

4

A juridicidade dos direitos sociais e a sua judicialidade como possibilidade de concreção *The legality of social rights and its judicial activism as the possibility of concretion*

ALEXANDRE GAZETTA SIMÕES

Graduado em Direito, pela Instituição Toledo de Ensino – ITE-Bauru; pós-graduado, com especialização em Gestão de Cidades (Faculdade de Educação e Ciências Gerenciais de São Paulo – Unopec), Direito Constitucional (Universidade do Sul de Santa Catarina – Unisul), Direito Constitucional (Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos – Faeso), Direito Civil e Processo Civil (Faculdade Marechal Rondon – FMR) e Direito Tributário (Universidade da Amazônia – Unama); mestre em Teoria do Direito e do Estado, pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – Univem; analista judiciário federal – TRF3; professor do curso de Graduação em Direito na Associação Educacional do Vale do Jurumirim (Eduvale Avaré); membro do Conselho Editorial da *Revista de Direito do Instituto Palatino*.

RESUMO

O presente artigo busca apresentar uma visão geral dos direitos sociais, a partir de sua gênese e seu desenvolvimento. Para tanto, descreve sua evolução histórica, evocando a teoria das gerações de direitos em cotejo com a evolução dos paradigmas estatais. Dessa forma, evidencia a figura do Estado Social, como conformação estatal apta a dar ensejo ao reconhecimento e à concretização dos direitos sociais. De outra parte, enfatiza o caráter fundamental que emana dos direitos sociais, sendo estes integrantes de um plexo de direitos, os quais identificam o limiar mínimo que deve ser garantido pelo Estado, a fim de que se possa conceber uma existência digna, a partir da igualdade de consideração. E, por tal conclusão, ante a omissão estatal, na implementação de tais direitos, papel constitucionalmente atribuído

aos entes públicos, a atuação das cortes judiciais torna-se fundamental. Ressalta, portanto, o papel do Poder Judiciário que, pelo ativismo judicial no processo de aplicação do direito, direciona e vincula as prestações estatais cabíveis à sua conformação jurídica, afastando uma crise de inefetividade constitucional.

Palavras-chave: direitos sociais; normas programáticas; Estado Social; ativismo judicial.

ABSTRACT

This article seeks to present an overview of social rights, from its genesis and development. It presents its historical evolution, evoking the theory of generations of rights, in comparison with the evolution of paradigms state. Thus, the figure shows the welfare state, as state conformation able to give rise to recognition and realization of social rights. On the other hand, shows the fundamental character that emanates from the Social Rights. These members of a plexus of rights, which identify the minimum threshold that must be guaranteed by the state, so that we can conceive of a dignified existence, from the equal consideration. And by this conclusion, given the omission of the state, implementation of such rights, constitutionally assigned role to public entities, the role of courts is fundamental. Evidence, therefore, the role of the judiciary, that the judicial activism in the process of applying the law, directs and binds state benefits applicable to its legal conformation away a constitutional crisis of ineffectiveness.

Keywords: social rights; programmatic standards; social state; judicial activism.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Estado Social e suas consequências para o estado da arte; 3. Da natureza jusfundamental dos direitos sociais; 4. Das condicionantes à existência dos direitos sociais; 5. Justificativas para a atuação judiciária na concretização dos direitos sociais; 6. Os direitos sociais e a sua judicialidade no STF; 7. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 alçou os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais. Tal constatação é facilmente verificável no texto constitucional, ao se volverem os olhos sobre o Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, daquele diploma normativo.

De outra parte, os direitos sociais, diferentemente dos direitos individuais, os quais surgiram no contexto de liberdade de perspectiva emancipatória do indivíduo, que caracterizou o Estado burguês nos séculos XVIII e XIX, vieram a lume, definitivamente, apenas no século XX, com o esgotamento do modelo econômico liberal. Tais direitos, por sua acepção, preconizam ações estatais para sua existência. Assim, a fundamentalidade desses direitos somente pode ser constatada no seu âmbito de proteção, o qual depende da atuação do Estado.

De outra ponta, a ação estatal é direcionada pelos ditames políticos que regem aquele Estado. Além disso, as políticas estatais estão conformadas pelos limites orçamentários que ditam o regime financeiro a balizar sua atuação política.

Assim, a natureza dos direitos sociais, em sua própria essencialidade, não pode prescindir de uma acepção política, mesmo se compreendendo a sua natureza jurídica, em sua caracterização, como direito fundamental.

Portanto, o reconhecimento da jusfundamentalidade dos direitos sociais é o ponto de partida que deve ser considerado para justificar a intervenção judicial na concretização desses direitos, de modo a não subverter a harmonia democrática que se funda na separação dos poderes, a disciplinar as diretivas políticas de um Estado, sobretudo um Estado Democrático de Direito.

2. O ESTADO SOCIAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O ESTADO DA ARTE

O Estado Social surgiu como resultado da reforma do modelo clássico do Estado Liberal. Teve sua gênese a partir da década de 1920, ligado a três experiências políticas e institucionais, estas baseadas em três acontecimentos históricos, a saber: a Revolução Russa, de 1917, a reconstrução da Alemanha, após a Primeira Guerra Mundial; e a Revolução Mexicana e suas consequências, como a fundação do PRI – Partido Revolucionário Institucional, por exemplo.

Por sua vez, seu embasamento teórico, fixando as bases do garantismo social, advém de três documentos derivados dos fatos históricos relatados, quais sejam: a Constituição de Weimar, de 1919; a Constituição mexicana de 1917; e a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, na Rússia revolucionária de 1918.

Tal panorama foi apresentado por Marcus Orione Gonçalves e Érica Paula Barcha Correia¹, os quais apontaram que, “diante da ameaça socialista do início do século, o Estado capitalista teve que se reestruturar. A sua resposta, desde o primeiro instante de dificuldade, foi a adoção de um Estado de bem-estar social”.

A conformação de tal panorama estatal caracterizou-se pela conjugação das garantias das liberdades individuais com o reconhecimento dos direitos sociais. Nesse sentido, ainda, evidenciando o caráter histórico que permeou aquele momento, a partir da inserção de valores de justiça nas Constituições liberais, Fabio Konder Comparato², ao tecer comentários à Constituição mexicana, evidenciou que:

O que importa, na verdade, é o fato de que a Constituição mexicana, em reação ao sistema capitalista, foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita à lei da oferta e da procura no mercado. Ela firmou o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito. Deslegitimou, com isso, as práticas de exploração mercantil do trabalho e, portanto, da pessoa humana, cuja justificativa se procurava fazer, abusivamente, sob a invocação da liberdade de contratar.

Dentro de uma concepção econômica, entretanto, a reformulação da sociedade capitalista, ante o imperativo da crise, não representou a refundação do capitalismo sobre bases sociais apesar de seu comprometimento com o ideário social. Em suma, as ideias de Keynes influíram na curva de Pareto simplesmente para conservá-la.

Lançando luz sobre esse aparente paradoxo, Emery K. Hunt³ explicou que:

No início do capítulo argumentamos que a defesa ideológica neoclássica do capitalismo tinha três elementos principais: a fê em que mercados livres automaticamente se ajustariam a um nível de produto a pleno emprego; a teoria da distribuição baseada na produtividade marginal, tanto como um modelo de justiça distributiva ideal quanto como uma teoria de como era feita na prática a distribuição de renda; e o argumento da “mão invisível”, ou a crença de que uma economia capitalista concorrencial atingiria automaticamente o ponto ótimo, de Pareto, em que os preços seriam “racionais” e os recursos seriam “alocados eficientemente” (...). Mas, conforme afirmamos no parágrafo anterior, todos os três elementos da ideologia neoclássica formam um sistema intelectual

¹ GONÇALVES & CORREIA (2008: 21).

² COMPARATO (2008: 181).

³ HUNT (2005: 404).

logicamente integrado, mutuamente coerente, no que é logicamente impossível manter-se dois elementos sem se manter o terceiro.

