

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

Aluna: Caroline Tuffani David

Orientadora: Telma Lage

Introdução

O PIBIC acerca da efetividade dos direitos sociais é um grupo de iniciação científica que visa, primeiramente, tornar claros alguns conceitos jurídicos cruciais e que muitas vezes se confundem seja pela falta de conhecimento das pessoas acerca desses direitos, seja em razão de suas semelhanças intrínsecas. Dentre esses direitos estão os direitos fundamentais, previstos e positivados na Constituição, os direitos humanos, os direitos individuais, sociais, coletivos, difusos e individuais homogêneos. Ademais, quando falamos em direitos sociais também é imprescindível analisar a questão concernente a intervenção do Estado através de políticas públicas como meio de viabilizar o seu exercício pela sociedade, bem como a questão da “reserva do possível” e do “mínimo existencial”.

Importante ressaltar que o estudo da efetividade dos direitos sociais necessita de atualização constante em razão da forma pela qual vem se desenvolvendo a sociedade brasileira e também por conta da deslocação do local de luta pela sua efetividade. Discute-se então, até que ponto o Poder Judiciário poderia intervir na Administração Pública a fim de que todos tenham acesso a esses direitos sociais e até que ponto se estaria usurpando esse poder e comprometendo o princípio da separação de poderes. E, ainda, uma vez feita essa distinção e estudado cada um desses direitos subjetivos sobre enfoques diferentes, passamos à análise, de fato, sobre a efetivação dos mesmos na sociedade brasileira e no mundo. Nesse momento, devemos questionar se realmente são todos os cidadãos que tem acesso a esses direitos e se esses direitos estão restritos ou não à apenas uma parcela da sociedade. Embora o exercício pleno dos direitos sociais pelos cidadãos ainda seja deficiente e o acesso a escolas, hospitais, transportes, moradias etc. seja ainda precário e deficiente sob aspectos quantitativos e qualitativos, reconhece-se que houve melhorias significativas nas duas últimas décadas.

Paralelamente ao estudo do direito material, investigamos os instrumentos processuais adequados para a efetivação dos direitos sociais, entendendo que as ações coletivas se mostram mais eficazes em relação às demandas das democracias sociais do que as ações individuais. Assim, a partir de uma ampla pesquisa não apenas doutrinária e jurisprudencial mas também da análise real dos fatos e do mundo que nos cerca, várias conclusões foram alcançadas com o intuito de aprimorar e criar novos conhecimentos acerca desse tema que vêm ganhando cada vez mais espaço dentro do Direito Brasileiro, que é questão dos direitos sociais.

Objetivos

Estudar os direitos sociais e a sua eficácia jurídica e social no Brasil. Lendo autores europeus comparamos o Brasil com países de capitalismo avançado e também comparamos o panorama atual com as transformações da pirâmide social brasileira ocorridas nas últimas décadas. Neste sentido, o conhecimento e avaliação das políticas públicas na área de educação e saúde foram levados a efeito.

Metodologia

Iniciamos a análise sobre os direitos sociais e a sua efetividade pela “educação”. Para isso, consultamos uma reportagem de jornal [1] que relacionava o ensino superior no Brasil no passado e atualmente, propondo metas a se atingir no futuro. Fizemos um levantamento de como as Constituições brasileiras tratavam a educação e constatamos que desde a Constituição de 1967 previa-se que a educação era direito de todos, porém da declaração à efetivação havia um grande degrau, difícil de ser escalado.

Também buscamos leitura de texto [2], para que pudéssemos adentrar nas demais esferas de direitos sociais, pesquisamos se “os efeitos do desenvolvimento” produziram mais igualdade ou desigualdade, comparando, ainda, os avanços no sentido da democracia política a igualdade política para a democracia de acesso aos bens, ou seja a igualdade econômica.

Em seguida, a partir da leitura de outros textos [3, 4 e 5] passamos a analisar a efetividade dos direitos sociais sob um novo prisma: as demandas da população e sua disposição para buscar efetividade dos direitos declarados. Constata-se que a via judicial ostenta graves obstáculos, que vão desde desconhecimentos dos direitos, ao custo de se mover ação individual, e até obstáculos relativos à localização dos fóruns nas cidades grandes, em locais muitos distantes daqueles onde vive a população mais carente de direitos sociais.

A partir de duas pesquisas de campo procuramos conhecer as expectativas dos alunos do PROUNI em relação ao Curso de Direito, supondo que representam os segmentos que buscam enriquecimento da cidadania por meio da efetividade dos direitos sociais. Em uma, ainda em andamento, direcionado aos alunos bolsistas da PUC-Rio, lhes indagamos se presenciavam em sua rotina algum tipo de violação dos direitos fundamentais e se há na sala de aula discursos alusivos a estas situações; no outro, direcionado a todos os alunos, questionamos se o processo de ensino/aprendizagem do Direito atende a diferentes expectativas de diferentes grupos sociais.

