuem eficácia reforçada em relação às normas de eficácia plena, e são denominadas de intangíveis, pois contra elas nem mesmo há o poder de emendar. Maria Helena Diniz (2002, p. 110) cita como exemplos de normas com eficácia absoluta, os textos constitucionais que amparam a federação (art. 1º), o voto direto, secreto, universal e periódico (art. 14), a separação dos poderes (art. 2º), dentre outros.

Ainda segundo Maria Helena Diniz (2002, p. 110):

Tais normas possuem eficácia positiva e negativa. Têm eficácia positiva, por terem incidência imediata e serem intangíveis, ou não emendáveis, visto não poderem ser modificadas por processo normal de emenda. Têm eficácia negativa por vedarem qualquer lei que lhes seja contrastante, daí sua força paralisante total e imediata, permanecendo intangíveis, ou não emendáveis, exceto por exemplo, por meio de revolução, que, como um ato de força, pode destruí-las, criando outras, instaurando uma nova ordem jurídica.

As normas de eficácia plena são aquelas que independem de atuação do legislador ordinário para gerar seus efeitos, criando direitos subjetivos. De acordo com Maria Helena Diniz (2002, p. 112): “são plenamente eficazes as normas constitucionais que forem idôneas, desde sua entrada em vigor, para disciplinarem as relações jurídicas ou o processo de sua efetivação, por conterem todos os elementos imprescindíveis para que haja a possibilidade da produção imediata dos efeitos previstos”.

Na lição de Pedro Lenza (2005, p. 71):

Normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata e integral são aquelas normas da Constituição que, no momento em que esta entra em vigor, estão aptas a produzir todos os seus efeitos, independentemente de norma integrativa infraconstitucional [...].

As normas de eficácia plena consistem, de acordo com Pedro Lenza (2005, p. 71) “como regra geral, nos mandamentos que criam órgãos ou atribuem aos entes federativos competências”. Citam-se, como exemplo, os arts. 1º, parágrafo único, 14, § 2º, 17, § 4º, 21, dentre outros.

As normas com eficácia relativa restringível, são as que, tendo aplicabilidade direta ou imediata, têm a possibilidade de gerar todos os seus efeitos jurídicos nelas previstos, contudo estão sujeitas a restrições previstas na legislação ordinária, que pode reduzir sua aplicabilidade.

Pedro Lenza (2005, p. 77) elucida que “as normas com eficácia relativa restringível correspondem às normas de eficácia contidas, na classificação de Jose Afonso da Silva”. Têm, portanto, seu alcance reduzido pela atividade legislativa. Logo, enquanto não sobrevier a legislação restritiva, o direito nelas contemplado será pleno. É o que ocorre, segundo Pedro Lenza (2005, p. 77) com os arts. 5º, VIII, XI, XII, XIII, XIV, XVI, XXIV, LX, LXI, LXVII, 15;

As normas com eficácia relativa complementável ou dependentes de complementação legislativa são aquelas que dependem de lei complementar ou ordinária para o exercício do direito ou benefício consagrado.

Segundo Maria Helena Diniz (2002, p. 114):

[...]. Sua possibilidade de produzir efeitos é mediata, pois enquanto não for promulgada aquela lei complementar ou ordinária, não produzirão efeitos positivos, mas terão eficácia paralisante de efeitos de normas precedentes incompatíveis e impeditiva de qualquer conduta contrária ao que estabelecerem.

São exemplos de normas de eficácia relativa complementável as de princípios institutivos e as de cunho programático.

As normas de princípio institutivo requerem que o legislador estabeleça, mediante leis complementares ou ordinárias, esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, para que tenham aplicabilidade plena ou imediata. Maria Helena Diniz (2002, p. 115) cita como exemplos de normas desta natureza os arts. 17, IV, 25, § 3º, 43, § 1º.

Já as normas constitucionais programáticas são as em que o constituinte não regula diretamente os interesses ou direitos nela consagrados, limitando-se a traçar princípios a serem cumpridos pelos poderes públicos.

Neste sentido, Pedro Lenza (2005, p. 77) cita os arts. 205, 211, 215, 218, dentre outros, que denotam programas a serem desenvolvidos mediante lei infraconstitucional.

A nova ordem constitucional reconhece a preponderância das normas definidoras de direitos fundamentais, e busca, com o dispositivo do artigo 5º, § 1º, torná-la passível de aplicação imediata, sem depender de mediação legislativa. A primeira divergência sobre este dispositivo versa justamente sobre o seu alcance, discutindo a doutrina, se o mesmo é aplicável a todos os direitos fundamentais, inclusive os situados fora do catálogo do Título II, até mesmo fora da Constituição, ou limita-se apenas aos direitos previstos tão-somente no art. 5º e seus incisos. Esta divergência é refutada, através de uma análise sistemática da Constituição, que demonstra, através da integração de todos os dispositivos, nela consagrados, a real vontade do constituinte originário, qual seja, de que todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, estando ou não elencados no rol do título II, tenham aplicabilidade direta e imediata.

Entre os autores que não aceitam a abrangência do dispositivo, cita-se João Pedro Gebran Neto (2002, p. 158), onde sustenta que a clausula da aplicação imediata dos direitos fundamentais se confina aos direitos e garantias do art. 5º e seus incisos. Em posição contrária, defendendo, a abrangência do principio da aplicação imediata a todos os direitos fundamentais, tem-se Flavia Piovesan (1995, p. 90), que leciona:

Em relação à abrangência da norma, precisamos verificar se esta é aplicável a todos os direitos fundamentais (previstos dentro e fora do catálogo), ou se é aplicável apenas aos direitos individuais e coletivos do art.5º da nossa Constituição. Embora sua localização dentro do art. 5º possa levar à interpretação que deva ser restrita aos direitos individuais e coletivos, temos que analisar a expressão literal do dispositivo, que é genérica: “direitos e garantias fundamentais”. Ainda mais, uma interpretação sistemática e teleológica levará a mesma conclusão, entendendo a melhor doutrina que a aplicabilidade imediata prevista no art. 5º, § 1º da CF 88 acolhe a todos os direitos fundamentais, os constantes do Catálogo (art. 5º a 17), os previstos em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais.

O exame contextual e finalístico da Constituição denota que todos os direitos fundamentais submetem-se ao regime jurídico-constitucional, que segundo Dirley da Cunha Junior (2006, p. 249): “em razão da marcada indivisibilidade que os caracteriza”. O principio em análise, abrange todos os direitos fundamentais, até mesmo os não previstos no catalogo “Direitos e Garantias Fundamentais” e os não previstos na própria Constituição, desde que, quanto a estes, ostentem a fundamentalidade material, como aqueles decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário.

Neste sentido, ensina Sarlet (2001, p. 240):

Percebe-se, desde logo, que o Constituinte não pretendeu, com certeza, excluir do âmbito do art. 5º, § 1º, de nossa carta, os direitos políticos, de nacionalidade e os

direitos sociais, cuja fundamentalidade, pelo menos no sentido formal, parece inquestionável.

Este fenômeno ocorre não só porque o art. 5º, § 1º da CF/88 refere-se textualmente a direitos fundamentais, fazendo uso da fórmula genérica “direitos e garantias fundamentais”, sem discriminá-los, mas também, por conta de uma interpretação sistemática e teleológica que recai sobre o dispositivo, sempre que se procura a vontade do Constituinte.

Assim, onde houver uma norma definidora de direitos fundamentais, nela há que repousar a idéia de que sua aplicação se dá de forma direta e imediata. Mas, em que medida uma norma definidora de direitos fundamentais tem aplicação imediata? Trata-se agora analisar o significado deste princípio no que se refere aos direitos sociais prestacionais, que se reveste de muitos questionamentos.