E Hunt concluiu:

Todavia, foi exatamente isso que Keynes tentou fazer. Ele quis abandonar a premissa da automaticidade do mercado para salvar o capitalismo da autodestruição. Quis, porém, manter a fé na teoria da distribuição baseada na produtividade marginal e a fé na eficiência alocativa do mercado. Quis que o governo interviesse o mínimo possível na busca de lucros dos capitalistas e, mesmo assim, só para impedir o desastre. Contudo, realmente fez referência, como aparte, ao fato de que preferia um grau menos extremo de desigualdade da distribuição da riqueza e da renda (também nesse caso, com um suspiro, podemos repetir aquele lema universal do utilitarismo: apertar parafusos é tão bom quanto fazer poesia).

Assim, de certo modo, ocorreu a superação da ideologia liberal clássica a partir da luta de classes sociais que se encontravam em posições antagônicas na cadeia de fruição dos bens econômicos.

O alcance de um novo modelo estatal deu ensejo ao surgimento de uma concepção de seguridade social, com lastro na intervenção estatal, com o fito de garantir iguais oportunidades a todos.

Essa temática foi abordada por Ronald Dworkin⁴, o qual ponderou que:

Podemos dar as costas à igualdade? Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania – e, quanto às riquezas de nações muito prósperas, então sua igual consideração é suspeita, pois a distribuição das riquezas é produto de uma ordem jurídica: a riqueza do cidadão depende muito das leis promulgadas em sua comunidade – não só as leis que governam a propriedade, o roubo, os contratos e os delitos, mas suas leis de previdência social, fiscais, de direitos políticos, de regulamentação ambiental e de praticamente tudo o mais.

Por tais razões, o Estado Social, fundado sob o postulado do reconhecimento e efetivação dos direitos sociais, rompeu, de forma definitiva, com o paradigma anterior, representado pelo Estado Liberal. Tal ponderação foi propugnada por Paulo Bonavides⁵, que, em sua doutrina, explicou o seguinte:

⁴ DWORKIN (2005: IX).

⁵ BONAVIDES (2009: 185).

Como estamos em plena idade do Estado social, a busca desesperada de reconhecimento e efetivação dos direitos sociais parece representar a tarefa mais árdua e importante dessa forma de Estado. Só nos resta, portanto, ser pragmáticos e realistas no tocante à doutrina que sustenta as Constituições no Estado contemporâneo. Já não se pode admitir que seja ela a mesma doutrina do velho e clássico liberalismo. Sobre as ruínas deste, apagada a memória do passado, se intenta doravante erguer um singular social-liberalismo, cujos conteúdos confusos se diluem na imprecisão dos conceitos. Mais sólida e menos vaga, todavia, é a doutrina do Estado social.

O Estado, portanto, passou a chamar para si a solução dos problemas sociais, a partir da ruptura de determinados aspectos da ordem política, social, jurídica e econômica existentes até então. Norteadas por uma axiologia que busca celebrar a dignidade da pessoa humana, essa nova concepção estatal tem a preocupação de garantir padrões mínimos de sobrevivência a toda a sua população.

Clarificando tais aspectos, Marisa Ferreira dos Santos⁶ pontuou que:

Essa intervenção do Estado nas estruturas sociais, por meio da garantia dos direitos sociais, está diretamente ligada ao Estado Democrático, pela preservação dos direitos e garantias fundamentais.

O Estado de bem-estar pretende garantir padrões mínimos de vida digna para o indivíduo e a comunidade, considerando como necessidades básicas a expansão do emprego, a saúde, a educação.

Supera-se, portanto, o paradigma político fulcrado em um Estado garantidor da ordem para uma concepção ideológica calcada em um Estado prestador de serviços, doravante nominado Estado Social.

3. DA NATUREZA JUSFUNDAMENTAL DOS DIREITOS SOCIAIS

O problema da jusfundamentalidade dos direitos sociais evoca um dos mais acirrados debates que permeiam o Direito Constitucional, haja vista a essencialidade que eles representam à concretização do conceito de vida humana digna.

A dramaticidade de tal discussão reflete questões que perpassam pela própria existência desses direitos, uma vez que, deslocando-se a sua ontologia a uma acepção política, a opção por sua implementação no seio social fica a depender das ideologias de um governo em particular.

⁶ SANTOS (2004: 99).

Por outro lado, ao se pontuar a natureza jurídica desses direitos, a questão fundamental que se apresenta, ainda quanto à sua existência, repousa em saber em qual medida se poderia obrigar judicialmente o Estado a fornecer o acesso a bens econômicos, sociais e culturais aos carentes. Tal temática foi abordada por Jorge Reis Novais⁷, o qual ponderou que:

O “problema” dos direitos sociais é, antes, como se verá em todo o desenvolvimento, uma questão competencial ou de separação de poderes: uma vez reconhecidos, mais ou menos controversamente, como verdadeiros direitos fundamentais, coloca-se a questão decisiva de saber a quem compete fixar o seu comando normativo definitivo, a quem cabe a última palavra sobre o seu sentido, o seu conteúdo e alcance.

Ainda sobre o tema, Jorge Reis Novais⁸ concluiu que:

Enquanto problema jurídico-constitucional, tudo se resume, em última análise, em saber se o juiz, designadamente o juiz constitucional, pode, com fundamento nas normas sobre direitos sociais, e em caso afirmativo, em que medida e com que alcance, impor ao Governo/maioria democrática a invalidação das respectivas decisões ou o cumprimento positivo de deveres, ainda que contra a vontade ou a opção política desses titulares do poder político.

Assim, o âmbito de proteção desses direitos implica fundamentalmente a sua realização, que se concretiza por meio das ações estatais. Portanto, o foco de ação do Poder Judiciário deve voltar-se à obrigatoriedade de atuação do Estado quanto à execução de políticas públicas.

Nesse sentido, tem-se, como mencionado, que, a partir da evolução do Estado Liberal, veio a lume o Estado Social, marco inaugural dos direitos sociais, quando o Estado assumiu a responsabilidade de efetivação desses direitos, caracterizados, nessa acepção, como fundamentais.

Assim, ao se defender a natureza dos direitos sociais como adstrita à concepção de direitos fundamentais, é necessário elucidar a significação desses direitos, para então apresentar razões que justifiquem a inclusão daqueles direitos nesse rol.

Com relação aos direitos fundamentais, portanto, pode-se ponderar, quanto à gênese dos mesmos, que suas principais fontes de inspiração originaram-se no pensamento cristão e na concepção dos direitos naturais. Entretanto, como explicou o professor José Afonso da Silva⁹, a evolução histórica dos direitos naturais deu-se

⁷ NOVAIS (2010: 33).

⁸ NOVAIS (2010: 33).

⁹ SILVA (2007: 172-173).

através das várias concepções doutrinárias, as quais moldaram a aceção desses direitos, tendo como mote as reivindicações e lutas sociais.

Tal processo, ligado à gênese e à evolução dos direitos fundamentais, foi apontado por Lafayette Pozzoli e Otávio Augusto Custódio de Lima¹⁰ nos seguintes termos:

Identificados os valores pertinentes à dignidade da pessoa humana, inicia-se um processo – ainda que gradativo – de codificação de respectivos valores e direitos, cujo principal objetivo nada mais é do que fazer valer, de forma respeitosa, tais direitos inerentes a cada ser humano face à (*sic*) sociedade e suas instituições. Daí a importância de um elemento como o Estado, de pleno conhecimento contemporâneo.

Portanto, os direitos fundamentais do homem constituem-se em situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo (Carta Constitucional) em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana, ligados, umbilicalmente, ao fenômeno estatal.

De forma ainda mais clara, direitos fundamentais, nas palavras de José Afonso da Silva¹¹, “são aquelas prerrogativas e instituições que o Direito Positivo concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”. Por conseguinte, direitos fundamentais possuem como característica essencial o fato de estarem consagrados no texto constitucional. Tal situação se verifica na Constituição brasileira quanto aos direitos sociais, estes previstos, de forma ampla, nos artigos 6º e 7º de seu texto. Nessa medida, portanto, os direitos sociais se caracterizam como fundamentais.

De outra medida, a doutrina constitucional, majoritariamente, reconhece três níveis de direitos fundamentais. Assim, a partir da chamada teoria das gerações de direito, como explicou George Marmelstein¹², esses são nominados de direitos de primeira, segunda e terceira geração (dimensão).

Abstendo-se de pronunciar-se a respeito dos chamados direitos de terceira geração, ante os escopos do presente trabalho, quanto aos chamados direitos de primeira e segunda geração, pronunciou-se Celso de Mello¹³ nos seguintes termos:

¹⁰ POZZOLI & LIMA (2009: 16).

