

A CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS: ÓBICES E POSSIBILIDADES

THE JUDICIAL IMPLEMENTATION OF SOCIAL RIGHTS: OBSTACLES AND POSSIBILITIES

Flávio Avellar Silva Freitas¹

RESUMO

Este trabalho tem por escopo discutir a problemática atinente à possibilidade de o Poder Judiciário realizar a concretização dos direitos sociais, aplicando, diretamente aos conflitos de interesse sob sua apreciação, as normas que os consagram. Apresentam-se, inicialmente, o conceito de direitos sociais, bem como as diversas concepções teóricas acerca de sua estrutura, que se revelam derivadas da distinção que se realiza entre aqueles e os direitos civis e políticos. Em seguida, são abordados os posicionamentos contrários e favoráveis à concretização dos direitos sociais por meio da via jurisdicional, concluindo-se, ao fim da exposição, no sentido da legitimidade da intervenção do órgão judicante, desde que observados alguns critérios.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos sociais. Concretização judicial. Viabilidade.

ABSTRACT

This work has the purpose to discuss the issue regards the possibility of the Judiciary carry out the realization of social rights, applying directly to the conflicts of interest in its assessment, the norms that enshrine these rights. Are presented, initially, the concept of social rights, and the various theoretical concepts about their structure, which show that a derivative of the distinction is made between them and the civil and political rights. Then, the contrary and favorable positions to the realization of these rights through the judicial process are addressed, concluding, after exposure, in the sense of the legitimacy of the intervention of the adjudicative organ, since followed some parameters.

KEYWORDS

Social rights. Implementation judiciary. Availability.

1 Introdução

Uma das temáticas mais efervescentes da contemporaneidade – a qual é compartilhada tanto pela teoria geral dos direitos humanos, quanto pelo movimento denominado constitucionalismo –, consiste na questão afeta à possibilidade ou não de os direitos econômicos, sociais e culturais, genericamente intitulados como direitos sociais ou de segunda geração, tornarem-se objeto de concretização por parte do Poder Judiciário.

¹ Mestrando em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Escola Superior Dom Helder Câmara.

Discutem os estudiosos se ao órgão judicativo seria dado, mesmo sem a interposição legiferante do legislador ordinário, expedir provimentos jurisdicionais, condenando o Estado ao adimplemento de prestações materiais positivas, por força da incidência direta dos textos normativos que consagram direitos sociais – isto é, declarações, pactos, convenções e tratados, no plano internacional, e a própria Constituição, no âmbito interno –, aos conflitos de interesse postos sob sua apreciação.

Revelam-se intensos os debates entre os posicionamentos que se manifestam favoravelmente à efetivação dos direitos sociais pela via jurisdicional, os quais podem ser denominados concretistas, e aqueles que propugnam em sentido contrário, que se podem compreender como não concretistas, encontrando-se a controvérsia distante de um horizonte de pacificação, tanto nas esferas doutrinária, quanto jurisprudencial.

Em virtude da acerba divergência de concepções e da relevância da concretização judicial dos direitos sociais como um dos aspectos que integram o processo mais amplo de efetivação dos direitos humanos, afigura-se tal problemática digna de exame, constituindo-se no objeto de considerações deste trabalho.

Para tanto, realizar-se-ão, nos tópicos que se seguem, a indicação de um conceito de direitos sociais, dada a sua relevância e a apresentação dos argumentos expendidos pelas correntes não concretistas e concretistas, formulando-se, ao cabo da exposição, conclusão no sentido da viabilidade da efetivação dos direitos sociais pela via jurisdicional, sem que haja a necessidade de interposição legislativa, desde que observados alguns critérios.

2 Do conceito de direitos sociais

Os direitos sociais, conforme o entendimento de José Afonso da Silva², que se encontra construído em termos mais amplos e fundamentado no princípio da igualdade em sua vertente material, consistem, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, em

(...) 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 igualação de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

² SILVA, José Afonso da. Direito. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 286-287.