Como se sabe, a partir da implementação do Estado Democrático de Direito e da concepção da Constituição como norma jurídica fundamental, dotada de supremacia jurídica, toda e qualquer norma constitucional, sem qualquer exceção, é provida de eficácia jurídica, apenas variando sua carga eficaz. Assim, discorre Dirley da Cunha Junior (2006, p. 247): “se por um lado todas as normas constitucionais são providas de eficácia jurídica, por outro, nem todas podem desfrutar de aplicação direta e imediata”.

A Constituição de 1988 consagrou as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais em normas de aplicação direta e imediata, o que significa, em princípio, que essas normas têm eficácia plena, não sendo dependentes de qualquer interposição do legislador para lograrem a efetividade ou eficácia social.

As normas que definem direitos sociais de cunho prestacional, são, em sua maioria, normas programáticas, e este fato, traz à baila o questionamento da aplicabilidade destes mandamentos. Isto se dá já que, em normas programáticas, cuida-se em planejar o futuro, enfatizando sua natureza prospectiva, razão pela qual se faz necessário a tomada de decisões políticas voltadas para o amanhã.

Na lição de Jose Afonso da Silva (2003, p. 138), normas programáticas são:

Normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta ou indiretamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

Na doutrina vigem duas posições extremadas, acerca da aplicabilidade das normas definidoras de direitos fundamentais. A primeira corrente entende que o art. 5º, § 1º, da CF/88

não pode atentar contra a natureza das coisas, de modo que os direitos fundamentais só têm aplicação imediata se as normas que os definem forem completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2002, p. 100), defende:

O constituinte não se percebeu que as normas têm aplicabilidade imediata quando são completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Ou seja, quando a condição de seu mandamento não possui lacuna, e quando esse mandamento é claro e determinado. Do contrário, ela não é executável pela natureza das coisas. Ora, de duas uma, ou a norma definidora de direito ou garantia fundamental é completa e, portanto, auto-executável, ou não o é, caso em que não poderá ser aplicada.

A segunda corrente, em extremo oposto, defende a imediata e direta aplicação das normas de direitos fundamentais, ainda que de caráter programático, no sentido de que os direitos subjetivos nelas consagrados podem ser imediatamente desfrutados independentemente de concretização legislativa.

Nesse sentido, Eros Roberto Graus (1995, p. 311), defende que:

Essas normas devem ser imediatamente cumpridas pelos particulares, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo. Significa ainda, que o Estado também deve prontamente aplica-las, decidindo pela imposição do seu cumprimento, independentemente de qualquer produção legislativa, e as tornando jurídica ou formalmente efetivas, por essa razão é que tais normas não tem mais caráter meramente programático, assumindo a configuração de preceitos auto-executáveis, aos quais o aplicador último do direito, o Poder Judiciário, deve conferir efetividade jurídica ou formal.

A doutrina recente e majoritária consiste em buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato das normas definidoras de direitos sociais a fim de possibilitar sua concretização prática, pelo princípio fundamental da efetividade da Constituição.

A primeira posição, acima mencionada, decerto, não pode ser aceita, pois não parece corresponder à vontade do Constituinte. Não há suporte fático e jurídico que corrobore com o entendimento de que, a norma do art. 5º, § 1º, da CF/88, contém fórmula desprovida de conteúdo. Esta concepção não está alinhada aos melhores posicionamentos da doutrina nacional, não podendo, portanto prosperar.

É nítida a intenção do Constituinte de 1988 em evitar que os direitos fundamentais fiquem ao obséquio do legislador infraconstitucional.

Nesse contexto, merecem destaque as palavras de Dirley da Cunha Junior (2006, p. 255), para quem:

A norma - princípio do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, tem por finalidade irrecusável propiciar a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, sem necessidade de qualquer intermediação concretizadora, assegurando, em última instância a plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua imediata exigibilidade em juízo, quando omitida qualquer providência voltada à sua efetivação.

Ademais, é princípio conhecido de hermenêutica, aquele que prestigia uma interpretação que extraia do texto interpretado a sua máxima utilidade e efetividade. Desmerecer a utilidade e o grau normativo ótimo do preceito em destaque, é ir contra a natureza das coisas. Para Dirley (2006, p. 250/251): “é inadmissível, portanto, uma interpretação que negue qualquer eficácia o dispositivo em comento, recusando ao mesmo o regime jurídico reforçado que o constituinte a ele reservou”.

Todavia, o assunto não é tão simples, pois, a despeito de expressa previsão constitucional contida no art. 5º, § 1º da CF/88, as normas definidoras de direitos fundamentais estão longe de se identificarem funcional e normativamente. Isto porque, segundo Dirley (2006, p. 248): “assume feições distintas, seja de referência as funções que desempenham no ordenamento jurídico, seja no tocante às técnicas de positivação”.

Assim, em que pese todas integrem a mesma categoria jurídico-normativa e serem rotuladas de normas definidoras de direitos fundamentais, elas, em razão das distintas funções que exercem e das diferentes técnicas de positivação às quais se submeteram, não são dotadas da mesma carga eficaz.

No que tange as funções que desempenham, os direitos fundamentais podem ser de defesa e de prestação. Os direitos de defesa, aqueles ligados as liberdades individuais, por traduzirem essencialmente, a exigibilidade de abstenção por parte dos órgãos estatais, não manifestam maiores dificuldades quanto à sua efetividade, já que não se estendem a esse grupo de direitos as razões normalmente invocadas em desfavor da efetividade dos direitos sociais prestacionais, como os limites fáticos impostos pela ‘reserva do possível’ e a falta de legitimação do Judiciário para a definição do conteúdo e alcance das prestações.

É na função de direitos a prestações que paira a maior dificuldade de efetivação, posto que tem por objeto uma conduta positiva por parte do Estado, consistente, via de regra, numa prestação de natureza fática ou normativa. Com efeito, o que distingue os direitos sociais dos direitos de defesa é, basicamente, o seu objeto. Enquanto o objeto dos direitos de defesa é uma abstenção do Estado, ou seja, um ato omissivo, um *non facere*, no sentido que esses direitos têm por finalidade proteger o indivíduo contra as investidas abusivas dos órgãos estatais, exigindo destes tão-somente prestações negativas; os direitos sociais têm por objeto

um atuar permanente do Estado, ou seja, um ato comissivo, um *facere*, consistente numa prestação positiva de natureza material ou fática em benefício do indivíduo, para garantir-lhe os recursos materiais indispensáveis para uma existência digna.

Assim, diversamente dos direitos de defesa, para cuja tutela necessita-se apenas que o Estado no permita sua violação, os direitos sociais não podem ser tão-somente atribuídos ao indivíduo, pois exigem permanente ação estatal na realização de programas sociais. A questão que se ventila diz respeito à plena eficácia e aplicabilidade imediata desses direitos que, como decorrência direta da suprema dignidade da pessoa humana, deve ser, desde logo, reconhecida e assegurada.

Nesse sentido, discorre Dirley da Cunha Junior (2006, p. 264):

Todos os direitos fundamentais, qualquer que seja a sua natureza, são direitos diretamente aplicáveis, vinculam todos os poderes, especialmente o Legislativo, e essa vinculação se submete ao controle judicial.

As prestações-objeto dos direitos sociais correspondem a bens materiais economicamente relevantes e consideráveis, cuja efetivação, é certo, depende da disponibilidade econômica do Estado, que é o principal destinatário da norma. Ou seja, os direitos sociais reclamam à existência de recursos financeiros ou meios jurídicos necessários a satisfazê-los. Daí sustentar-se que estes direitos se sujeitam a uma reserva do possível, entendida como a possibilidade de disposição econômica e jurídica por parte do destinatário da norma, para adquirirem efetividade. Também dependem de concretização legislativa, executora das prestações que constituem seu objeto.

Essas características gerais, ora apontadas, dificultam, mas não negam o caráter de autênticos direitos fundamentais, revestidos de imediata aplicabilidade, seja porque se destinam a prover o homem de meios de subsistência, garantindo-lhe o mínimo existencial, seja porque evidenciam o grau de democracia do Estado, além de que a Constituição de 1988 tomou partido e os incluiu, expressamente, entre os direitos fundamentais do Título II de seu texto.