¹¹ SILVA (2007: 178).

¹² MARMELSTEIN (2011: 41).

¹³ STF – Pleno – MS n. 22.164/SP. Relator: ministro Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 de novembro de 1995, p. 39.

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

Portanto, os direitos de primeira geração correspondem aos direitos e garantias individuais e políticas clássicas, surgidos institucionalmente a partir da Magna Carta, de 1215, espalhando-se nos séculos posteriores através de documentos históricos, como a Paz de Westfália, em 1648; o *Habeas Corpus Act*, de 1679; o *Bill of Rights*, de 1688; e as declarações Americana, de 1776, e Francesa, de 1789, por exemplo.

Constituem-se em direitos de defesa diante do Estado. São direitos que surgem tendo em vista a ideia de submissão do Estado a uma constituição. Portanto, trata-se de direitos que representavam uma ideologia de afastamento do Estado das relações individuais e sociais.

Considerando-se, nesses termos, tais ponderações, ao Estado caberia simplesmente ser o guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência no relacionamento social. Tais direitos são nominados de “liberdades públicas negativas” ou, ainda, de “direitos negativos”, já que, como mencionado, exigem uma postura de abstenção do Estado.

A clarificar tais ponderações, manifestou-se Paulo Bonavides¹⁴ nos seguintes termos:

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

Se hoje esses direitos parecem já pacíficos na codificação política, em verdade se moveram em cada país constitucional num processo dinâmico e ascendente, entrecortado não raro de eventuais recuos, conforme a natureza do respectivo modelo de sociedade, mas permitindo visualizar a cada passo uma trajetória que

¹⁴ BONAVIDES (2009: 563).

parte com frequência do mero reconhecimento formal para concretizações parciais e progressivas, até ganhar a máxima amplitude nos quadros consensuais de efetivação democrática do poder.

Quanto aos direitos de segunda geração, os mesmos representam uma etapa de evolução na proteção da dignidade da pessoa humana. Assim, uma vez conquistados os direitos de primeira geração, o homem passa a luta pelos direitos de segunda geração, redundando no surgimento do denominado Estado Social.

Sua inspiração remonta à Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX, por conta das péssimas condições de trabalho impostas aos operários. Entretanto, os direitos sociais somente foram institucionalizados no início do século XX com o fim da Primeira Guerra Mundial.

Tais direitos têm como essência a preocupação com as necessidades humanas. E, nesse viés, buscam a satisfação das necessidades primordiais das pessoas, a fim de que se possam alcançar patamares mínimos de existência, desfraldando, em sua marcha, a bandeira da dignidade da pessoa humana com intento de buscar uma significação maior à vida que uma sucessão de misérias.

No presente contexto, portanto, ante o imperativo da dignidade da pessoa humana, ao Estado não é dado abster-se. Ao revés, deverá agir, atuando no sentido de se buscar a superação das carências individuais e sociais por princípio institucional. Tal paradigma foi apontado por Gilmar Ferreira Mendes¹⁵, o qual explicou que:

Vinculado à concepção de que ao Estado incumbe, além da não intervenção na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.

Por tal razão, os direitos de segunda geração são denominados direitos positivos. Possuem, também, a denominação de “direitos de crença”, na medida em que trazem, em seu bojo, a esperança de uma participação ativa do Estado. Portanto, resta evidenciado que os direitos fundamentais representam um construto dogmático coeso e inseparável, de modo que uma geração de direitos não implica a superação da anterior.

¹⁵ MENDES (2007: 06).

Assim, a significação dos direitos de primeira geração somente poderá existir se levar em consideração, na sua aplicação, a essencialidade determinante do caráter existencial da pessoa humana, signo dos direitos de segunda dimensão.

A partir dessa construção dogmática, concluiu-se, portanto, pelo caráter fundamental que emerge dos direitos sociais, visto que se agregam ao plexo de direitos naturais do ser humano, viabilizando uma existência digna. Sob tal perspectiva, o caráter jusfundamental dos direitos sociais é admissível e se fundamenta tanto doutrinariamente, adstritos ao rol de direitos naturais do ser humano, como positivamente, constando do texto escrito da Constituição brasileira.

4. DAS CONDICIONANTES À EXISTÊNCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

Considerando-se os direitos sociais como fundamentais, admite-se, por consequência, que a concreção desses direitos está adstrita às políticas advindas do Estado, inerente à caracterização dos direitos fundamentais de segunda geração.

Nesse sentido, manifestou-se Marisa Ferreira dos Santos¹⁶, nos seguintes termos:

Os direitos fundamentais de segunda geração exigem do Estado, ao contrário, um comportamento positivo, ou seja, de fornecimento de prestações destinadas ao cumprimento da igualdade e redução dos problemas sociais. São exemplos de direitos sociais os direitos relativos à Seguridade Social, à subsistência, ao trabalho. Sua presença, porém, tendo em vista a necessidade de meios e recursos, já que se exigem prestações positivas do Estado, esteve relegada, por muito tempo, a normas de caráter programático, situação que vem sendo modificada ao longo do tempo. Já há Constituições, inclusive a do Brasil de 1988, que deram aplicabilidade direta e imediata a certos direitos sociais, conferindo ao indivíduo direito subjetivo de exigir do Estado prestações positivas, como, exemplificativamente, a assistência à saúde (direito de todos e dever do Estado, conforme dispõe o art. 196).

Assim, o nascimento desses direitos resulta da percepção de que os direitos fundamentais individuais somente se realizariam a partir da existência dos direitos fundamentais de segunda dimensão, na medida em que a liberdade somente teria significação se disponibilizada de forma equitativa.

Dessa maneira, apenas pessoas com igual acesso aos bens disponibilizados no lócus do Estado teriam a liberdade de olhar em uma direção particular,volvendo

¹⁶ SANTOS (2004: 27).

os olhos entre as várias possibilidades, que se apresentariam, em igual medida, a todos. E, nesse sentido, a evidenciar o parâmetro de igualdade que se pretende referir, Marcelo Neves¹⁷ explicou que:

O “princípio da igualdade” é uma expressão vaga e ambígua, com enorme conotação retórica, exigindo delimitação semântica.

Inicialmente, deve ser afastada toda e qualquer concepção de que trata a “igualdade de fato”. O princípio da igualdade surge exatamente como instituição destinada a neutralizar as desigualdades no âmbito de “exercício dos direitos”. Considerando-se o conceito de Estado Democrático de Direito, pode-se afirmar que se trata de igualdade jurídico-política. Deve-se acrescentar, contudo, para evitar, de um lado, ilusões e, de outro, críticas ideológicas fundadas na sobrecarga do princípio, que este não aponta para a igualdade conteudística de direitos e poder dos indivíduos e grupos. O princípio refere-se antes à integração ou acesso igualitário aos procedimentos jurídico-políticos do Estado Democrático de Direito.

Portanto, esse embate teve reflexos nos textos constitucionais, imprimindo-lhes um conjunto de normas com a temática adstrita aos temas sociais, incorporando, à teleologia constitucional, a imposição normativa de conformação da realidade aos princípios éticos insculpidos nesses textos.

Esse é o amálgama no qual é baseada a Constituição Federal de 1988, pretendendo ser uma Constituição dirigente e, especificamente quanto aos direitos sociais, valendo-se de sua força normativa para impor juridicamente o direito a prestações estatais que fomentem os referidos direitos.

José Afonso da Silva¹⁸, discorrendo sobre o tema, traçou as seguintes ponderações:

Esse embate entre o liberalismo, com seu conceito de democracia política, e o intervencionismo ou o socialismo repercute nos textos das constituições contemporâneas, com seus princípios de direitos econômicos e sociais, comportando um conjunto de disposições concernentes tanto aos direitos dos trabalhadores como à estrutura da economia e ao estatuto dos cidadãos. O conjunto desses princípios forma o chamado conteúdo social das constituições. Vem daí o conceito de **constituição-dirigente**, de que a Constituição de 1988 é exemplo destacado, enquanto define fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática.

¹⁷ NEVES (2008: 166-167).

¹⁸ SILVA (1998: 136-137).