Considerações Prévias

Ab initio, para compreensão de toda a pesquisa realizada ao longo do período e do estudo travado, faz-se imprescindível a caracterização e o aprofundamento do significado da palavra “efetividade”, bem como os seus desdobramentos acerca dos direitos sociais. Quando falamos em efetividade das normas, tomamos por base o conceito do renomado jurista Luís Roberto Barroso¹, segundo o qual não se trata apenas de eficácia jurídica mas também de eficácia social das normas. Em outras palavras, quando falamos em eficácia jurídica, estamos nos referindo ao momento em que a norma está apta a incidir e portanto, o desvio de conduta atrairia uma sanção. Ocorre que, a sua plena efetividade também depende da sua eficácia social, ou seja, da disposição dos destinatários de aderirem àquela determinada norma ou lei e do seu cumprimento espontâneo. Para isso, é essencial a conformidade das normas constitucionais com a realidade social, ou seja, que estas sejam respaldadas na vida cotidiana.

Segundo o renomado jurista, José Afonso da Silva:

“Eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como meta. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. [...] Uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar

1. “Cabe distinguir da eficácia jurídica o que muitos autores denominam de eficácia social da norma, que se refere, como assinala Reale, ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao ‘reconhecimento’ do Direito pela comunidade ou, mais particularizadamente, aos efeitos que uma regra suscita através do seu cumprimento. Em tal acepção, eficácia social é a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos”.

efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social.”

A questão da eficácia social se desmembra em duas teorias. Para a primeira, os destinatários primários da norma são os cidadãos e os destinatários secundários, seriam os agentes públicos. Desse modo, a adesão da norma ficaria a mercê da vontade do cidadão em querer aderir ou não a mesma. Já a segunda teoria, mais moderna, argumenta que primariamente os destinatários da norma são os agentes públicos e secundariamente, os cidadãos. Com isso, a norma será tão mais efetiva quanto mais eficiente for o aparelho fiscal do Estado e quanto mais apto a sancionar as condutas desviantes. Isto é, não basta que a Administração Pública detenha em suas mãos o poder de sanção, deve atender também, ao princípio da eficiência, deve ser eficiente, utilizando-se do mínimo de recursos possível com o máximo de resultado.

Nos indagamos então sobre a segunda teoria e o seu efetivo cumprimento por parte do cidadão, uma vez que a norma não lhes é diretamente destinada. E a resposta é simples, uma vez que uma das qualidades da norma é a sua publicidade. Portanto, uma das funções do agente de estado é a de publicação, tornar público (= comunicar), convencendo a população da racionalidade da lei. No entanto, o mais importante para que haja real efetividade social das normas é o compromisso de diversos setores da sociedade, seja dos governos movendo políticas públicas que condicionem o exercício da cidadania, seja por meio do desenvolvimento da consciência pública quanto ao reconhecimento da imprescindibilidade deste feito. Caso contrário, estar-se-á prejudicada a consolidação do Estado Democrático de Direito Social. Além disso, concluímos também que, na maioria das vezes em que o custo de não cumprir as normas sociais é alto e o de cumpri-la é baixo, as normas serão cumpridas. Isso porque onde há maior possibilidade de fiscalização, há uma racionalidade dos agentes públicos. Observamos que no Brasil, por exemplo, caminha-se em direção a um processo de institucionalização em que o custo de não cumprir seja alto, levando portanto ao cumprimento das normas sociais.

Categorias dos Direitos Sociais

(1) Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

Após entender o conceito de efetividade, avançamos no estudo de outros conceitos básicos e que não se confundem com os chamados direitos sociais, a começar pelos Direitos Humanos. Este direito é mais abrangente, possui caráter de universalidade e atemporalidade e não necessita de uma Constituição. Isso quer dizer que os Direitos Humanos não precisam ser positivados, ou seja, são autônomos em relação a uma ordem jurídica nacional (existem independentemente da ordem jurídica nacional) pois sua origem é a própria natureza humana (os direitos humanos são universais e atemporais). Um exemplo que podemos citar é a questão das crianças escravas sexuais. Este exemplo trata-se de uma violação à um direito humano em qualquer época ou em qualquer lugar.

Em contrapartida, é a Constituição Federal que define quais são os Direitos Fundamentais, ou seja, eles estão positivados. Estes direitos têm as mesmas características dos direitos humanos, a diferença é que estão positivados numa determinada ordem jurídica nacional, em determinada Constituição. Com o intuito de proteger esses direitos, a CF brasileira consagra dentre as cláusulas pétreas (artigo 60, parágrafo 4º da CF), a inviolabilidade dos chamados “direitos e garantias individuais”. Podemos dizer que dentro dessa cláusula pétrea também estão abrangidos os chamados direitos sociais.

(2) Direitos Subjetivos

Os direitos subjetivos são na sua essência *facultas agendi*, traduz uma expressão de vontade que leva a satisfação dos interesses humanos, em conformidade com a norma

jurídica. Este direito se contrapõe a um dever jurídico a ser prestado por outrem. Desse modo, é um direito passível de ser violado na medida em que se o sujeito passivo não cumpre com o seu dever e o titular do direito pode exigir a prestação jurisdicional do Estado.

Já quando falamos de direito público subjetivo, estamos tratando do instrumento através do qual o sujeito de direito pode transformar a norma geral e abstrata contida em determinado ordenamento jurídico em algo que possua como próprio. Ou seja, o sujeito aciona as normas jurídicas (direito objetivo), transformando-as em seu direito, direito subjetivo. Portanto, trata-se de uma capacidade reconhecida ao indivíduo em decorrência de sua posição especial como membro da comunidade, que se materializa no poder de colocar em movimento normas jurídicas no interesse individual. Nesse espectro, localiza-se no polo passivo a pessoa jurídica de direito público que deve realizar a prestação devida. Assim, o direito público subjetivo configura-se como um instrumento jurídico de controle da atuação do poder estatal, pois permite ao seu titular (o particular) o poder de exigir/constranger judicialmente o Estado a executar o que deve.