Todos os direitos que exprimem uma posição jurídica dirigida a um comportamento ativo por parte do Estado e, conseqüentemente, não se enquadram na categoria dos direitos de defesa, são direitos fundamentais a prestações, exercendo uma função de *status positivus*, na medida em que caracterizados pela dimensão prestacional que lhes é peculiar e que os distingue dos direitos de defesa. Nesse diapasão, o princípio da dignidade da pessoa humana é

a base de todos os direitos sociais, de tal sorte que, independentemente da previsão expressa desses direitos a prestações, deve-se-lhes pleno reconhecimento.

E destaca Dirley da Cunha Junior (2006, p. 264):

[...] diversamente dos direitos de defesa, para cuja tutela necessita-se apenas que o Estado não permita sua violação, os direitos sociais não podem ser tão-somente atribuídos ao indivíduo, pois exigem permanente ação do Estado na realização dos programas sociais.

No que tange as diversas formas de positivação, traz-se à baila as normas de cunho programático, que são as diretrizes impostas pelo constituinte originário, a fim de que os poderes instituídos, Executivo, Legislativo e Judiciário, na execução de suas atividades típicas, realizem com eficiência e eficácia os fins socialmente almejados.

As normas constitucionais programáticas são, nas palavras de Maria Helena Diniz (2002, p. 116): “normas que o constituinte não regula diretamente os interesses ou direitos nelas consagrados, limitando-se a traçar princípios a serem cumpridos pelos poderes públicos”. A imediata aplicabilidade destas normas é bastante questionada na doutrina pelo fato de que, na maioria delas, cuida-se em planejar o futuro, enfatizando sua natureza prospectiva, razão pela qual se faz necessário a tomada de decisões políticas voltadas para o futuro.

Na tradição do nosso direito constitucional, segundo SARLET (2001, p. 268):

As denominadas normas programáticas costumam ser encaradas de forma bastante ampla e genérica, razão pela qual a tarefa de formular uma posição uniforme, no tange ao conteúdo e significado destas, longe estar de poder se considerada isenta de dificuldades.

O entrave à efetivação das normas definidoras de direitos sociais prestacionais de cunho programático é o fato de não haver, em nível constitucional, precisão no objeto da prestação social devida pelo Estado. Exemplos clássicos são o direito à saúde, ao trabalho e à educação, que não têm objetos precisos que definam a sua efetiva fruição.

Nesse sentido, emerge outro questionamento: quais exatamente as prestações que compõem o objeto do direito à educação, já que a Constituição consagrou este direito em diversos dispositivos, tais como o art. 6º, e o art., 205, que expressam:

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

Art. 205 - A educação, direitos de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Assim, a distinta técnica de positivação revela que este objeto abrange variada gama de posições jurídico-subjetivas, o que dificulta a efetivação dos direitos prestacionais, além da dependência legislativa concretizadora.

As normas de cunho programático se caracterizam por reclamarem, para que possam gerar a plenitude de seus efeitos, uma interposição do legislador. Cumpre destacar, neste contexto, que, dentre as diversas formas de positivação dos direitos sociais prestacionais nos textos constitucionais, a opção do constituinte, e não apenas o brasileiro, recai sobre as modalidades de normas programáticas. Assim, os direitos a prestações, nos ensinamentos de Sarlet (2001, p. 267): “por desencadear sua plena eficácia e se tornarem exigíveis tão-somente depois de concretizados pelo legislador, a doutrina costuma denominá-los de direitos na forma da lei”.

Não se ignora a existência de normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais que, por exigência do Estado Social de Direito, prestam-se a fixar programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelos órgãos de direção política e que reclamam, por isso, mediação legislativa, as chamadas normas programáticas, tendo, portanto, em razão dessa função de prestação material social uma eficácia limitada. Mas, nem por isso, essas normas são destituídas de aplicação imediata, exigindo apenas um esforço maior de complementação por parte dos órgãos do Judiciário, no exercício de sua atividade de garantia e efetivação dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Dirley da Cunha Junior (2006, p. 256), assevera:

Em face da vinculação de todos os órgãos públicos (eficácia vertical) e de todos os particulares (eficácia horizontal) aos direitos fundamentais e forte no que dispõem os princípios da aplicação imediata das normas definidoras desses direitos e da inafastabilidade do controle judicial, qualquer órgão do judiciário encontra-se investido do dever-poder de aplicar imediatamente, diante do caso concreto, as normas de direitos fundamentais, assegurando o pleno gozo das posições subjetivas neles consagradas, seja qual for a natureza e a função desses direitos, e isso se dá independentemente de qualquer concretização legislativa.

Ainda referindo-se às normas de cunho programático, Sarlet (2001, p. 270) ensina que:

[...] estas normas são dotadas de eficácia e não podem ser consideradas meras proclamações de cunho ideológico ou político”. Isto se dá já que todas as normas constitucionais, mesmo as que fixam programas, possuem o caráter de autênticas normas jurídicas, dotadas de eficácia e exigibilidade.

A força dirigente e determinante dos direitos fundamentais a prestação, particularmente os direitos sociais, inverte o objeto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjetivo, qual seja, de uma pretensão de omissão dos poderes públicos transita-

se para uma proibição de omissão. Desse modo, a problemática da violação dos direitos fundamentais não se cinge tão-somente a atos positivos do poder público, compreende, com acentuado destaque, a falta de prestações e a inércia normativa dos órgãos de direção política, fazendo com que as normas constitucionais, definidoras de direitos fundamentais, percam sua eficácia social, contrariando a vontade do constituinte originário.

Assim, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade direta e imediata, homenageando a vontade precípua do legislador originário que, ao editar o princípio em foco, pretendeu uma dinâmica mais célere na efetivação dos anseios sociais, preconizados pelas normas constitutivas de direitos sociais.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, em que o relator, Ministro Celso de Melo, dispõe (2004, p. 02):

[...] não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando previstas no texto da Carta Política, [...], venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta corte, que não pode desmitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos da segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas [...].

Na dinâmica de efetivação dos direitos sociais de cunho prestacionais, cabe ao Poder Judiciário a tarefa de controlar os atos dos demais poderes, e em caso de omissão, estará incumbido de efetivar, ele próprio, o direito reclamado, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.

CAPÍTULO 3 A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Com a Carta de 1988, os direitos fundamentais passaram a ter um significado ímpar, como se defluiu da própria modificação feita pelo constituinte ao alterar a localização do catálogo dos direitos fundamentais para o início do texto constitucional. Além disso, também se reconheceu que estes direitos são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, e, dessa forma, será ilegítima qualquer reforma com objetivo de suprimi-los, conforme dispõe as cláusulas pétreas no art. 60 da CF/88:

Art. 60 *omissis*

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I. *omissis*

II. *omissis*

III. *omissis*

IV. Os direitos e garantias individuais.

Dessa maneira, os direitos fundamentais têm disposições definidoras de uma competência negativa do Poder Público, quando a obrigação é de respeitar o núcleo de liberdade assegurado pela Carta Maior, e disposições que consagram direitos a prestações positivas, que se subdividem em prestações fáticas ou normativas.

Sob este aspecto ressalta Gilmar Mendes (2002, p.06), que:

A visão dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa (*Abwehrrecht*) revela-se insuficiente para assegurar a pretensão de eficácia que dimana do texto constitucional. [...] não se cuida apenas de ter liberdade em relação ao Estado [...], mas de desfrutar essa liberdade mediante atuação do Estado [...].

Característica forte dessas pretensões a prestações de índole positiva é a de que elas estão voltadas para a conformação do futuro. Tais pretensões impõem decisões que estão submetidas a elevados riscos, como por exemplo, o direito à assistência social, previsto no artigo 6.º c/c art. 203 da CF/88, que dependem de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica.