No entanto, uma vez preconizado o caráter fundamental dos direitos sociais, a ponderação que se faz recai na imposição que tais direitos poderão vir a ter, quando do seu delineamento por meio de normas programáticas. Tal constatação foi defendida por Fabiana Okchstein Kelbert¹⁹, a qual explicou que:

Da mesma forma, o administrador público vincula-se aos direitos sociais por meio de prestações que devem ser fornecidas aos cidadãos. Canotilho toma como exemplo o direito à saúde, que continua sendo um direito social, independentemente das medidas tomadas pelo Estado para garantir sua eficácia, de modo que o caráter programático comumente atribuído às normas que preveem direitos sociais já não pode ser invocado para considerá-las ineficazes, sob pena de tolher a juridicidade dos direitos sociais. Em igual sentido, Sarlet sustenta que admitir a dimensão programática dos direitos sociais, vinculada à dimensão objetiva desses direitos, sejam normas programáticas. De fato, considerando que os direitos sociais são direitos positivados, a dimensão programática não poderá ser invocada como barreira à juridicidade desses direitos, conforme anota Bonavides: “A programaticidade sem juridicidade poderá enfim converter-se formal e materialmente no obstáculo dos obstáculos à edificação constitucional de um verdadeiro Estado de direito”.

Não obstante, tais direitos são contemplados sob o viés das disponibilidades econômicas do Estado, de maneira que vicejam sob o conceito da chamada “reserva do possível”. Desse modo, as questões atinentes ao caso concreto, quando da estruturação desse direito, somadas a aspectos ligados ao contingenciamento orçamentário, são levadas em consideração na concreção das ações estatais pertinentes.

Tal concepção jurídico-política foi definida por Jorge Reis Novais²⁰, o qual explicou que:

Dizia-se, na primeira jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, que cunhou a expressão, que a “reserva do possível” que afectava os direitos sociais os limitava àquilo que **o indivíduo podia razoavelmente exigir da sociedade**.

Nesta ideia de **razoabilidade** da exigência vinham incluídas considerações atinentes às circunstâncias concretas do caso, designadamente, as próprias condições materiais do particular titular do direito, que poderiam influenciar a **razoabilidade** do tipo de exigências dirigidas ao Estado. Mas, nessa limitação material do **razoável**, vinha também explicitada a dependência da responsabilidade

¹⁹ KELBERT (2011: 54).

²⁰ NOVAIS (2010: 90).

do legislador na feitura do orçamento e, logo, implicitamente considerada a relevância do custo da prestação em causa e dos recursos ao dispor do Estado, pelo que, ao final, a reserva do possível acabaria por ser perspectivada quase exclusivamente em torno das disponibilidades do Estado e a identificar-se com aquilo que a doutrina identificava anteriormente como sendo uma **reserva constitucional da efetiva capacidade de prestação do Estado**.

Entretanto, considerando-se que a determinação do caráter prestacional do “mínimo existencial” exige o respeito de determinadas obrigações da parte do Estado, e que os argumentos tradicionais de escassez de recursos e imprecisão normativa não podem ser utilizados de forma absoluta para justificar a ineficácia do direito referido, a adoção das medidas necessárias para dar-lhe efetividade impõe-se na esfera jurídica.

Desse modo, Jedrael Galvão Miranda²¹ assim se manifestou, ao tecer uma consideração alusiva aos princípios e normas que regem a seguridade social:

Portanto, a **dignidade da pessoa humana** é valor fundamental que dá suporte à interpretação de normas e princípios da seguridade social, de molde a situar o homem com o fim de seus preceitos, e não como objeto ou instrumento.

Em tema de seguridade social, garantir o **mínimo existencial** (um dos núcleos do princípio da dignidade humana) para assegurar subsistência digna e vida saudável ao indivíduo atingido por diversas contingências sociais.

Assim, como já defendido anteriormente, ante o imperativo constitucional, o atendimento às necessidades humanas é motivo suficiente para se concretizarem os direitos fundamentais. O que pode ocorrer, no entanto, é que, não havendo meios de efetivá-los todos de uma só vez, devem ser efetivados os principais. É justamente nesse pormenor que reside a dimensão positiva do princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, o “mínimo existencial” necessário à sobrevivência com dignidade deve ser resguardado pelos direitos sociais.

Não se pode olvidar, entretanto, que o cumprimento desse imperativo constitucional exige a garantia de meios que satisfaçam as mínimas condições de vivência digna do indivíduo e de sua família. Nesse aspecto, o “mínimo existencial” vincula as prestações estatais para que sejam cumpridas as aspirações do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, como explicou Norberto Bobbio, trata-se de uma característica essencial dos direitos sociais, na medida em que não basta consagrá-los; para

²¹ MIRANDA (2007: 24).

existirem, é preciso sua realização. Portanto, devem ser levadas em consideração condições objetivas próprias, externas ao campo jurídico²².

No mesmo sentido, Paulo Bonavides²³ evidenciou a conformação jurídica atual dos direitos de segunda geração, fundada na sua aplicabilidade imediata, por derivativo constitucional. Sobre a matéria, manifestou-se nos seguintes termos:

De juridicidade questionada nessa fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

De tal sorte que os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.

Desse modo, tendo-se como certa a autoaplicabilidade dos direitos sociais, é necessário evidenciar o limiar que justifica a abstenção dos entes públicos na concreção das normas constitucionais que disciplinam os direitos sociais, sem que exista ofensa aos direitos subjetivos dos indivíduos protegidos, sob a justificativa de inexistência de recursos públicos suficientes.

E, nesse sentido, Guilherme Amorim Campos da Silva²⁴ foi enfático ao explicar que:

No âmbito do constitucionalismo contemporâneo, a realização dos direitos humanos e dos direitos sociais constitui-se em condição legitimadora de qualquer ordem jurídica estabelecida. (...) A função dos sistemas de direito, na realidade contemporânea, deve ser orientada instrumentalmente para a tradução de princípios e previsões normativas em ações públicas e judiciais vertidas para sua realização. Caracterizando uma concepção antropocêntrica das Constituições modernas e contemporâneas, Häberle identifica nova estrutura de funções e competências estatais, que se encontram a serviço do ser humano.

²² BOBBIO (1992: 44).

²³ BONAVIDES (2009: 564-565).

²⁴ SILVA (2004: 39).

Tal ponderação foi ainda apontada por Jorge Reis Novais²⁵, o qual salientou o caráter fundamental dos direitos sociais e as derivações que daí decorrem, na concreção de um plexo de deveres estatais, que constituem feição atual do Estado. A esse respeito, ele asseverou que:

Como acontece a todos os direitos fundamentais, vistos como um todo, numa compreensão própria de Estado Social de Direito – que é a concepção de nossa época –, também os direitos sociais, tal como os de liberdade, impõem ao Estado deveres de respeitar, de proteger e de promover o acesso individual aos bens jusfundamentalmente protegidos, mas, e consoante as circunstâncias concretas, os diferentes titulares, as diferentes épocas e desenvolvimento econômico do Estado, a tônica pode ser pontualmente colocada numa ou noutra dessas dimensões e, em cada uma delas, em termos objectivos ou subjectivos.

Assim sendo, uma vez delimitado o conceito de dignidade da pessoa humana, ainda que impropriamente, caberá ao Estado atuar no sentido de sua concretização coletiva, mesmo que por um prisma principiológico, instrumentalizando o normatizado na Constituição Federal. No entanto, mesmo nessa hipótese, elucidou Robert Alexy²⁶, não se pode considerar o direito a um mínimo existencial de forma apodítica, visto que, sem se recorrer a um parâmetro de comparação, é praticamente impossível determinar o que faz parte do mínimo existencial garantido constitucionalmente.

Portanto, a igualdade fática deriva mais do princípio do Estado Social que do enunciado geral da igualdade. Sobre tal questão, Robert Alexy²⁷ explicou que:

Scholler observou que a “concretização do enunciado da igualdade (...) depende do conceito e da visão de Estado”. Mas, em relação a conceitos e visões de Estado, é possível dizer que eles sempre expressam uma filosofia do Direito e do Estado mais ou menos desenvolvida. É possível, então, na esteira de Dreier, afirmar: a escolha da interpretação do enunciado da igualdade depende da filosofia do Direito e do Estado que se defende. Essa ideia pode ser estendida a todos os dispositivos de direitos fundamentais, mas para o enunciado da igualdade ela tem uma importância ainda maior, pois as questões de Filosofia do Direito e do Estado ligadas à igualdade são extremamente controversas.