Os direitos sociais podem ser considerados direito público subjetivo na medida em comumente são associados a direitos que dependem de prestações dos poderes públicos para que possam ser usufruídos por seu titular. Nesse sentido a definição de José Afonso da Silva: “(...) *direitos sociais, 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*”.

(3) Direitos Sociais

Os direitos sociais são uma emergência contemporânea que vêm ganhando amplo espaço no Direito e nas sociedades. Esses direitos estão elencados no artigo 6º da Constituição Federal e dentre eles está o direito à saúde, à educação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, etc. O primeiro dos direitos sociais a surgir foi o direito do trabalho/operário.

Quando tratamos de direitos sociais, estamos falando de pessoas que não tem acesso a bens civilizatórios através de seus próprios recursos e por isso, tornam-se necessárias políticas públicas por parte do Estado para que esses direitos, de extrema relevância para todo e qualquer indivíduo, sejam exercidos.

Entende-se por política pública “ *o conjunto ou medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito*”. Portanto, podemos afirmar que os direitos sociais estão contidos dentro do gênero “direitos fundamentais”, os quais dependem de prestações positivas do Estado e demandam uma atividade contínua dos Poderes Públicos em razão de serem garantias constitucionais. Ocorre que a realização desses direitos por meio da implementação de sistemas públicos adequados de saúde, educação, etc, ensejam gastos financeiros por parte do Estado. Desse modo, dentre os vários aspectos a serem analisados, um dos mais importantes é a capacidade financeira do Estado para a implementação desses direitos.

Ao mesmo tempo que o Estado possui a obrigação de adotar medidas adequadas para implementar a plena realização dos direitos dentro dos recursos disponíveis, ele também tem a obrigação mínima de assegurar que pelo menos os níveis mínimos de cada direito sejam atingidos, é o que chamamos de “reserva do possível” e “mínimo existencial”. A reserva do possível têm como pilar dois fatores fundamentais: a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas essas prestações positivas. Ou seja, o princípio da reserva do possível leva em consideração que, independentemente da previsão legal, existe um limite material para a implementação dos direitos fundamentais. Assim, se não houver recursos para custear as despesas que a prestação exige, de nada adiantaria a previsão legal,

sendo necessário portanto, observar os limites da razoabilidade. Desse modo, os direitos sociais que exigem uma prestação de fazer estariam sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade, ou seja, justificaria a limitação do Estado em razão de suas condições sócioeconômicas e estruturais.

Por outro lado, de acordo com o artigo 7º, IV, da Constituição Federal, o mínimo existencial seria o conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis à uma vida com dignidade, tais como a saúde, a moradia e a educação fundamental. O mínimo existencial não está adstrito ao mínimo necessário para a sobrevivência pois, se assim fosse, não seria preciso constitucionalizar o direito social, bastando reconhecer o direito à vida. Desse modo, defende –se que a “reserva do possível” não pode acarretar a ineficácia do direito, ou seja, não pode atingir o que chamamos de mínimo existencial, como a garantia à saúde, à educação, sendo, portanto, incogitável a discussão da impossibilidade orçamentaria do Estado em relação a esses direitos.

Existe uma visão minoritária que, a *contrário sensu*, defende que não cabe ao Poder Judiciário controlar esses critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública pois isso seria uma ofensa ao princípio da separação de poderes. No entanto, devemos nos ater ao fato de que a intervenção do judiciário implica na defesa de uma pretensão pública, que transcende a esfera do indivíduo considerado na sua singularidade. Na Europa, não fazia sentido brigar no Poder Judiciário em busca desses direitos pois, há em seus países, o chamado Estado de bem estar social desde a Segunda Guerra Mundial, ou seja, já existe universalização dos direitos econômicos, sociais e culturais desde a década de 90. No entanto, essa questão voltou a ser amplamente discutida, hoje em dia, em razão da crise europeia e da pobreza (imigrantes).

Além disso, também é importante salientar um segundo debate em torno desses direitos no que diz respeito à intervenção do Estado. É correto afirmar que enquanto o gozo e fruição dos direitos sociais depende da intervenção do Estado, uma vez que estão relacionados, majoritariamente, à pessoas que não podem comprar no mercado, os direitos de 1ª geração - direitos individuais (como o direito à vida, à igualdade, direitos civis) – são direitos que, supostamente, impõe uma obrigação de não fazer por parte do Estado? Podemos verificar que, segundo a tese de Luigi Ferrajolie acerca dos DESC's e demais direitos subjetivos e a questão da liberdade negativa e positiva, não é verdade que os direitos de primeira geração não exijam prestações positivas do estado, pois não basta o Estado não fazer nada. Um exemplo disso é que se todos tem liberdade, estas liberdade podem se chocar, entra em conflito; no que diz respeito ao direito de propriedade, o Estado também deve intervir (direito penal, as estruturas dos cartórios – tudo isso o estado tem que fazer), etc. Por isso, podemos concluir que os direitos de primeira geração também exigem prestações positivas do estado e desse modo, é “fraco” o argumento de que os DESC's exigem uma prestação positiva do Estado e os outros direitos não.