E ainda comenta Gilmar Mendes (2002, p. 07):

A submissão dessas posições a regras jurídicas opera um fenômeno de transmutação, convertendo situações tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas. Tem-se, pois, a juridicização do processo decisório, acentuando-se a tensão entre direito e política.

Neste ponto, a questão se torna complexa, visto que, o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, esculpido no art. 5º, § 1º da CF/88, revela que tais direitos estão especialmente reforçados nos seus âmbitos normativos, de modo que, em caso de descumprimento, por omissão, de algum direito fundamental, ou de lacuna legislativa impeditiva de sua fruição, deve e pode o Poder Judiciário, valendo-se de um autêntico dever-poder de controle das omissões do Poder Público, desde logo e em processo de qualquer natureza, aplicar diretamente o preceito definidor do direito em questão, emprestando ao direito fundamental desfrute imediato, independentemente de qualquer providência de natureza legislativa ou administrativa regulamentadora.

Em princípio, ao Poder Judiciário, pelo Princípio da Separação de Poderes, prescrição do art. 2º da CF/88, não cabe tomar decisões legislativas ou administrativas discricionárias por não ser órgão de representação popular, competindo, assim, aos Poderes Legislativo e Executivo, respectivamente, tais ações. Entretanto, frente à inércia dessas funções, o Judiciário não deve se manter omissivo.

O sistema jurídico brasileiro autoriza a qualquer órgão do Poder Judiciário remover lacunas indesejadas, colmatando-as e suprimindo-as, com base na analogia, nos costumes nos princípios gerais de direito, e por meio de uma interpretação criativa e concretizante, inexistindo, neste caso, qualquer afronta ao tão reverenciado Princípio da Separação dos Poderes, aliado ao Princípio da Inafastabilidade do controle dos atos pelo Poder Judiciário, com fulcro no art. 5º, XXXV, da CF/88, que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Portanto, sendo os direitos fundamentais de cunho prestacionais, autênticas posições subjetivas de cada indivíduo, investindo-o de poder, para exigir do Poder Público o seu direito violado, em caso de descumprimento dos mandamentos constitucionais ou omissões legislativas, autorizado está, o Judiciário, quando provocado, a fazer valer tal direito, com esteio no dever constitucional, a ele incumbido, de garantir a efetividade e fruição de medidas que garantam o mínimo existencial e preservem a dignidade da pessoa humana, ainda que inexista concretização legislativa.

3.1 Aplicabilidade das normas garantidoras dos direitos e garantias fundamentais e a função do Poder Judiciário

As normas que definem os direitos fundamentais, inerentes à dignidade da pessoa humana, gozam de aplicação direta e imediata, vinculando todos os poderes instituídos na nossa ordem constitucional, com fulcro no art. 5º, § 1º, da CF/88. Tal vinculação e imediatividade trouxe grandes questionamentos e celeumas, principalmente ao se referir aos direitos fundamentais sociais de cunho, prestacional, que reclamam maior integração por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, na efetivação de políticas públicas que garantam o mínimo existencial a todo ser humano.

Afirmar que o princípio da imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais, disposto no art. 5º, § 1º, da CF/ 88, tão-somente encerra um mandado de otimização, que impõe aos órgãos estatais a obrigação de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais sociais prestacionais, gerando apenas uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas que definem direitos, é limitar o significado desse princípio garantidor da efetividade dos direitos fundamentais e voltar ao passado, em o qual o gozo dos direitos fundamentais ficava mercê do capricho do legislador ordinário, numa inadmissível inversão de valores.

Reduzir-se a grandeza do princípio da aplicação imediata das normas definidoras de direitos fundamentais é virar as costas ao passado histórico de lutas e conquistas que se desenvolveram no processo de afirmação, a duras penas, destes direitos.

Assim, o princípio em epígrafe veio à tona porque já se tornava evidente que a exigência de uma regulamentação dos direitos punha em perigo a eficácia destes, pois bastava a inércia do legislador para que as normas constitucionais se transformassem em conceitos sem sentido e conteúdo.

Alguns doutrinadores nacionais enfrentaram o tema, defendendo a imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais, independentemente da intermediação legislativa.

Aqui, destaca-se o pensamento de Eros Grau (1995, p. 315/316):

O juiz não é, tão-somente, [...], a boca que pronuncia as palavras da lei. Está, ele também, tal qual autoridade administrativa, e bem assim, o membro do Poder Legislativo, vinculado pelo exercício de uma função, isto é, de um poder-dever. Neste exercício, que é desenvolvido em clima de interdependência e não de independência de Poderes, a ele incube, sempre que isso se imponha como indispensável à efetividade do direito, integrar o ordenamento jurídico, até o ponto, se necessário, de inova-lo primariamente. O processo de aplicação do direito

mediante a tomada de decisões judiciais, todo ele, alias, é um processo de perene recreação e mesmo de renovação (atualização) do direito. Por isso que, se tanto se tornar imprescindível para que um direito com aplicação imediata constitucionalmente assegurada possa ser exequível, devera o Poder Judiciário, caso por caso, nas decisões que tomar, não apenas reproduzir, mas produzir direito, evidentemente retido pelos princípios jurídicos.

No mesmo sentido, Piovesan (2002, p. 90), acrescenta que, a partir do Princípio da Aplicabilidade Direta e Imediata, todos os direitos fundamentais devem alcançar imediata aplicação, devendo os poderes públicos conferir a máxima eficácia a todas as normas definidoras desses direitos.

Para tanto, discorre Piovesan (2002, p. 90/91):

Cabem aos órgãos judiciais: a) interpretar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade ótima e b) densificar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais de forma a possibilitar a sua aplicação imediata nos casos de ausência de leis concretizadoras.

Por esta razão, as normas definidoras de direitos sociais prestacionais já não têm mais caráter meramente programático, assumindo a configuração de preceitos auto-executáveis, aos quais o aplicador ultimo do direito, o Poder Judiciário, deve conferir efetividade jurídica.

De acordo com Barroso (2002, p. 142-143):

Parece bem a inclusão do princípio no Texto, diante de uma pratica que reiteradamente nega tal evidencia, por certo, a competência para aplicá-las, se descumpridas por seus destinatários, há de ser do Poder Judiciário. E mais: a ausência de lei integradora, quando não inviabilize integralmente a aplicação do preceito constitucional, não em empecilho à sua concretização pelo juiz, mesmo à luz do direito positivo vigente, consoante se extrai do art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil.

No âmbito de uma dogmática constitucional transformadora, que reclama pela renovação da clássica teoria da separação do poderes, não mais se questiona a capacidade do Poder Judiciário, por meio de uma interpretação construtiva, de criar o Direito. Existem normas definidoras de direitos fundamentais que, por exigência do Estado Social de Direito, prestam-se a fixar programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelos órgãos de direção política, e que reclamam, por isso, mediação legislativa, sendo, portanto, normas de eficácia limitada. Porém, estas normas não são destituídas de aplicação imediata.

Com efeito, Dirley da Cunha Junior (2006, p. 256), assevera que “[...] elas apenas exigem um esforço maior de complementação por parte dos órgãos do judiciário, no exercício de sua atividade de garantia e efetivação dos direitos fundamentais”.

E ainda continua Dirley da Cunha Junior (2006, p 256):

A ausência de concretização jamais poderá representar óbice à aplicação imediata das normas de direitos fundamentais pelos juizes e tribunais, uma vez que, o Judiciário, amparado no que dispõe o art. 5º, § 1º, combinado com esse mesmo artigo, inciso XXXV, da CF/88, não apenas está investido do indeclinável dever de garantir a plena eficácia dos direitos fundamentais, como está autorizado a remover eventual lacuna decorrente da falta de concretização, podendo se valer, para tanto, dos meios fornecidos pelo próprio sistema jurídico positivado, que contempla norma do art. 4º da LICC, segundo o qual “quando a lei for omissa, o juiz decidira o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Isto se dá já que, o fato de a norma constitucional definidora de direitos fundamentais, remeter ao legislador ordinário a tarefa de regulá-la, não afasta a seu caráter de imediatidade. Quando tal ocorre, pretende o constituinte tão-somente, movido por um sentimento voltado a assegurar uma maior segurança e certeza, uma regulamentação geral e uniforme desses direitos para todos os seus titulares.