Desse modo, as normas programáticas apresentam eficácia, a par de sua axiologia, apontam um caminho, que é progressivamente alcançado, por meio de etapas, as quais implicam sua densificação, de modo a se aproximar do ideal

²⁵ NOVAIS (2010: 43-44).

²⁶ ALEXY (2008: 420-421).

²⁷ ALEXY (2008: 420-421).

imaginado pelo legislador constitucional. E, ao revés, não prescindem de um mínimo, que deverá já ter existência verificável.

Assim, muitas normas foram traduzidas no texto constitucional, na forma de princípios, como esquemas genéricos, programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários. Tais normas são denominadas normas constitucionais de principio programático. Ditam ao Estado para onde se vai e como se vai, buscando atribuir-lhe fins.

Por tal razão, as normas programáticas estão indissociavelmente ligadas ao Estado Social, à temática da fraternidade, bem como à implementação dos direitos sociais. Surgiram juntamente com o Estado Social, de modo a viabilizar a postura intervencionista do Estado, que, sob um olhar fraterno, se desdobra no afã de concretizar os valores da igualdade material, propiciando aos seus cidadãos condições mínimas de existência.

Nesse sentido, ainda, Ana Cristina Costa Meireles²⁸ explicou que:

Nessa mesma linha, Eros Roberto Grau afirma que “(...) os princípios cumprem função interpretativa e conferem coerência ao sistema”.

Daí se poder dizer que eles, tal como as normas programáticas em geral, exercem uma função prospectiva, dinamizadora e transformadora, com o peso que revestem na interpretação evolutiva e o convite que fazem para a adoção de novas fórmulas verbais que com eles melhor se coadunem e que mais se aproximem da ideia de Direito inspiradora da constituição e, sobretudo, quando for programática.

Ora, se as normas programáticas de direitos sociais do art. 6º da CF/88 têm caráter principiológico, o intérprete está irremediavelmente preso a elas na interpretação das demais normas do ordenamento jurídico.

Tal característica teleológica, portanto, confere às normas constitucionais programáticas relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica, apresentando, ontologicamente, imperatividade jurídica.

Essa acepção, advinda da ruptura com a doutrina clássica, representou a superação do parâmetro originário que estava adstrito às tais normas, estas vertidas em enunciados políticos ou meras exortações de natureza moral, vicejando, atualmente, no reconhecimento do caráter jurídico, de idêntica envergadura às demais normas integrantes da Constituição. Acerca do tema, uma constatação foi apresentada por Luis Roberto Barroso²⁹ no seguinte enunciado:

²⁸ MEIRELES (2008: 305-306).

²⁹ BARROSO (2006: 115-116).

A visão crítica que muitos autores mantêm em relação às normas programáticas é, por certo, influenciada pelo que elas representavam antes da ruptura com a doutrina clássica, em que figuravam com enunciados políticos, meras exortações morais, destituídas de eficácia jurídica. Modernamente, a elas é reconhecido um valor jurídico idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas, contribuindo para o sistema através dos princípios, dos fins e dos valores, que incorporam.

Por tal conformação, tais normas estão na base do regime político. Contêm princípios gerais informadores de toda a ordem jurídica. São elas que determinam a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas à realização da justiça social e do bem comum. E, desse modo, por apontarem os fins sociais e as exigências do bem comum, as normas programáticas contribuem para se desvendar o sistema jurídico nacional, na medida em que revelam as tendências socioculturais da comunidade, princípios básicos que, dentre outros, informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram, portanto, a ordem jurídica positiva vigente.

Assim, é necessário delimitar o parâmetro mínimo aceitável, dentro do qual se terá um limiar, a partir do qual se poderá constatar a existência dos direitos sociais. Nesse sentido, Jorge Reis Novais³⁰ explicou que:

Se no meu país o Estado já assegura os mínimos sociais e os benefícios e prestações sociais são já de alcance significativo, porventura é a dimensão de defesa, de protecção, de garantia dos níveis de acesso existentes que assumem maior importância jurídica prática. Já se, noutro país, o Estado Social for incipiente ou inexistente, é, sobretudo, a dimensão positiva e de promoção que adquire importância primeira.

Em outra medida, a delimitação desse patamar civilizatório mínimo deve ser cotejada à luz do princípio da proporcionalidade, de modo que se possa denotar a aplicação orçamentária de forma coerente com os imperativos axiológicos do Estado, vertidos na Constituição Federal. Tal ponderação foi apontada por Fabiana Okchstein Kelbert³¹, a qual asseverou que:

De acordo com Olsen, considerando as características do sistema constitucional brasileiro, a reserva do possível está ligada à proporcionalidade também no sentido de que o fundamento da realização dos direitos, na medida do possível, precisará atender ao princípio da proporcionalidade.

³⁰ NOVAIS (2010: 44).

³¹ KELBERT (2011: 93-94).

Pisarello ensina que os poderes públicos não podem ser obrigados a cumprir com o impossível, devendo demonstrar, no entanto, que estão empregando o máximo de seus esforços e recursos para garantir os direitos pleiteados, que estão recolhendo e difundindo informação suficiente sobre as necessidades existentes, que estão supervisionando o cumprimento dos planos existentes e formulando planos futuros e que prevejam soluções de curto, médio e longo prazo para os grupos mais necessitados. Segundo o autor, os tribunais podem reservar-se a possibilidade de controlar a razoabilidade destas respostas.

A atuação estatal, portanto, quando se voltam os olhos aos direitos sociais, está vinculada a parâmetros econômicos e políticos. Estes, no entanto, devem ser imantados por mandamentos axiológicos de cunho jurídico, no sentido de construção e manutenção de um patamar civilizatório mínimo, conforme o índice de desenvolvimento do Estado em questão.

5. JUSTIFICATIVAS PARA A ATUAÇÃO JUDICIÁRIA NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A conformação dos direitos sociais liga-se a uma temática de ação. O Estado não pode se limitar a assistir à estagnação dos mandamentos constitucionais, petrificados pela ausência de políticas tendentes ao bem-estar de seu povo. Portanto, a inaugurar tais ponderações, evoca-se uma primeira abordagem, a qual faz volverem os olhos no sentido de que a noção de Direito somente se justifica ontologicamente como mecanismo provocador de transformações sociais.

A demonstrar tal acepção, Nagibe de Melo Jorge Neto³² pontuou que:

O Direito, já há algum tempo, não é mais visto como mero instrumento de pacificação de conflitos, assumiu definitivamente o lugar de instrumento de desenvolvimento econômico e social, instrumento de construção da sociedade com base nos valores idealizados e positivados na Constituição.

De mais a mais, acalentar direitos sociais viceja na exigência de um caminhar no sentido arrastá-los, esses direitos concebidos nas páginas dos diplomas constitucionais, a lume. Tal ponderação foi apresentada por Virgílio Afonso da Silva³³, o qual afirmou que:

Se “proteger direitos sociais” implica uma exigência de ações estatais, a resposta à pergunta “o que faz parte do âmbito de proteção desses direitos?” tem que,

³² JORGE NETO (2009: 19).

³³ SILVA (2010: 77).

necessariamente, incluir ações. “Proteger direitos”, nesse âmbito, significa “realizar direitos”. Por isso, pode-se dizer que o “âmbito de proteção de um direito social é composto pelas **ações estatais que fomentem a realização desse direito**”.

Assim, com o surgimento do constitucionalismo democrático, no segundo pós-guerra, veio a lume a universalização do *judicial review*, bem como a afirmação de leis fundamentais que passam a impor limites à regra da maioria.

De outra medida, a Constituição, a par de todas as argumentações que podem ser lançadas em supedâneo à sua força normativa, por ser uma lei, deve ser cumprida ante o seu caráter imperativo de norma jurídica.

Tal derivação foi apontada por J. J. Gomes Canotilho ao asseverar que:

A força normativa da constituição visa exprimir, muito simplesmente, que a constituição sendo uma **lei como lei deve ser aplicada**. Afasta-se a tese generalizante aceita nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX que atribuía à Constituição um “valor declaratório”, “uma natureza de simples direcção política”, um carácter programático despido de força jurídica actual caracterizadora das verdadeiras leis.