Acentuando, com assento em Noberto Bobbio, o fato de que os direitos econômicos, sociais e culturais, representando um momento histórico posterior à consagração de direitos civis e políticos, não passariam de uma especificação de um núcleo originário ou de um conteúdo essencial de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, entendem Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco³ que os primeiros,

(...) genericamente rotulados como direitos *sociais* ou direitos de *segunda geração*, constituem especificações históricas dos direitos humanos *tout court*, os quais – ensina o mesmo Noberto Bobbio – nasceram inicialmente como especulações filosóficas na cabeça de alguns homens iluminados; positivaram-se, a seguir, em documentos de âmbito exclusivamente nacional – como a *Declaração de Direitos da Virgínia*, na América do Norte em 1776, e a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, na França, em 1789; e, mais tarde, lograram expandir-se em documentos de abrangência internacional, como a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1948. Distintamente dos direitos civis e políticos, que tinham por objeto e/ou finalidade preservar determinados bens ou valores reputados naturais, inalienáveis e universais – como a vida, a liberdade e a propriedade – e, como titulares, sujeitos racionais, abstratamente declarados livres e iguais perante a lei, uma presunção que a realidade histórica prontamente demonstrou ser inconsistente, diversamente dos abstratos direitos de primeira geração, os direitos ditos *sociais* são concebidos como instrumentos destinados à efetiva redução e/ou supressão de desigualdades, segundo a regra de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

Observa-se, diante dos termos dos conceitos apresentados, que os direitos econômicos, sociais e culturais – tendo por desiderato norteador o alcance de uma situação de igualdade material entre os indivíduos, a qual exigiria a adoção de prestações positivas por parte do Estado –, acabam sendo colocados em uma posição dicotômica em relação aos direitos civis e políticos, conhecidos como de liberdade, que, de sua parte, amparando-se em uma noção meramente formal em torno do mandamento isonômico, consistente no compartilhamento por todos os homens de uma condição de desfrute de igual tratamento perante a lei, demandariam dos Poderes Públicos tão somente a assunção de posturas de abstenção (prestações negativas), de modo a não se configurarem ingerências indevidas na esfera privada.

Esclarece Carlos Bernal Pulido⁴ que esta diferenciação entre direitos de liberdade e direitos sociais terminou por ensejar a constituição de concepções diversas sobre a estrutura e o conceito dos últimos, podendo estas ser sintetizadas em cinco compreensões, a saber: 1) as

³ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed., rev. e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 1144.

⁴ PULIDO, Carlos Bernal. *Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos sociais: Uma Crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 151.

que consideram as disposições de direitos sociais como programáticas, 2) as que concebem os preceitos de direitos sociais como uma fonte de normas de fins do Estado; 3) as que entendem os direitos sociais como uma fonte geradora de deveres estatais objetivos, 4) as que assumem os direitos sociais como direitos definitivos; e 5) as que pugnam que os direitos sociais se apresentariam como direitos *prima facie*.

A primeira concepção nega o caráter vinculativo das disposições de direitos sociais, conferindo-lhes a natureza de normas meramente programáticas, o que significa a impossibilidade de aquelas ostentarem o condão de obrigar o legislador ou de delas derivarem quaisquer expectativas, vantagens ou pretensões que pudessem ser atribuídas aos indivíduos e que se revelassem exigíveis pela via jurisdicional⁵.

Já a segunda, ao compreender os direitos sociais como fonte de normas definidoras de fins do Estado, tenta compatibilizar o âmbito de apreciação legislativa e o caráter vinculante característico das disposições constitucionais instituidoras daqueles, entendendo-os como normas de programação final, que se caracterizam por prescreverem o dever de perseguir ou alcançar um determinado fim, mas não o caminho ou os meios⁶.

Conforme a teoria que concebe os direitos sociais como comandos objetivos, estes se constituem em mandados dirigidos ao legislador e à administração, necessitando sempre de uma concretização por meio de políticas legislativas, o que importa na vedação de os tribunais deduzirem deles interpretativamente pretensões jurídicas concretas em favor de particulares⁷.