Até porque a regulamentação legislativa, quando houver, nada acrescentará de essencial, podendo apenas ser útil pela certeza e segurança que cria quanto às condições de exercício dos direitos ou quanto à delimitação frente a outros direitos.

Neste sentido, Dirley (2006, p. 257) ensina que:

O legislador não cumpre a determinação constitucional, e o direito permanece sem regulamentação, não deixa ele, por isso, de ser direito, e como direito (subjeto) que é, não pode deixar de ser exigível judicialmente. Cabe, então, ao Judiciário, viabilizar seu exercício, no caso concreto, independente da *interpositio legislatoris*.

A nova dogmática constitucional tem propiciado uma mudança paradigmática, que envolve a idéia de que os direitos fundamentais não precisam de regulamentação para serem desfrutados e incidirem, podendo se imediatamente invocados por seus titulares, ainda que haja falta de ou deficiência da lei.

O argumento de que a norma constitucional definidora de direitos fundamentais, carente de regulamentação, só opera seus efeitos quando editada a lei que a torne efetiva, significa admitir a transferência da função constituinte do legislador originário para o legislador ordinário, já que sua omissão retiraria de vigência a norma constitucional.

É preciso enfatizar que a dignidade da pessoa humana, alçada em princípio fundamental pela Constituição, disposição do art. 1º, III, da CF/88 e vetor para a identificação material dos direitos fundamentais, apenas estará assegurada quando for possível ao homem uma existência que permita a plena fruição de todos os direitos.

Os que objetam a existência de direitos subjetivos a prestações pelo Estado, e conseqüentemente, negam a efetividade e aplicabilidade imediata dos direitos sociais,

invocam também, o argumento de que os dispositivos que os prevêm são abertos, indeterminados e imprecisos, surgindo daí a necessidade de integração legislativa.

Assim, comenta Dirley (2006, p. 268):

Esse argumento não pode prosperar. A existência de expressões ou conceitos vagos ou indeterminados não é, e nunca foi obstáculo à aplicação imediata das normas jurídicas, notadamente das norma jurídico-constitucionais definidoras de direitos fundamentais, que gozam, por determinação da própria Constituição (art. 5º, § 1º), de plena eficácia e aplicabilidade direta e imediata. Esse argumento é ainda mais frágil, quando, ademais, temos consciência de que, no sistema jurídico brasileiro, constitui missão indeclinável dos juízes e tribunais, para o fim de assegurar o exercício do direito, dele afastando qualquer tipo de lesão ou ameaça (art. 5º, XXXV), a determinação, *in concreto*, do conteúdo e alcance dos preceitos normativos, exatificando os conceitos abertos e integrando as lacunas ou omissões porventura existentes, para tanto valendo-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito (LICC, art.4º, e CPP, art. 126), além de uma atividade de interpretação criativa e concretizadora.

A problemática trazida pelo escopo do art. 5º, § 1º da CF/88 não é mais a que discute se há ou não aplicação imediata dos direitos fundamentais sociais prestacionais, que é pressuposta, e sim, em como realizar e tornar efetiva essa aplicação imediata. Neste diapasão, surge o questionamento sobre o novo papel do Poder Judiciário, frente às omissões legislativas de concretização destes direitos, que são inerentes à dignidade da pessoa humana. Ressalte-se, assim, a particular relevância da função exercida pelos órgãos jurisdicionais, na medida em que, segundo Sarlet (2001, p. 335), leciona:

Os órgãos do Poder Judiciário não apenas se encontram, eles próprios, também vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, mas que exercem para além disso, e em função disso, o controle da constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais, de tal sorte que os tribunais dispõem, simultaneamente, do poder e dever de não aplicar os atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade.

Reconhece-se que os direitos sociais representam uma garantia constitucional das condições mínimas e indispensáveis para uma existência digna. E o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o melhor fundamento para a aceitação de um direito subjetivo público aos recursos materiais mínimos, tais como saúde, educação, assistência e previdência social, salário mínimo, trabalho, moradia, entre outros, necessários à elevação das condições materiais e espirituais do homem.

Percebe-se que é obrigação do Estado Social proporcionar ao indivíduo os recursos necessários à garantia de um padrão mínimo de satisfação das necessidades pessoais, como modo de realização de sua plena felicidade, e no caso de omissão ou ineficiência da prestação, cabe ao Judiciário, no seu mister de assegurar a efetividade da Constituição, dar condições de

fruição da prestação reclamada, fazendo uso de uma interpretação sistemática e criativa do ordenamento, sem, contudo, violar o Princípio da Separação dos Poderes. Até porque no confronto entre princípios, a Dignidade da Pessoa Humana se mostra preponderante.

O Princípio da Separação dos Poderes, além do sentido negativo, de divisão, controle e limitação, tem sentido positivo, de assegurar a justa e adequada ordenação das funções do Estado, impondo competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais que albergam a soberania.

Para Rosalia Rocha (2005, p. 15):

Na seara dos direitos fundamentais e respectiva concretização, essa dimensão positiva se apresenta extremamente relevante, tendo em vista que o excesso e o ilimitado uso de competências conferidos constitucionalmente implicaria ofensa ao princípio da separação dos poderes.

A Constituição Federal não autoriza expressamente a suprir omissões legislativas, como também inexistente autorização clara para invalidação de leis inconstitucionais, existe apenas, dispositivos que autorizam a declaração, pelo juiz, de que determinado ato é inconstitucional. Como a CF/88 confere aos juizes a função de controle da atividade legislativa, implicitamente também atribui os poderes necessários para o reparo, que, no caso da omissão, implica na concretização judicial da norma, ao menos no caso concreto.

Tal poder conferido ao Judiciário, encontra respaldo no Princípio da Teoria dos Poderes Implícitos, que se fundamenta na idéia de que, para cada poder outorgado pela Constituição a certo órgão, são implicitamente conferidos amplos poderes para sua fiel execução.

Quando o constituinte concede a determinado órgão ou instituição uma função, atividade-fim, implicitamente estará concedendo-lhe os meios necessários para o cumprimento de seu desiderato, sob pena de ser frustrado o exercício do dever constitucional que lhe foi cometido, essa é a chamada Teoria dos Poderes Implícitos. Assim, é que, no mister jurisdicional de efetivação da Constituição, cabe a este, indiscutivelmente, se utilizar de todos os meios legais, dentro da proporcionalidade e razoabilidade, para a consecução de tal fim.

Diante da Inafastabilidade do Judiciário e da Separação de Poderes, surge um conflito de princípios, constitucionalmente consagrados, sem que haja, *a priori* uma mensuração de preponderância. Na doutrina, especialmente estrangeira, defende-se a idéia inovadora de ponderação entre princípios, significando que, em face do caso concreto, se avalie qual dos princípios em jogo prevalecerá, levando-se em consideração o interesse maior da coletividade, e a idéia de que, nenhum princípio é absoluto.

Robert Alexy, *apud* Dirley (2006, p. 271), leciona:

O indivíduo tem um direito definitivo a prestação, ou seja, u direito subjetivo a prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior do que os princípios formais e materiais opostos, tomados em seu conjunto. Este é o caso, por exemplo, dos direitos fundamentais sociais mínimos, por não terem eles conteúdo objetivo excessivo. Quando os direitos fundamentais dispõem de conteúdo claramente excessivo, eles são direitos *prima facie* que implicam em deveres *prima facie* para o Estado. Isso não significa, entretanto, que não sejam vinculantes.