E, nesse pormenor, o Poder Judiciário, ao assegurar as condições de implementação dos parâmetros constitucionais, assume sua cota de responsabilidade quanto ao sucesso político das exigências do Estado Social.

Ocorre que muitas derivações legais somente podem vicejar a partir da aplicação judicial do parâmetro legalmente estabelecido, em cotejo com as várias nuances sociais que se verificam temporalmente e geograficamente. Esta constatação foi apresentada por Inocêncio Mártires Coelho³⁴, o qual ponderou que:

A lei deve deixar muitas e importantes tarefas para a função estruturadora do direito inerente à profissão judicial, uma atividade que é autônoma e que opera sobre o singular da forma mais exata e determinada possível.

A lei opera com gêneros de possibilidades reais, pelo que suas determinações jurídicas são condicionadas e abstratas, enquanto o juiz trabalha com fatos individuais e concretos, devendo encontrar, em cada momento crítico, as suas determinações jurídicas.

Mais do que o legislador, as cortes e os tribunais estão aptos a seguir, passo a passo, as alterações da sociedade e a estabelecer conexões até então despercebidas.

³⁴ COELHO (2010: 184).

As grandes sentenças, aquelas que abrem novos caminhos para a vida jurídica, com expressiva frequência, são pronunciadas em que se mostra a existência de conexões normativas antes ignoradas; e o grande magistrado é aquele que tem o condão de descobri-las e apresentá-las de um modo objetivamente tão convincente que cause espanto terem elas permanecido inadvertidas por tanto tempo.

Dentro desse nesse novo paradigma, em tempos de pós-positivismo e neoconstitucionalismo, a partir da ponderação de princípios, os juízes buscam concretizar os direitos fundamentais, apontando direções para a realização de políticas públicas indispensáveis a esse desiderato. Nesse sentido, ainda Inocêncio Mártires Coelho³⁵ concluiu que:

A verdadeira questão não é se os juízes devem completar a obra que as convenções constitucionais e as assembleias legislativas deixam inacabadas, mas se deverão fazê-lo com plena consciência de sua função de criadores de direito imbuídos de propósito manifesto de servir ao bem-estar da comunidade.

No Brasil, em especial com a inauguração de um Estado Constitucional e Democrático de Direito, por conta da nova ordem constitucional, a partir de 1988, a radicalização do processo democrático exige a participação do Poder Judiciário na arena política.

Por tal razão, por imposição constitucional, ao Poder Judiciário não foi mais consentido abster-se do encargo de conformar as políticas públicas do Estado aos imperativos constitucionais visto que, no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário também exerce uma função política.

A esse respeito, Nagibe de Melo Jorge Neto³⁶ doutrinou que:

Devemo-nos lembrar (*sic*) que a função exercida pelo Poder Judiciário é também uma função essencialmente política e que, em alguma medida e dentro de certos limites, o Poder Judiciário está autorizado pela Constituição a pronunciar-se sobre as questões políticas. Somente as questões ditas meramente políticas não se submetem ao controle do Poder Judiciário. Isso é decorrência da opção política fundamental do Estado Democrático de Direito, que importa não só na autolimitação do Estado pelo ordenamento jurídico, com também na participação democrática, tanto mais ampla quanto possível, de todo os cidadãos e setores da sociedade política nas escolhas e fixação das políticas públicas pelo Estado, inclusive mediante a utilização de mecanismos outros de participação democrática dentro dos quais avulta o processo judicial.

³⁵ COELHO (2010: 185).

³⁶ JORGE NETO (2009: 22).

Do mesmo modo, Inocêncio Mártires Coelho³⁷ concluiu que:

Semelhante postura faz tábula rasa do fato de legisladores e juízes são criaturas constitucionais de igual hierarquia e que, por isso mesmo, as suas prerrogativas possuem a mesma estatura, enquanto atributos conferidos pela Constituição. Mesmo quando declaram a inconstitucionalidade das leis, os juízes não fazem por direito próprio, mas apenas como preposto ou funcionário do povo, cuja vontade está consubstanciada na Constituição.

Para exaltar o juiz, não é preciso desqualificar o legislador, até porque, sem a mediação conformadora e atualizadora dos representantes do povo, escolhidos em eleições periódicas, os textos constitucionais correm o risco de permanecerem (*sic*) estáticos e fora de sintonia com a realidade social.

Ademais, considerando-se a Constituição Federal de 1988 com sua conformação analítica, o protagonismo judicial também é consequência de um processo de densificação constitucional, o qual redundou na inserção de inúmeras matérias, que antes eram tratadas pelo processo político majoritário e, para a legislação ordinária, no texto constitucional. Tal conformação redundou na ampliação do espectro de proteção dos direitos fundamentais, com a consequente convocação do Poder Judiciário a eficaciar tal conteúdo normativo.

Por outro lado, no que toca especificamente aos direitos sociais, a temática adstrita à concretização dos direitos sociais e afeta à reserva do possível, enredado na necessidade de harmonia entre os poderes constitutivos do Estado Democrático de Direito, ganha ponderações mais veementes.

Assim, Jorge Reis Novais³⁸ explicou que:

Mais concretamente e em última análise, tratar-se-á de saber se, no controlo das acções ou omissões dos poderes públicos referentes à realização dos direitos sociais, a última palavra deve caber ao legislador e à administração ou ao juiz. É que, no fundo, uma vez situações de escassez económica moderada tudo reside numa definição de prioridades, numa opção orçamental sobre a afectação dos recursos disponíveis, do que se trata é de saber quem define as prioridades, que faz as escolhas, quem tem sobre a matéria a última palavra.

Nesse sentido, o problema subjacente ao reconhecimento da reserva do possível e à relação entre legislador e juiz na realização dos direitos sociais não é um problema de contabilização de recursos existentes, mas um problema de competência orçamental, de divisão e separação de poderes em Estado democrático.

³⁷ COELHO (2010: 186).

³⁸ NOVAIS (2010: 116).

Corroborado essas constatações, e notadamente elevando o caráter programático das normas configuradoras dos direitos sociais, faz-se coro à argumentação que verbera pelo cabimento da exigibilidade desses direitos pela via judicial. Nesse sentido, Fabiana Okchstein Kelbert³⁹ ponderou que:

Não restam dúvidas de que grande parte dos direitos sociais só se realiza por meio de políticas públicas, o que desperta novamente a problemática da exigibilidade desses direitos, pois seria vedado ao Poder Judiciário interferir na adoção e consecução das referidas políticas. Há que se reconhecer, de outra parte, que a efetivação dos direitos sociais pela via judicial atende aos princípios norteadores de um Estado social e democrático, ao qual a Constituição brasileira aderiu, especialmente ao que se refere à justiça social.

De outra ponta, o protagonismo judicial tem a sua mais destacada fronteira pousada na garantia da força normativa da Constituição; ante a omissão dos outros entes constitucionalmente determinados a lhes conceder eficácia. Situação esta que faz nascer a chamada omissão inconstitucional.

Acerca da matéria, Walter Claudius Rothenburg⁴⁰ explicou que:

Verifica-se desde logo que a tarefa de implementação dos direitos fundamentais propostos pelo constituinte já não é deferida com prioridade absoluta ao legislador. A implementação deles está ao alcance de qualquer sujeito e encontra no próprio quadro constitucional positivo instrumentos de viabilização (como mandado de injunção).

Além desse alargamento da possibilidade de realização dos direitos fundamentais, a aplicabilidade direta – com seu corolário, o princípio da máxima efetividade – autoriza defender o deslocamento de competência, com a mudança de titulares, no intuito de obter-se uma maior implementação dos ditos direitos.

Portanto, a apreciação dessas omissões desenvolve-se judicialmente, a partir não de um modo meramente mecanicista, eivada de absoluta passividade perante o sentido literal dos textos constitucionais, mas por meio de uma atividade criativa.

Tal atuação judicial supletiva justifica-se na medida em que, sendo as regras e os preceitos constitucionais dotados de superioridade normativa diante da legislação infraconstitucional, é dever do legislador infraconstitucional a concretização, na máxima dimensão possível, dos conteúdos constitucionais que reclamam uma atuação legislativa para sua concretização.