Vimos também que, em alguns momentos, esses direitos de 1ª geração se sobrepõe aos DESC's, como no caso da questão de gênero que está ligada à igualdade (civil). Ex: no caso da mulher de classe baixa. Outro exemplo importante é caso de direito de consumo. Esse direito, que nada mais é que um direito civil de todos e não deveria portanto, estar ligado à determinada classe. Contudo, a partir do momento que nem todos podem consumir, pessoas que estão na base da pirâmide social, estão mais sujeitas à abusos uma vez que não podem consumir água, gás energia elétrica, elementos essenciais vinculados ao direito à saúde e consequentemente, aos DESC's. Portanto, existem muitas situações que envolvem não apenas os direitos civis mas também os DESC'S.

Existem três correntes acerca dos DESC's. A primeira delas é a corrente formalista a qual defende que os DESC's são direitos fundamentais pois estariam inserido na Constituição Federal sob o título “*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*”. A segunda corrente é

chamada de corrente negativista pois afirma que os direitos fundamentais são apenas aqueles previstos e elencados no artigo 6º da Constituição Federal e esta deve ser interpretada sistematicamente. Portanto, os direitos sociais não devem ser considerados direitos fundamentais. Já a terceira corrente seria o “caminho do meio” ou teoria de fundamento contemporâneo que defende que os direitos sociais são direitos fundamentais e é hoje, utilizada pela doutrina e pela jurisprudência dominante.

Através da análise do livro “*Direitos Fundamentais Sociais - O Desafio da Efetividade e a Instrumentalidade da ADPF*” de Roberta Corrêa de Araújo, pudemos aprofundar essa última teoria em nossos estudos acerca da efetivação dos direitos sociais, tomando por base as duas premissas da autora que torna tão clara e evidente, a relação de fundamentabilidade dos direitos sociais. É cediço que a Constituição elenca em seu artigo 6º, os chamados direitos sociais. Mas convém ressaltar que mais que isso, a Constituição também prevê esses direitos, implicitamente, seja no seu artigo 1º ao declarar como fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade humana, seja no seu artigo 3º ao definir como objetivos fundamentais deste Estado, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária bem como a erradicação da pobreza e da marginalização. Isso porque, segundo as palavras da própria autora:

“Sem os direitos sociais assegurados (e isso quer dizer muito mais do que positivados, visto que implica em efetividade e concretude), não se promove e nem se desenvolve a dignidade humana e tampouco se reduz as desigualdades sociais e se constrói justiça, liberdade e solidariedade.”

Ou seja, impossível seria promover a dignidade humana sem assegurar-lhe o direito à saúde, à educação, à alimentação, ao trabalho, etc. Assim como também não se poderia falar em uma sociedade justa e igualitária que é marcada por extrema desigualdade social. Concluímos desse modo, que os direitos sociais são direitos fundamentais.

(4) Direito Coletivo/ Direito Difuso/ Direito Individual Homogêneo

O direito coletivo é um direito de grupos, categorias ou classe de pessoas que traz um vínculo jurídico, reunindo um conjunto de indivíduos passíveis de serem determinados pois foram atingidos pela violação a um mesmo direito. Ou seja, é um direito subjetivo que ampara os membros de uma sociedade, como por exemplo, a relação de consumo, ou seja, o direito dos consumidores de receberem serviços de boa qualidade das prestadoras de serviços públicos essenciais, como de telefonia, de abastecimento de água e de energia elétrica; ou trabalhadores de uma mesma empresa; direito dos alunos de determinada faculdade de receber serviços educacionais de qualidade.

Já o direito individual homogêneo é aquele no qual há uma causa comum, que afeta certo número de pessoas causando consequências distintas para cada um delas. Portanto, esse direito tem natureza divisível e é suscitado por um fato (ex: direitos dos compradores de produto defeituoso de serem indenizados pelo fabricante; direito à declaração de nulidade de cláusula abusiva de contrato de prestação de serviços públicos essenciais, como de telefonia, de energia elétrica ou de abastecimento de água; direito das vítimas de um acidente de avião, etc). Isso também ocorre no direito difuso, no qual não é possível determinar quem são os titulares desse direito pois não existe vínculo jurídico, mas um fato comum. No entanto, esse direito não pode ser reivindicado sozinho pois se trata de um direito indivisível (ex: mulheres que compraram a pílula de farinha, direito a um meio ambiente sadio, direito à vedação à propaganda enganosa, direito à segurança pública).

Portanto, tanto o direito difuso quanto o direito individual homogêneo têm em comum o fato jurídico, ou seja, as pessoas se ligam por um fato comum. Entretanto, no direito difuso não é possível pleitear individualmente, mas apenas através de uma ação coletiva (arrecadação para um fundo). Enquanto que os direitos individuais homogêneos podem ser

pleiteados individualmente através de ação individual uma vez que esse direito têm natureza divisível. Na prática o que ocorre é que, como existem muitas pessoas na mesma situação, estas acabam entrando em conjunto com a ação.