Assim, diante deste entendimento, os direitos sociais que correspondem a um padrão mínimo essencial para uma existência digna, são reconhecidamente direitos subjetivos a prestações pelo Estado, desde que, ponderados os valores em conflito, restar inquestionável a necessidade de se assegurar uma condição mínima de existencial em decorrência da dignidade da pessoa humana. E, portanto, está autorizado o Poder Judiciário, quando invocado, a fazer valer o mínimo existencial de cada indivíduo, obrigando poder público a esta tarefa, ou ele próprio, através medidas, como se legislador fosse.

Todos os direitos sociais gozam de aplicação imediata e podem ser efetivados judicialmente, já que estes são decorrência direta do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que se encontra na base de todos os direitos fundamentais.

3.2 A cláusula da "reserva do possível" e o "mínimo existencial"

As prestações materiais, que envolvem a realização do mínimo existencial de cada cidadão pelo Estado, em questões de efetividade, para cumprir seu real objeto, estão adstritas a diversas condições, dentre elas, a que mais se destaca é a reserva do financeiramente possível.

Trata-se de conceito oriundo do Direito Alemão, baseado em decisão da Corte Constitucional (BverfGE n.º 33, S.333), no qual se pretendia ingressar no ensino superior público, mesmo sem existir vagas suficientes, com argumento na garantia da Lei Federal Alemã de liberdade de escolha da profissão.

A referida decisão firmou posicionamento de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável. Assim, ainda segundo a Corte Constitucional Alemã, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade.

A doutrina e jurisprudência germânica entendem que o reconhecimento dos direitos sociais depende da disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários para satisfazerem as prestações matérias que constituem seu objeto, saúde, educação, assistência social, dentre outros. Além de que, asseguram que a decisão sobre a disponibilidade desses recursos insere-se no espaço discricionário das opções do governo e do parlamento, através da composição dos orçamentos públicos. Titula-se este limite financeiro de 'reserva do possível', para significar que a efetivação dos direitos sociais depende da disponibilidade dos recursos econômicos.

A doutrina nacional, lamentavelmente, vem acolhendo comodamente essa criação do direito estrangeiro, aceitando-a indiscriminadamente como obstáculo à efetividade dos direitos sociais. Questão que se faz ao delimitar, diante do caso concreto, quais são os critérios utilizados para definir o que é razoável e, além disso, quais são os órgãos legitimados para tanto.

Fala-se na existência de um direito mínimo de existência, extraído, na Alemanha, do Princípio da Dignidade Humana, em que cabe ao Estado a garantia de um mínimo existencial para cada indivíduo. Na realidade vivida no país subdesenvolvido como o Brasil, não há que se esperar a mesma aplicabilidade e eficácia dessas teorias, amplamente aceitas no direito alemão, que vive uma outra realidade social.

Apesar das grandes contribuições que a doutrina estrangeira tem dado ao direito brasileiro, proporcionando consideráveis avanços na doutrina nacional, é preciso esclarecer, contudo, a discussão e a duvidosa pertinência do traslado de teorias jurídicas desenvolvidas em países de bases cultural, econômica e histórica próprias, para outros países cujos modelos jurídicos estão sujeitos a condicionamentos distintos.

Com efeito, Dirley (2006, p. 286), assevera que:

A chamada reserva do possível foi desenvolvida na Alemanha, num contexto jurídico e social totalmente distinto da realidade histórico-concreta brasileira. Nestas diferentes ordens jurídicas concretas não variam apenas as formas de lutas, conquistas e realização e satisfação dos direitos, mas também os próprios paradigmas jurídicos aos quais se sujeitam. Assim, enquanto a Alemanha se insere entre os chamados centrais, onde já existe um padrão ótimo de bem-estar social, o Brasil ainda é considerado um país periférico, onde milhares de pessoas não têm o que comer e são desprovidas de condições mínimas de existência digna, seja na área de saúde, educação, trabalho e moradia, seja na área de assistência e previdência sociais, de tal modo que a efetividade dos direitos sociais ainda depende da luta pelo direito, entendida como processo de transformações econômicas e sociais, na medida em que estas forem necessárias para a concretização desses direitos.

O mínimo existencial em nosso país, em que um salário mínimo, disposto pela Carta Maior no art. 7.º, IV, é, digo, deve ser aquele "[...] capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social [...]", os paradigmas mudam, significativamente. Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde cada vez mais, cidadãos são excluídos e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, os direitos sociais não podem ser reféns de condicionamentos do tipo reserva do possível.

Os problemas de orçamento não podem ser guindados a obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais sociais, pois imaginar que a realização desses direitos depende de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero, e isto representaria uma violenta frustração da vontade do constituinte e uma desmedida contradição do modelo do Estado do Bem –Estar- Social. Neste sentido, Dirley (2006, p. 287), leciona que:

Permite-se ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do Poder Público, determinar uma redistribuição dos recursos público existentes, retirando-os de outras áreas, fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas, serviço da dívida, mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a Ex-presidentes da República, gastos em publicidade, etc., para destina-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-os das condições mínimas de existência.

A inaplicabilidade do limite da reserva do possível se torna mais patente quando analisado profundamente o caso brasileiro. Verifica-se um país que possui um grupo de aproximadamente 70 milhões de pessoas, que não dispõe de um atendimento mínimo de qualidade nos serviços públicos de saúde, educação, assistência social, e que os cidadãos vivem em condições indignas e subumanas, sem alimentação, sem moradia, sem higiene. Questiona-se se o mínimo existencial garantido a todo cidadão na Alemanha é garantido no Brasil. Decerto que não.

A ordem constitucional brasileira é essencialmente dirigente, composta de uma grande quantidade de normas que impõe ao Estado Brasileiro a realização de políticas públicas socialmente ativas voltadas ao atendimento dessas mesmas necessidades, fixando os mandamentos que devem ser cumpridos pelo Estado Social, na efetivação dos direitos sociais. Por tudo isto, não é cabível a transferência das teorias desenvolvidas na Alemanha para a realidade brasileira, sem as devidas adaptações.

Nessa situação de exclusão social, com falta das condições mínimas de uma existência digna para grande parte da população brasileira, passa-se a exigir a interferência do Poder Judiciário, posto que este é obrigado a agir onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da Constituição, como o direito à vida, dignidade humana, e também o Estado Social. Assim, não atendido esse padrão mínimo, seja pela omissão total ou parcial do legislador, o Poder Judiciário está legitimado a interferir, num autêntico controle dessa omissão inconstitucional, para garantir esse mínimo existencial.

Vele ressaltar que esse padrão mínimo, inquestionavelmente assegurado, apresenta consideráveis efeitos financeiros, a repercutir, por conseguinte, na competência orçamentária. Porém, tal competência também não enseja óbice a efetivação dos direitos sociais pelo Judiciário.

Neste sentido, Dirley da Cunha Junior (2006, p. 289) esclarece: “a reserva de competência orçamentária do legislador não é um princípio absoluto, na medida em que os direitos fundamentais podem ter peso e relevância que razões de ordem político-financeira”.

A princípio, cabem ao Legislativo e ao Executivo a deliberação acerca da destinação e aplicação dos recursos orçamentários. Porém, esta competência não é absoluta, pois se encontra adstrita às normas constitucionais, com destaque aquelas definidoras de direitos fundamentais sociais, que exigem prioridade na distribuição desses recursos.

Assim, nem a reserva do possível nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocadas como óbices ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais. A esse respeito, há recente decisão monocrática do Ministro Celso de Melo, do Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº. 45 (anexo). Através desta, reconheceu o ministro a possibilidade do controle judicial de políticas públicas como modo de efetivação dos direitos sociais:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário, e nas desta Suprema Corte, em especial, a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSE CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, no Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao 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

O reconhecimento, pelo STF, da possibilidade de implementação de políticas públicas pelo Judiciário, viabilizou, de forma considerável, a realização dos direitos sociais

prestacionais, já que, independentemente de mediação legislativa na concretização desses direitos, os indivíduos podem reclamar a sua efetivação, por meio de ação. Os direitos sociais já não são mais meras promessas de governo.