³⁹ KELBERT (2011: 58-59).

⁴⁰ ROTHENBURG (2005: 73).

Assim, esclareceu Luís Roberto Barroso⁴¹ que:

A supremacia da Constituição e a missão atribuída ao Judiciário na sua defesa têm um papel de destaque no sistema geral de freios e contrapesos concebido pelo constitucionalismo moderno como forma de conter o poder. É que, através da conjugação desses dois mecanismos, retira-se do jogo político do dia a dia e, pois, das eventuais maiorias eleitorais, valores e direitos que ficam protegidos pela rigidez constitucional e pelas limitações materiais ao poder de reforma da Constituição.

Além disso, ao legislador, apesar de gozar de relativa liberdade quanto ao conteúdo normativo, não lhe é dada, entretanto, por ocasião da conformação constitucional, liberdade de se abster no seu mister. Nesse sentido, Walter Claudius Rothenburg⁴², fazendo referência a J. J. Gomes Canotilho, explicou que:

Canotilho, versando sobre o espaço de conformação legislativa e seus condicionamentos constitucionais, embora reconhecendo uma certa liberdade de conteúdo (sempre constitucionalmente balizada), afirma: “No entanto, o legislador não tem liberdade de escolha quanto ao se – ele **deve actuar** para prosseguir os fins no programa”. A partir daí, seria possível reconhecer que a exigência de atuação deveria ocorrer num certo lapso temporal (razoável), além do qual não apenas ficaria patenteada a mora constitucional desse legislador, senão que seria possível a sua destituição em favor de outro sujeito mais diligente.

Dentro desse contexto, evidencia-se, como ideário de uma época de pós-positivismo e concretização judicial da principiologia constitucional, a presença, cada vez mais constante, de uma atitude criadora do juiz, em antítese à omissão legislativa, em sua missão legiferante.

Portanto, o Poder Judiciário, na prestação judicial, não deve pretender substituir os Poderes Executivo ou Legislativo, quanto à característica a ser dada ao Estado, visto que a mesma tem como fonte a Constituição Federal, em sua arquitetura funcional própria. E, com resguardo no mesmo fundamento constitucional, *a priori*, não lhe é dado definir políticas públicas ante a ausência de mandados constitucionais.

Talvez Elival da Silva Ramos⁴³ estivesse delineando tal ideia, *mutatis mutandis*, ao afirmar que:

⁴¹ Barroso (1999: 171).

⁴² ROTHENBURG (2005: 144).

⁴³ RAMOS (2010: 116-117).

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata de exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o **núcleo essencial** de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes.

No entanto, como referido, ao Poder Judiciário cabe atuar objetivamente na concretização dos preceitos constitucionais, quando, pela omissão dos legitimados originariamente previstos no texto constitucional, direitos fundamentais sociais deixarem de ser efetivados, visto que a omissão estatal, nessa medida, representa a negação desses direitos, considerando-se que sua ontologia reside nas prestações do Estado.

6. OS DIREITOS SOCIAIS E A SUA JUDICIALIDADE NO STF

Como já referido, quando se foca a temática dos direitos fundamentais, não é dado ao Poder Judiciário substituir-se aos demais poderes da República. No entanto, como já foi mencionado, ao se localizar uma omissão constitucional, em sendo instando, é dever do Poder Judiciário proceder à redefinição de políticas públicas, por meio de decisão com vigência condicionada ao suprimento da referida omissão, pelo poder inoperante.

Tal situação, no âmbito dos direitos fundamentais e, sobremaneira, no que toca aos direitos sociais, tem sido enfrentada pelo STF. Um enfrentamento, pela Suprema Corte, dos impeditivos fáticos à implementação dos direitos sociais, o qual se apresenta em várias nuances. Uma delas evoca a questão adstrita à limitação das prestações sociais por conta da incidência da “reserva do possível” em contraposição ao direito à saúde.

Nesse sentido, portanto, destaca-se o seguinte trecho do AI n. 468.961⁴⁴, julgando em 30 de março de 2004, junto ao Supremo Tribunal Federal, em que figurou como relator o ministro Celso de Mello:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República

⁴⁴ AI n. 468.961. Relator(a): ministro Celso de Mello, julgado em 30 de março de 2004, publicado em DJ de 5 de maio de 2004, PP-00051.

(art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

E ainda, referindo-se ao mesmo julgado, o ministro Celso de Mello deixou claro o caráter impositivo dos direitos sociais perante o Estado, não podendo prevalecer, segundo expressou em sua argumentação, óbices de natureza orçamentária diante de tais direitos. Assim, tem-se que:

Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput”, e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana. Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal reiterou tal posicionamento, verberando que o cotejamento orçamentário não pode ser obstáculo à concretização dos direitos sociais, o que confere operabilidade às normas constitucionais programáticas na concretização dos imperativos teleológicos da Constituição Federal^{45, 46}:

⁴⁵ ADPF n. 45 MC/DF. Relator: ministro Celso de Mello, julgamento em 29 de abril de 2004, DJ de 4 de maio de 2004.

⁴⁶ (RE n. 271.286-AgR. Relator: ministro Celso de Mello, julgamento em 12 setembro de 2000, DJ de 24 de novembro de 2000). No mesmo sentido: RE n. 393.175-AgR. Relator: ministro Celso de Mello, julgamento em 12 de dezembro de 2006, DJ de 2 de fevereiro de 2007.

Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”.

“(…) Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/Aids, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (**arts. 5º, caput**, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.”

Ainda, é relevante salientar que tal decisão aponta a legitimidade do Poder Judiciário para atuar em situações em que se denota desrespeito a mandados constitucionais, colocando em xeque a eficácia jurídico-social da norma ante a inoperância por parte dos órgãos estatais.

Quanto à referida responsabilidade solidária entre os três entes políticos pela concretização dos direitos sociais, o STF⁴⁷ já enfrentou tal temática,

⁴⁷ STA n. 175 AgR. Relator(a): ministro Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17 de março de 2010, DJe-076. Divulg 29 de abril de 2010. Public 30 de abril de 2010. Ement Vol-02399-01, PP-00070.

posicionando-se favoravelmente à intervenção do Poder Judiciário em certas condições. Assim, colacionou-se o seguinte trecho do referido julgado:

Ementa: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: *Zavesca (miglustat)*. Fármaco registrado na Anvisa. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

De outra parte, não poderá existir óbice à efetividade dos direitos sociais ante o fato de serem esses veiculados por meio de normas de natureza programática.

Se, de uma parte, a amplitude das ações do Poder Público depende da existência de fontes de custeio, evocando-se que os direitos sociais e as prestações públicas estão sob a “reserva do possível”, de outra parte, as ponderações sobre as vicissitudes dessa condição estão imantadas pelo conceito de “reserva do possível”.

Tal temática já fora decidida pelo Supremo Tribunal Federal^{48, 49}; ocasião que se manifestou nos seguintes termos:

Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”.

“(…) Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua

⁴⁸ ADFP n. 45 MC/DF. Relator: ministro Celso de Mello, julgamento em 29 de abril de 2004, DJ de 4 de maio de 2004.