Os indivíduos, em regra, individual ou coletivamente, poderão exigir a tutela jurisdicional do Estado através de ações coletivas. As vantagens proporcionadas pela Ação Coletiva não estão ligadas apenas a celeridade, mas também envolve questões como a redução do ônus probatório, o menor carregamento do poder judiciário, etc. Pensamos então como seria se a ação/processo coletivo se tornasse a regra no país: esse processo coletivo seria cerceador dos direitos individuais e sua tutela? O fato é que uma prestação jurisdicional rápida do Estado, proporcionada pelo processo coletivo, não eliminaria o processo individual. No entanto, uma das dificuldades que se coloca em torno dessa questão é o fato de que esse sistema deve ser financiado de algum modo e por isso, é preciso analisar também a capacidade contributiva da sociedade de suportar a máquina judiciária.

(5) Direitos Individuais

Em oposição à todos esses direitos, estão os direitos individuais, previstos no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal. Os direitos individuais são aqueles direitos reconhecidos à pessoa/agente econômico. O indivíduo está inserido em um estado de relações sociais, ou seja, é o direito típico da democracia liberal, valoriza o individual, este é potente e são todos iguais (a bolsa família seria algo absurdo dentro desse contexto, uma vez que estaria criando categorias e um tratamento desigual). O ordenamento jurídico brasileiro é preponderantemente individualista e o Código Civil pode ser considerado hoje, o código dos direitos individuais bem como o direito civil, o Estatuto do indivíduo. Podemos afirmar que o principal direito individual hoje, por excelência, é o direito à propriedade. A partir do momento em que existe uma democracia e que se afirma a cidadania, as instituições deixam de existir e passa a se falar em indivíduo. Cada indivíduo é uma unidade completa, plena e soberana de imputação jurídica. De acordo com o pensamento liberalista, se todos os indivíduos são potentes, o Estado não deve tutela-los. Portanto, não pode mais haver diferenciação entre os indivíduos, independentemente da instituição que eles pertençam e estes devem ser tratados da mesma forma.

Democracias Sociais

Atualmente, os direitos individuais vêm dando espaço a novos direitos, os direitos sociais. Havia nas antigas constituições brasileiras menções à igualdade e aos direitos sociais mas de maneira muito vaga. É a Constituição de 88 que passa a encarar o verdadeiro problema da desigualdade social, não se restringindo mais aos direitos individuais, dando destaque à categoria dos direitos sociais e sua efetividade. A matriz liberal ainda é muito importante, mas nosso PIBIC segue a linha de raciocínio de indivisibilidade dos direitos políticos, civis e sociais.

A Constituição Brasileira de 1988 simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil ao introduzir a consolidação do direito e garantias fundamentais à luz do princípio da dignidade humana. Além disso, é a primeira constituição brasileira que fala seriamente de direitos sociais, tratando-os como direitos subjetivos e fundamentais e conferindo-lhes aplicabilidade imediata. Isso porque não apenas declara os direitos sociais em seu artigo 6º e seguintes, mas também apresenta uma ordem social com um amplo universo de normas que enunciam programas, tarefas e diretrizes a serem perseguidas pelo Estado e pela sociedade como instrumentos processuais de garantias desses direitos. Desse modo, podemos afirmar, com precisão, que possuímos uma Constituição não mais respaldada em uma igualdade formal mas sim, em uma igualdade material.

Para definir tais conceitos, o jurista Luís Roberto Barroso faz a seguinte equiparação: *“A igualdade formal, que está na origem histórica liberal do princípio, impede a hierarquização entre pessoas, vedando a instituição de privilégios ou vantagens que não possam ser republicaneamente justificadas. Todos os indivíduos são dotados de igual valor e dignidade. O Estado, portanto, deve agir de maneira impessoal, sem selecionar indevidamente a quem beneficiar ou prejudicar. A igualdade material, por sua vez, envolve aspectos mais complexos e ideológicos, de vez que é associada à idéia de justiça distributiva e social: não basta equiparar as pessoas na lei ou perante a lei, sendo necessário equipará-las, também, perante a vida, ainda que minimamente”*.

Ou seja, no que concerne a questão dos direitos sociais, não basta apenas a igualdade formalmente reconhecida através da letra fria da lei, sendo esta identificada como a garantia da concretização da liberdade, de modo que bastaria a simples inclusão da igualdade no rol dos direitos fundamentais para tê-la como efetivamente assegurada. Em termos concretos, isso não passa de mera ficção, uma vez que se resume e se satisfaz com a idéia de igualdade meramente formal. Faz-se imprescindível instrumentos de promoção da igualdade social e jurídica e para alcançar a efetividade do princípio da igualdade, há que se considerar em sua operacionalização, além de certas condições fáticas e econômicas, também certos comportamentos inevitáveis da convivência humana. A igualdade material desse modo, considera as desigualdades concretas existentes na sociedade, de maneira a tratar de modo dessemelhante situações desiguais. E nesse aspecto, os direitos sociais, tais quais o direito à educação, ao trabalho, à saúde e ao lazer, são servem para dar efetividade material. De modo que o indivíduo ou grupos de indivíduos, passam a isoladamente considerados e a partir de suas características específicas, são traçadas políticas públicas de caráter afirmativo visando a promoção de igualdade de oportunidades.

Justiciabilidade dos Direitos Sociais

A questão da atuação do judiciário junto a efetivação dos direitos sociais mudou muito ao longo do tempo, ganhando cada vez mais força em decorrência não só da aprovação da Constituição Federal de 88 mas também em virtude das sucessivas crises do Poder Executivo e Legislativo bem como a superação do positivismo no âmbito da metodologia constitucional.