3.3 As novas posturas do Poder Judiciário

A teoria da reserva do possível assevera que o reconhecimento dos direitos sociais depende da disponibilidade de recursos públicos, necessários para satisfazerem as prestações materiais que constituem seu objeto, como saúde, educação, assistência, dentre outros.

Assegura, ainda, que a decisão sobre a disponibilidade desses recursos se insere no âmbito discricionário das opções do governo, através da composição do orçamento publico. Sobre o tema, Dirley da Cunha Junior (2006, p. 287) discorre: “os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo reserva do possível”.

Os direitos sociais prestacionais, inerentes à dignidade da pessoa humana, e necessários para que se garanta um mínimo existencial a qualquer individuo, devem ser preocupação constante do Poder Publico, na busca de sua efetivação, sob pena de descumprimento dos mandamentos constitucionais.

Canotilho (1993, p. 470) destaca:

[...] os direitos sociais ficam dependentes, na sua exata configuração e dimensão, de uma intervenção legislativa, concretizadora e conformadora, só então adquirindo plena eficácia e exequibilidade. Uma tal construção e concepção de garantia jurídico-constitucional dos direitos sociais equivale praticamente a um grau zero de garantia.

Assim, não se pode admitir que os direitos sociais existam apenas quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Ademais, o óbice de falta de recursos está ultrapassado, em face da possibilidade de remanejamento de despesas, primando pela prioridade na realização de políticas públicas que resguardem o mínimo existencial. Esta é a vontade do constituinte originário, ao editar a norma consagrada da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais.

Neste diapasão, questiona-se o papel da Poder Judiciário, diante das omissões legislativa e executiva, relativas a efetivação dos direitos sociais prestacionais. Como estes direitos são abrangidos pelo principio da aplicabilidade direta e imediata, não podem estar

condicionados a integração legislativa, cabendo ao Poder Judiciário, quando provocado, a sua efetivação.

Isto se dá pela função que desempenha o Judiciário, qual seja, controlar a atividade dos demais poderes, agindo concretamente quando estes assim não o fizerem. É neste sentido, o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, que em decisão monocrática, reconheceu a possibilidade de controle judicial de políticas públicas, como modo de efetivação dos direitos sociais.

O Ministro Celso de Melo, relator da ADPF nº. 45/DF (2004, p.03) destaca:

[...] 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 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 precedentemente já enfatizado, - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem de viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.[...]

Assim, o Poder Judiciário, em caso de omissão inadmissível do Poderes Legislativo e Executivo, estará autorizado a intervir, no âmbito de atuação dos demais Poderes, para viabilizar a concretização e efetividade dos direitos sociais. Aqui, não se viola o Princípio da Separação dos Poderes, que passa por uma revisão conceitual, em e tratando de conflito com outros princípios preponderantes, como a máxima efetividade das normas constitucionais, proposta pela moderna doutrina.

Sobre o tema, o Ministro Celso de Melo, do STF (ADPF/45, 2004, p. 04) elucida:

[...] No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil, se mostram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. [...]

Nessa importante decisão, enfrentou-se o tema referente a 'reserva do possível', considerando, o relator, que o Estado não pode invoca-la com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais.

Nessa ótica, discorre Celso de Melo, na ADPF/45 (2004, p. 02):

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

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

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Percebe-se assim que, muitos dos direitos fundamentais necessitam, para a sua aplicabilidade, da intervenção do legislador ou do administrador. Poucos são aqueles que possuem densidade suficiente para sua concretização, sendo auto-executáveis. No entanto, apesar da relevância econômica que acompanha os direitos sociais prestacionais, estes não podem ficar, em absoluto, condicionados a concretização dos Poderes Públicos, já que compõem o mínimo existencial de cada indivíduo, e por isso necessitam de imediata efetivação.

A falta de recursos orçamentários não pode ser guindada à óbice de efetivação das políticas públicas, quando se pode remanejar despesas feitas em outras áreas não identificadas como prioridades do Estado Social.

O que não se pode admitir é o fato de que os direitos fundamentais tornem-se, pela inércia do legislador ou pela insuficiência de fundos estatais, letras mortas, pretensões não realizadas. As normas programáticas não podem ser apenas metas futuras, objetivos remotos.

Outro aspecto a ser destacado é o da noção de Estado Democrático e Social de Direito, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais-sociais, comportando uma estrutura ordenada com vistas a servir a coletividade e prover a pessoa humana das condições materiais mínimas de existência, construindo uma sociedade livre, justa e solidária, reduzindo as desigualdades sociais.

Também é o entendimento de Eros Grau (1995, págs. 233/234):

Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é o da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). Cuida-se, aí, da consagração de princípio constitucional impositivo (Canotilho) ou diretriz (Dworkin) - autêntica norma - objetivo; o caráter constitucional conformador do princípio é, não obstante, evidenciado.

Assim, constitui obrigação comum e prioridade do Poder Executivo e do Poder Legislativo a busca incessante da efetividade material dos direitos fundamentais.

Porém, o Judiciário não pode se furtar de apreciar a desobediência a quaisquer modalidades de direitos fundamentais se instado a tanto, seja através do instituto da Inconstitucionalidade por Omissão, seja através do Mandado de Injunção ou por qualquer outra via processual, em lides individuais ou coletivas, deflagradas através de ações propostas em face de agentes públicos ou privados. Porém, parece que a realização do Estado Social e Democrático de Direito e, conseqüentemente, a concretização ou efetivação dos direitos fundamentais na sociedade é obrigação de todos os Poderes do Estado, indistintamente.

Pertinente, a tal propósito são as observações do Ministro Celso de Mello (2004, p. 02):

[...] - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

A Carta de 1988 assegura a todos o direito a condições mínimas de existência e, se os poderes competentes a tal ato se omitirem estar-se-ão infringindo os preceitos contidos naquela legislação. Dessa maneira, a busca da efetividade material dos direitos fundamentais como um todo deve ser missão prioritária também do Poder Judiciário.

Certo é que o Judiciário não pode furtar-se à persecução da efetividade dos direitos fundamentais, devendo decidir o caso concreto ainda que inexista a necessária mediação do legislador ou da Administração Pública, ainda que se trate de norma programática ou não-exeqüível do ponto de vista da aplicabilidade.

Diante disso, conclui-se que, das normas reconhecedoras dos direitos fundamentais, deve-se buscar extrair o máximo de efetividade material. Ao decidir o caso concreto, o

Judiciário afastará, se for o caso, a inexecutabilidade da norma fundamental programática, definindo, se motivo houver, obrigações positivas para o Estado ou para um particular que venha a afrontar direito fundamental, utilizando-se, para tanto, dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais, depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis. Normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos.

A ausência de concretização legislativa ou a sua insuficiência, no que diz respeito a tarefa de integração do direito social reclamado com as disponibilidades financeiras, não pode obstar a realização dos direitos sociais, inerentes à dignidade da pessoa humana, e legitima o Poder Judiciário a viabilizar a fruição deste direito, posto que a negação de qualquer tipo de obrigação, a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais, tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos, o que não se admite no ordenamento jurídico brasileiro, que consagra a aplicabilidade direta e imediata das normas que definem os Direitos Fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo central da pesquisa foi estabelecer, para a comunidade acadêmica e operadores do Direito, parâmetros de discussão e aprofundamento acerca da eficácia dos direitos sociais prestacionais, de forma a contribuir para o conhecimento e aplicação destes direitos, na seara jurídica.