⁴⁹ (RE n. 271.286-AgR. Relator: ministro Celso de Mello, julgamento em 12 de setembro de 2000, DJ de 24 de novembro de 2000). No mesmo sentido: RE n. 393.175-AgR. Relator: ministro Celso de Mello, julgamento em 12 de dezembro de 2006, DJ de 2 de fevereiro de 2007.

atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/Aids, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (**arts. 5º, caput**, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

Em outra situação, o Supremo Tribunal Federal⁵⁰ discutiu, dentro da temática adstrita aos direitos sociais, o conceito de “mínimo existencial”, ao se apresentar, à consideração daquela corte, um pleito que questionava uma sentença procedente do Juizado Especial de Passo Fundo (Rio Grande do Sul), que concedeu assistência a uma pessoa portadora de deficiência, considerando, como razão de decidir, o custo gerado pela necessidade de o grupo familiar adquirir remédios e alimentos especiais para o tratamento do autor. A decisão proferida pelo ministro Celso de Mello foi redigida nos seguintes termos:

DECISÃO: A sentença que constitui objeto da presente reclamação reveste-se de singularidade que cumpre considerar no exame do pedido de medida cautelar formulado pela entidade autárquica reclamante. A parte interessada, que se beneficiou do ato sentencial em questão, é pessoa que comprovadamente ostenta condição de miserabilidade e que se qualifica como portadora de deficiência, integrante de grupo familiar “que tem gastos excessivos com medicação (que, muitas vezes, não consegue ser adquirida) e, também, com alimentação, pois o autor (...), por recomendação médica, deve usar alimentos especiais, bastante caros (que, muitas vezes, a família não consegue comprar), além das despesas usuais (...). Ademais, a única renda fixa é a da aposentadoria (...), razão pela qual o benefício foi deferido, inclusive liminarmente (pela urgente necessidade do

⁵⁰ (Rcl n. 2.319 MC. Relator(a): ministro Sydney Sanches. Decisão proferida pelo ministro Celso de Mello, julgado em 27 de maio de 2003, publicado em DJ de 3 de junho de 2003, PP-00001.)

autor e de sua família, para a própria sobrevivência)”, consoante relatam as informações prestadas pelo órgão judiciário ora reclamado (fls. 187/188). Eventual suspensão cautelar da outorga definitiva do benefício em questão, tal como ora postulada pelo INSS, poderia comprometer a efetividade do processo, frustrando, injustamente, o exercício, por pessoa miserável e portadora de necessidades especiais, do direito por ela vindicado e cuja relevância jurídico-social resulta da própria sentença proferida pelo Juizado Especial Federal Cível de Passo Fundo/RS. A ponderação dos valores em conflito – o interesse manifestado pela ora reclamante, de um lado, e a necessidade social de preservar a integridade do caráter alimentar que tipifica as quantias pagas, de outro – leva-me a vislumbrar ocorrente, na espécie, uma clara situação de grave risco a que estaria exposta a pessoa beneficiada pela decisão de que ora se reclama. É que, acaso deferida a medida liminar pleiteada, viria, o interessado em questão, a ser privado de parcela essencial à sua própria subsistência, especialmente se se considerar que se trata de pessoa comprovadamente portadora de deficiência sensorial e de necessidades especiais, gravemente afetada por quadro patológico que dela exige – não obstante a lamentável situação de desamparo social em que se acha – o uso de medicação onerosa, que nem sempre pode ser por ela adquirida. Demais disso, cabe enfatizar que a decisão em causa, além de haver protegido a parte mais frágil no contexto das relações estruturalmente sempre tão desiguais que existem entre o Poder Público e os cidadãos, não afeta a ordem e a economia públicas, nem gera qualquer situação de risco ou de lesão ao erário público. Não posso ignorar que figura, entre os direitos sociais (liberdades públicas de segunda geração), a incumbência estatal – que traduz verdadeira prestação positiva – de tornar efetiva a “assistência aos desamparados”, assim viabilizando, em sua máxima extensão e eficácia, a concreta (e real) aplicação dos postulados constitucionais da solidariedade social e da essencial dignidade da pessoa humana, em ordem a amparar aqueles que nada (ou muito pouco) possuem. Essa é uma realidade a que não pode permanecer indiferente esta Suprema Corte, notadamente porque é do Supremo Tribunal Federal o gravíssimo encargo de impedir – como pude salientar em anteriores decisões – que os compromissos constitucionais se transformem em promessas vãs, frustrando, sem razão, as justas expectativas que o texto da Constituição fez nascer no espírito dos cidadãos. Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, indefiro o pedido de medida cautelar formulado pelo Instituto Nacional do Seguro Social. Publique-se. Brasília, 27 de maio de 2003. Ministro CELSO DE MELLO Presidente em exercício (RISTF, art. 37, I).

Assim, pelas decisões cotejadas, é possível vislumbrar que o Supremo Tribunal Federal alberga, em suas decisões, postulados que apontam para a necessidade de serem concretizados os direitos sociais, impingindo às normas programáticas que os regulamentam um caráter genuinamente jurídico.

Ademais, pode-se vislumbrar uma tendência à judicialização dos conflitos sociais, situação que se repete nos acórdãos trazidos à colação, de modo a fundamentar a atuação do Supremo Tribunal Federal, ante a omissão dos demais poderes da República, na concretização dos imperativos sociais da Constituição.

7. CONCLUSÃO

Os direitos sociais apresentam um caráter jusfundamental. Tal inferência baseia-se na literalidade do texto constitucional, ante a previsão expressa dos direitos sociais, como em uma construção doutrinária, correspondente à chamada teoria das gerações dos direitos.

Dessa última acepção, emerge uma noção de complementaridade essencial aos direitos individuais, que justifica a sua existência somente quando conjugados com os direitos sociais. Vale dizer que tal conclusão, portanto, representa um comprometimento Estatal, com a existência dos direitos sociais.

Esse compromisso está plasmado no âmbito de proteção desses direitos, o que representa, em última análise, a realização desses direitos por parte do Estado a partir da realização de políticas públicas. Por seu turno, a realização das políticas públicas viabilizadoras da concreção desses direitos deriva dos compromissos constitucionalmente assumidos pelo Estado, daí, portanto, o seu caráter obrigatório.

Por tal razão, registra-se que a omissão do Estado, no cumprimento de seus compromissos constitucionais, não pode ser justificada, pura e simplesmente, pela ausência de orçamento. Assim, a argumentação fundada na “reserva do possível”, por si só, não é razão crível a justificar a inoperabilidade estatal em garantir um piso existencial mínimo.

Ademais, o “mínimo existencial”, representando como piso civilizatório mínimo, deve servir como contrapartida, balizando, a partir de uma enunciação advinda de um parâmetro fundado no Estado Social, as políticas públicas.

O Poder Judiciário, por sua vez, na prestação jurisdicional, ante a ausência de mandados constitucionais, não deve pretender substituir os poderes Executivo ou Legislativo, quanto à feição que se queira dar ao Estado.

Ao revés, ao Poder Judiciário, ante o imperativo constitucional da dignidade da pessoa humana, não é dado omitir-se, negando-se a dar efetividade aos direitos sociais, fundamentalmente consagrados no texto da Constituição.

Desse modo, ao Poder Judiciário cabe atuar objetivamente na concretização dos preceitos constitucionais, redefinindo políticas públicas, quando a omissão

legislativa ou, mesmo, a omissão da função executiva, na consecução dessas políticas, implicar a frustração dos objetivos constitucionais do Estado nacional.

A referida atuação, nominada de protagonismo ou ativismo judicial, fundamenta-se na necessidade de se concretizarem normas programáticas, de modo a que, a partir de uma justificação razoável e um embasamento normativo, o sujeito constitucional, originariamente previsto para aquela missão constitucional, seja desincumbindo e substituído por outro sujeito, mesmo que sob o risco da perda de legitimidade, na atuação dos imperativos da Constituição dirigente.

Tal solução representa a melhor das opções, quando comparada ao descumprimento da Constituição Federal, na ausência de concretização de direitos fundamentais, representados pelos direitos sociais, mesmo que possa significar um risco ao equilíbrio institucional dos poderes da República.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2008. 669p.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 427p.
- _____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 345p.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217p.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 827p.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica*. São Paulo, 2010. 340p.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 577p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1.522p.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves & CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2008. 376p.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 689p. (Coleção Direito e Justiça).
- ESTEVES, João Luiz. *Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007. 144p.

HUNT, Emery Kay. *História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. 512p.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas*. 2ª tir. Salvador: Juspodium, 2009. 180p.

KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 136p.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 591p.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 483p.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais*. Salvador: Juspodivm, 2008. 485p.

MIRANDA, Jediael Galvão. *Direito da Seguridade Social: direito previdenciário, infortunistica, assistência social e saúde*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. 301p.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 374p. (Coleção Justiça e Direito).

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. 416p.

POZZOLI, Lafayette & LIMA, Otávio Augusto Custódio. *Direito Previdenciário: doutrina, legislação, prática, jurisprudência*. São Paulo: Primeira Impressão, 2009. 1.836p.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. 334p.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito*. São Paulo: Saraiva, 2005. 222p.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *O princípio da seletividade das prestações de seguridade social*. São Paulo: LTR, 2004. 221p.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004. 264p.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. 270p.

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2010. 279p.