Surgiram em torno da questão da justiciabilidade dos direitos sociais, duas teorias. De um lado, a teoria particularista que defende que cada caso deve ser analisado de acordo com as suas particularidades, permitindo desse modo, que hajam decisões mais justas, no entanto com alto grau de discricionariedade. De outro, a teoria formalista que, a contrário sensu, defende a aplicação direta da lei, de modo a prover maior segurança jurídica, sem considerar portanto, as particularidades do caso concreto. O fato é que a escolha por um modelo ou por outro, ou seja, esta decisão política dependerá do grau de confiança que os cidadãos possuem para com os juízes. O fato é que podemos extrair da nossa Constituição Federal interpretações distintas, tanto no sentido de permissão da intervenção do Poder Judiciário na questão da efetividade dos direitos sociais quanto a sua limitação, estando circunscrito a definição legal.

Estudamos ao longo do curso, uma série de críticas em relação a judicialização dos direitos sociais. Em primeiro lugar, estão as críticas principiológicas, que subdividem-se em liberal e democrática ao colocar em questão a legitimidade do judiciário atuar na concretização de direitos sociais. O liberalismo baseia-se no princípio constitucional de “separação de poderes” (distribuição do poder do estado entre órgãos distintos de modo a permitir que um poder freie o outro). Desse modo, caberia ao judiciário apenas aplicar as normas legais vinculadas aos direitos sociais mas não executar as políticas públicas. Ocorre que, no Brasil, a bem da verdade, adota-se o “sistema de pesos e contrapesos”, ou seja, a

possibilidade de intervenção em outro poder e o exercício de competências que tipicamente caberiam a outro, de modo a permitir “implicações e limitações recíprocas”. Desse modo, não seria possível deslegitimar a garantia dos direitos sociais pelo judiciário com base, única e exclusivamente, nesse argumento. Além disso, o liberalismo também defende que os direitos sociais não são verdadeiros direitos fundamentais, e se assim considerado, causaria a “inflação dos direitos fundamentais”. Isso é desmentido pela própria corrente liberalista, uma vez que os direitos sociais são condições da liberdade ao permitir as condições materiais para o seu exercício.

Já crítica democrática é contrária a concretização judiciária dos direitos sociais na medida em que os seus agentes, não teriam sido eleitos pelo povo, e suas decisões portanto, antidemocráticas (“governo de juizes”), permitindo a execução de um projeto ideológico particular. Essas críticas não levam em consideração o fato de que o judiciário exerce importante papel na garantia das condições para que a deliberação pública se instaure adequadamente. Ao garantir os direitos sociais, o judiciário permite ao cidadão uma participação pública efetiva, ou seja, capacidade para exercer uma influência real acerca do destino da sociedade. Desse modo, a atuação do judiciário não vai de encontro à democracia mas sim, ao seu encontro. E, portanto, também não é verdadeiro o argumento de que a atuação do judiciário junto aos direitos sociais provocaria uma substituição dos dissídios coletivos pelos individuais.

Em segundo lugar, estão as críticas institucionais, que apontam as consequências práticas da intervenção do judiciário nas políticas públicas ao determinar a entrega de bens e prestação de serviços: (a) a crítica financeira está intimamente ligada à “reserva do possível”. Isso porque, de acordo com essa corrente, o Estado deverá intervir de acordo com a disponibilidade de recursos. No entanto, não poderá se utilizar deste argumento para “exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais”, conforme já houve por bem entender o Supremo Tribunal Federal. Outro aspecto importante e que merece destaque é a verificação da “universalização” da medida. Ou seja, é fundamental que aquela medida praticada pelo judiciário possa se estender aos demais cidadãos a fim de tornar a ação judicial coerente e imparcial (exemplo: garantir a moradia a determinada pessoa e poder garantir aos outros cidadãos); (b) a crítica administrativa defende que a atuação do poder judiciário na concretização dos direitos sociais leva à desorganização da Administração Pública que acabaria se dedicando ao atendimento de demandas individuais decorrentes do Poder Judiciário, ao invés de exercer a sua principal função que é a de execução das políticas públicas. Com relação a (c) crítica técnica, argumenta-se que o poder judiciário não possui o conhecimento técnico necessário para exigir o cumprimento de determinadas políticas públicas. Contudo, não se pode perder de vista que o judiciário não está “sozinho”, pois conta com uma série de instrumentos que visam aperfeiçoar e fundamentar as suas decisões, tais como o *amicus curiae*, perícias e o próprio parecer da Administração Pública. Já a (d) crítica econômica, defende que as decisões judiciais devam ser aferidas a partir de um juízo “consequencialista”, isto é, levando em consideração os melhores efeitos práticos. Mas, ao intervir nas políticas públicas apenas tendo em vista a dogmática dos direitos fundamentais, de acordo com essa corrente, o judiciário acabaria impedindo a maximização dos benefícios produzidos pelos investimentos públicos (exemplo: mais importante seria o uso de recursos para a melhor distribuição de água potável pois salvaria mais vidas, do que a garantia de medicamentos para pessoas com AIDS – direito fundamental). O contra-argumento à essa crítica é o fato de que não é preciso escolher entre duas prioridades, tal como o direito a saúde e o direito à educação. Isso porque um não exclui o outro e se o Estado dispõe de recursos, deve olvidar os seus melhores esforços, para promover políticas públicas suficientes e compatíveis com a dignidade humana. Por fim, (e) a crítica da desigualdade quanto ao acesso à justiça sustenta o argumento de que apesar de a atuação judiciária no campo social se

justificar pelo intuito de prover a todos os cidadãos acesso universal e igualitário aos bens sociais fundamentais, não é o que vêm ocorrendo na prática. Uma vez que apenas a classe média vêm obtendo êxito em suas demandas judiciais, e os pobres permanecem excluídos do acesso à justiça. É nítida a falácia do argumento em que se baseia essa crítica, isso porque o problema nesse caso, não é o acesso à justiça pela classe média mas sim, a falta de acesso por parte dos pobres. Portanto, faz-se necessário, na verdade, a desobstrução dos canais de acesso do cidadão ao Poder Judiciário.