Buscou-se, também, examinar o papel desempenhado pelos direitos fundamentais, destacando-se aquelas prestações materiais devidas pelo “Estado-Gestor”, no ordenamento jurídico brasileiro, fulcrado no Princípio da Aplicabilidade Direta e Imediata destes direitos, esculpido no art. 5º, § 1º, da CF/88.

A pesquisa evidenciou assim, que os direitos sociais, incluídos no rol dos direitos fundamentais, apresentam dificuldades quanto à determinação de sua eficácia e quanto à condição de direitos subjetivos. Isto se dá já que, não há consenso na doutrina acerca da aplicabilidade direta e imediata das normas atinentes aos direitos sociais, nem da possibilidade da exigência destes como direitos absolutos.

Sabe-se que a eficácia dos direitos de liberdade ou de primeira dimensão é facilmente identificada, já que demandam apenas uma abstenção do Poder Público, no sentido de resguardar o indivíduo de qualquer investida abusiva do Estado e de evitar agressões lesivas por parte destes aos bens jurídicos consagrados constitucionalmente.

As maiores dificuldades na efetividade dos direitos fundamentais se manifestaram entre os direitos sociais, posto que reclamam uma conduta positiva por parte do Estado, na consecução de programas destinados a prover o homem de meios indispensáveis de subsistência.

Os direitos sociais de cunho prestacional passam, atual e especialmente no ordenamento jurídico brasileiro, por uma crise de inefetividade, haja vista, serem, via de regra, dependentes de concretização legislativa e de disponibilidade de recursos financeiros, o que acarreta o não cumprimento dos objetivos traçados pela Constituição Cidadã de 1988, que almejou, entre outros objetivos, reduzir as desigualdades sociais e construir uma sociedade mais justa, igualitária e solidária.

Constatou-se, outrossim, que os direitos sociais prestacionais são identificados como autênticos direitos subjetivos, posto que estão consubstanciados em prerrogativas inerentes a dignidade da pessoa humana, princípio que fundamenta todos os demais da nova ordem constitucional, além de que possibilitam, a partir da própria Constituição e

independentemente de qualquer interposição legislativa, o exercício imediato das prestações que lhes constituem objeto, de acordo com o que dispõe o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais.

Assim, todos os direitos fundamentais se submetem ao mesmo regime jurídico-constitucional, com aplicabilidade direta e imediata, em razão da marcada indivisibilidade que os caracteriza, não merecendo respaldo os argumentos que retiram de alguns direitos fundamentais o rótulo da aplicabilidade imediata, dependendo do modelo de positivação.

Tratando-se de direitos sociais, seus dispositivos, na grande maioria, estão traçados em normas de cunho programático, o que foi levantado, por alguns doutrinadores, como óbice a efetividade dos mesmos, por tratarem apenas de diretrizes, tarefas e programas a serem seguidos pelo Estado, sem que haja precisão do objeto da prestação devida.

Tal argumento foi refutado pela observância de que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia, ao menos eficácia jurídica, e esta faz com que todas as normas estejam aptas a produzir seus efeitos, sem necessidade de integração legislativa, e isto vale, inclusive para as normas de cunho programático.

Além de que, as normas gravadas com esta característica programática, exigem apenas um esforço maior de complementação por parte dos órgãos do Judiciário, no exercício de garantia e efetivação dos direitos fundamentais, não sendo, por isso, normas destituídas de aplicação imediata.

Entendido que os direitos sociais prestacionais são direitos fundamentais, abrangidos pelo princípio da aplicação direta e imediata, e que se consubstanciam em autênticas posições subjetivas, podendo o indivíduo exigir do Estado as prestações materiais devidas e consagradas na própria Constituição, passou-se a analisar a problemática da dependência financeira destes direitos, e o papel do Poder judiciário, frente as omissões dos Poderes Legislativo e Executivo.

Outro argumento trazido à baila como óbice à efetivação dos direitos sociais prestacionais, foi o fato de que tais direitos pressupõem disponibilidade financeira, na medida em que o Estado necessita de verbas para a consecução de políticas públicas, como um bom serviço de saúde, educação de boa qualidade, dentre outros aspectos.

Vislumbrou-se, a partir do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, apesar da dependência econômica que envolve a efetivação dos direitos sociais, a falta de recursos não pode ser guindada à óbice de realização de políticas públicas, haja vista, a possibilidade de remanejar os gastos dispensados em outras áreas que não sejam prioridades do Estado Social.

Destacou-se também, o papel do Poder Judiciário, frente às omissões legislativa e executiva, intervindo nas políticas públicas, para dar maior efetividade aos direitos sociais, sem com isso, violar o Princípio da Separação do Poderes. Ressaltando-se que tal princípio passa por uma revisão conceitual, diante do princípio preponderante da máxima efetividade da constituição, defendida pela moderna doutrina constitucional.

A teoria da reserva do possível, que tem por escopo restringir a realização dos direitos sociais, tem sido refutada pela maioria dos doutrinadores nacionais, pois não se adequa à realidade brasileira. O entendimento do STF, ao se pronunciar sobre o tema, foi de aversão a referida teoria, destacando que não se pode condicionar as prestações materiais, devidas pelo Estado, a uma política discricionária, que nem ao menos estabelece o que é razoável de exigência por parte do indivíduo.

Em oportuna decisão, o STF considerou necessária a intervenção do Poder Judiciário, na implementação de políticas públicas que resguardem os direitos sociais, inerentes à dignidade da pessoa humana, já que o Legislativo e o Executivo se mostraram incapazes de realizar este intento, preconizado em vários dispositivos constitucionais.

A ausência de concretização legislativa ou a sua insuficiência, no que diz respeito a tarefa de integração do direito social reclamado com as disponibilidades financeiras, não pode obstar a realização dos direitos sociais, inerentes à dignidade da pessoa humana, e legitima o Poder Judiciário a viabilizar a fruição deste direito, posto que a negação de qualquer tipo de obrigação, a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais, tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos, o que não se admite no ordenamento jurídico brasileiro, que consagra a aplicabilidade direta e imediata das normas que definem os Direitos Fundamentais.

REFERENCIAS

BRASIL, Constituição Federativa do. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 45 MC/DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. DJU 04 de maio de 2004.
Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acessado em: 26.06.2007.

BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais*. Marcelo Novelino de Camargo (org). Salvador: Editora Poduim, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FARIA, Jose Eduardo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FERRAZ, Tercio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica: Ensaio de Programática da Comunicação Normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GEBRAN NETO, João Pedro. *Aplicação Imediata dos Direitos e garantias Individuais: A Busca de uma Exegese Emancipatoria*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1995.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Método, 2004

MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem Constitucional*. Salvador: Revista Dialogo Jurídico, nº. 10, 2002.

Disponível em : [http:// www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br).

Acesso em: 09.11.2007.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional para Concursos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

PINHEIRO, Maria Claudia Bucchianere. *A Constituição de Weimar e os Direitos Fundamentais Sociais: A Preponderância da Constituição Alemã de 1919 na Inauguração do Constitucionalismo Social à luz da Constituição mexicana de 1917*. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Elaborado em: 10. 2005.

Acessado em: 28.09.2007.

PIOVESAN, Flavia. *Proteção Judicial contra Omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCHA, Rosalia Caroline Kappel. *A Eficácia dos Direitos Sociais e a Reserva do possível*. Disponível em: [http:// www.escola.agu.gov.br/revista/ano_V_novembro_2005/rosalia](http://www.escola.agu.gov.br/revista/ano_V_novembro_2005/rosalia). Acessado em: 28.09.2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
_____. *Os Direitos Fundamentais Sociais de 1988*. Salvador: Revista Dialogo Jurídico, IV, nº. 4.2001. Centro de Atualização Jurídica.
Disponível em : [http:// www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br).
Acessado em: 02.10.2007.

SILVA, Jose Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.
_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

SOILBEMAN, Lieb. *Enciclopédia do Advogado*. 5. ed. Thex ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Universitária, 1994.