Todas essas críticas, nos levaram a concluir, de forma sucinta, sobre a necessidade de priorização das ações coletivas; de aprofundamento do diálogo institucional entre o poder Judiciário e Executivo e outras instâncias de execução de políticas sociais (horizontalidade das decisões judiciais a partir da interlocução permanente entre magistrados, administradores, técnicos e etc), bem como a necessidade de uma formação/conhecimento multidisciplinar do juiz contemporâneo, que não deve se ater apenas aos textos legais e às partes formalmente envolvidas no processo, mas também a todo contexto social, político e econômico da sociedade em que se insere. Além disso, é mister ressaltar a importância de melhorar a Defensoria Pública e o Ministério Público, bem como os demais meios de acesso ao judiciário pelo cidadão.

A bem da verdade, a análise ainda mais detida acerca das críticas supracitadas, nos possibilitaram a compreensão de que a atuação do judiciário na concretização dos direitos sociais não deve ser irrestrita e sem limites. É indispensável que esta ingerência seja pautada por critérios objetivos e constantes do sistema de garantia dos direitos fundamentais. Dentre eles, está o critério da universalização da medida entre aqueles que não podem arcar com recursos próprios sem tornar inviável a garantia de outras necessidades básicas (hipossuficientes). Consequentemente, uma vez consideradas apenas as necessidades individuais, tem-se uma igualdade puramente formal. Também coloca-se como limite a judicialização dos direitos sociais a preferência pelas técnicas da Administração em face das demais. Isso porque, nada obstante o Judiciário possua meios para qualificar tecnicamente suas decisões, a princípio, a Administração Pública dispõe de capacidades institucionais mais apropriadas.

Outro critério a ser considerado para a realização desse “poder-dever” do Judiciário, de acordo com a maior parte da doutrina e da jurisprudência, é o chamado “mínimo existencial”. Como já visto, a garantia das condições sociais mínimas necessárias para uma vida digna, que independe das políticas públicas formuladas e executadas pelo Poder Executivo e Legislativo, principalmente quando voltadas para a implementação de direitos sociais prestacionais. Isso porque, conforme explicado anteriormente, os direitos sociais tratam-se de direitos fundamentais. E se o Estado age em desacordo com o que dispõe a Constituição Federal ou deixa de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos previstas na mesma, em ordem a torná-los efetivos e exequíveis, abstendo-se, de cumprir o dever de prestação que a CF lhe impôs, incidirá em violação ao texto constitucional (insconstitucionalidade por ação ou omissão). Nesse sentido, requer-se a integração do Poder Judiciário com o escopo de efetivar esses direitos sociais previstos no texto legal. Assim, Jean Carlos Dias, de forma esclarecedora, afirma:

“Conquanto se possa admitir que não haja uma intervenção originária e direta na formação de uma política pelos processos deliberativos típicos da atuação parlamentar e da formação da decisão executiva, não se deve deixar de reconhecer que cabe ao Judiciário o controle dessas políticas do ponto de vista da preservação dos direitos.”

Quando chamado a intervir na implementação dos Direitos Fundamentais, o Poder Judiciário deve se ater a dois outros aspectos – além da preservação do mínimo existencial apurado no caso concreto - inerentes a este tipo de demanda. São eles: (i) o exame proporcional e razoável da postulação apresentada pelo particular e das razões suscitadas pela

Administração Pública e (ii) a comprovação da inexistência ou insuficiência de recursos por parte da Administração Pública, a chamada “reserva do possível”. Antes de mais nada, novamente, é mister salientar que a reserva do possível jamais poderá servir de “ferramenta” para o descumprimento do dever legal que incumbe a administração pública, principalmente quando dessa conduta puder resultar na aniquilação de direitos constitucionais fundamentais, como os direitos sociais. Mais que isso, é dever do administrador público impedir que a escassez de recursos represente óbices à concretização do mínimo existencial. E se assim for, o Poder Judiciário deverá priorizar a garantia dos direitos sociais àqueles que não possuem recursos para arcar com as prestações sociais sem tornar inviável o atendimento de outras necessidades básicas, geralmente, os mais pobres,

Entretanto, apesar do dever indeclinável do Estado em implementar condições suficientes para uma existência digna, o “ativismo judiciário” não deve extrapolar sua função de ingerência nas políticas públicas e efetivação dos direitos sociais, de modo a violar a ordem constitucional. Ou seja, o Poder Judiciário não pode determinar o deslocamento de verbas de outros setores, de maneira arbitrária e desmedida, ainda que haja inércia da Administração quanto as políticas públicas que lhe incumbe.

O fato é que muitas das ações que envolvem a efetivação dos direitos sociais pelo poder judiciário são demandas individuais. E muitas vezes, foge ao bom alvedrio do julgador, apreciar a questão com plena imparcialidade, sem colocar suas emoções até certo ponto. Desse modo, uma das alternativas já supramencionada que coloca-se em evidência, é a priorização das demandas coletivas e abstratas. Nestas situações, a alocação de recursos e o atendimento prioritário do mínimo existencial poderiam ser discutidos de forma mais ampla e condizente com as expectativas orçamentárias da Administração Pública.

Ademais, outras também são as vantagens da escolha pelas ações coletivas, tais quais: a redução do tratamento desigual de situações que apresentam similitude fático-jurídica, uma vez que as decisões proferidas no âmbito das ações coletivas garantem a universalização da prestação, não sendo atendidos apenas aqueles envolvidos diretamente no processo mas, também, todos os cidadãos que se encontram sob as mesmas condições; um menor desorganização da Administração Pública já que não se desmembra em diferentes decisões particulares que condicionam a atuação do administrador; a possibilidade de discutir com cuidado necessário os aspectos técnicos envolvidos, isso porque antes de ser ajuizada a ação civil pública, o Ministério Público pode instaurar inquérito civil. E ainda, a priorização das ações coletivas estimula que o cidadão se mobilize para a ação política conjunta, sobretudo através de associações da sociedade civil e evita que apenas cidadãos que possuem acesso qualificado à justiça sejam efetivamente destinatários de determinadas prestações sociais.

Destarte, as ações coletivas devem ser priorizadas quando tratar-se de demandas por prestações sociais, facultando-se o acesso direto aos litigantes individuais em casos específicos. Isto é, quando a não garantia do direito social puder gerar prejuízos irreversíveis ao indivíduo titular de um direito subjetivo, como por exemplo, quando se envolve risco de vida. Ou quando, ainda que não haja risco irreversível, a Administração Pública deixa de cumprir a lei ou de entregar as prestações que se comprometeu a prover em seus próprios programas.

Conclusão

Diante de todo o exposto, concluímos que os direitos sociais são direitos públicos subjetivos na medida em que são associados a direitos que dependem de prestações dos poderes públicos para que possam ser usufruídos por seu titular. O objetivo de se prever expressamente, na Constituição Federal, que um determinado direito é público subjetivo é afastar, definitivamente, interpretações minimalistas de que os direitos sociais não podem ser acionáveis em juízo, nem gerar pretensões individuais. Trata-se de uma figura que vem

reforçar o regime já existente, além de constituir uma baliza para a melhor compreensão dos direitos sociais, sob o prisma do seu potencial de efetividade. Isto porque, como pressuposto para a aceitação deste poder subjetivo conferido ao indivíduo, está a idéia de que entre o Estado e seus membros existe uma relação jurídica e, conseqüentemente, os conflitos dela resultantes podem ser resolvidos judicialmente.

A judicialização das políticas públicas tem significado um incontestável avanço na Constituição Federal e a atuação do Poder Judiciário junto a efetivação dos direitos sociais vêm ganhando novos moldes ao longo dos anos. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tomou decisões relevantes no que concerne a implementação dos direitos sociais, ao reconhecer a importância das ações constitucionais para a efetividade dos direitos sociais e a necessidade de atuação interventiva pelo Poder Judiciário como garantidor da concretização e manutenção destes direitos. No entanto, não se pode perder de vista que é necessária a racionalização da atuação judiciária para que esse papel continue sendo exercido, no sentido do progresso social, sem furtar ao Legislativo e ao Executivo seus espaços próprios de deliberação majoritária.

Por fim, também é mister ressaltar a importância da priorização das ações coletivas em relação a judicialização dos direitos sociais, uma vez que estas demandas são capazes de garantir a universalização da prestação. Ou seja, permite que haja uma igualdade não apenas formal, mas material na medida em que não são atendidas apenas as partes envolvidas diretamente no processo mas, também, todos os cidadãos que se encontram sob as mesmas condições.

Referências

- 1 – Jornal O GLOBO, 29.9.2013. **Universidade, passado e futuro**. HEY, Ana Paula.
- 2 – MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**.
- 3 – LANGFORD, Malcolm. **Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise sócio-jurídica**.
- 4 - PIOVESAN, F.; VIEIRA, R. S. "**Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas**". *Revista Ibero Americana de Filosofia, Política y Humanidades*, v. 8, n° 15, p. 128-146, abril 2006.
- 5 – Escola de Políticas de Estado (EPE-Rio). **Curso de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – DESC**. Controle de Constitucionalidade e Controle Judicial das Políticas Públicas e do Orçamento no Brasil.
- 6 – PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de direito civil** (volume I). Rio de Janeiro. Editora Forense, 2009.
- 7 - http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7701
- 8 - BUCCI, M.P.D. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- 9 - BARROSO, L.R. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

10 - SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo. Malheiros, 1998.

11 – CANOTILHO, J. J., CORREIA, Érica Paula Barcha, CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e outros. **Direitos Fundamentais Sociais**. Rio de Janeiro. Editora Saraiva, 2010

12 – MONTEIRO, Roberta Corrêa de Araujo. **Direitos Fundamentais Sociais - O Desafio da Efetividade e a Instrumentalidade da ADPF**. Curitiba. Editora Juruá, 2013.