Para a compreensão que advoga o caráter dos direitos sociais como posições jurídicas definitivas – em que “um sujeito ativo (o titular) ostenta um direito subjetivo a que o sujeito passivo (o legislador e a administração) empregue uma determinada conduta que constitui o objeto de seu dever” –, aqueles se mostram insuscetíveis de restrições, não cedendo ante nenhuma outra razão que contra eles se oponha, o que acarreta a concretização de alguns deveres de abstenção, de um direito contra a extrema inatividade legislativa, de direitos na igual participação nos direitos sociais derivados (aqueles que se tratam de posições jurídicas fundamentadas nas leis que regulamentam as disposições constitucionais atinentes às prestações sociais), de um direito à satisfação de um mínimo existencial, e de um direito ao não retrocesso social⁸.

A corrente que entende os direitos sociais como direitos *prima facie*, por seu turno, sustenta que aqueles dão lugar a normas e posições não definitivas, que admitem restrições

⁵ Ob. Cit. p. 152.

⁶ Ob. Cit. p. 155.

⁷ Ob. Cit. p. 159.

⁸ Ob. Cit. p. 163-164.

legislativas, desde estas que se afiguram proporcionadas, o que implica na concretização de um dever legiferante por parte do Legislativo e de um dever de atuação no que tange ao Executivo e ao Judiciário⁹.

Percebe-se que esta diversidade de concepções em torno da estrutura e do conceito de direitos sociais apontada por Carlos Bernal Pulido – que deriva da colocação destes, em certa medida, em um pólo antagônico em relação aos direitos civis e políticos –, acaba por se revelar incidente, de forma direta, sobre a temática deste trabalho, influenciando, a partir da adesão a uma das várias perspectivas expostas, a formulação de juízos, os quais serão tratados a seguir, no sentido da inadmissão ou da possibilidade de concretização dos primeiros por meio da intervenção jurisdicional.

3 Das posições não concretistas

3.1 Considerações iniciais

Compreendem-se como posições não concretistas, consoante anteriormente mencionado, aquelas que negam a possibilidade de o Poder Judiciário, sem a interposição do legislador ordinário, realizar, por meio da aplicação direta dos textos normativos que contemplam direitos sociais – isto é, declarações, pactos, convenções e tratados internacionais, e a própria Constituição –, a concretização daqueles, proferindo decisões, que condenem o Estado ao adimplemento de prestações materiais positivas.

Sintetizando algumas compreensões que se filiam à linha não concretista, Cláudio Pereira de Souza Neto¹⁰ apresenta um rol de críticas que são opostas à idéia de efetivação dos direitos sociais pela via jurisdicional, as quais, conforme se verá a seguir, são divididas em dois grupos, isto é, as de natureza principiológica e as de cunho institucional.

3.2 Críticas principiológicas

As críticas do primeiro grupo podem ser caracterizadas como principiológicas porquanto colocarem em xeque a própria legitimidade de o Poder Judiciário atuar na

⁹ Ob. Cit. p. 168-169.

¹⁰ NETO, Cláudio Pereira de Souza. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 519 e 525.

concretização de direitos sociais, afigurando-se derivadas da matriz liberal e da matriz democrática¹¹.

3.2.1 Críticas liberais

Dentre as críticas de índole liberal, apresenta-se como a mais conhecida à concretização dos direitos sociais pelo órgão judicante aquela extraída do princípio da separação de poderes. Um dos principais dogmas do liberalismo repele a concentração de poder numa única esfera de decisão, propugnando que este seja distribuído entre órgãos distintos, a fim de que o “poder freie o poder”. Assim, a concretização de direitos sociais pelo Judiciário representaria uma usurpação de competências dos Poderes Executivo e Legislativo¹².

Para Ricardo Lobo Torres¹³ a concretização judicial dos direitos sociais representaria o fenômeno da judicialização da política, o qual – consistindo na interferência do Poder Judiciário em questões políticas concernentes à elaboração legislativa, sobretudo por meio do controle de constitucionalidade –, pode configurar ofensa ao princípio da separação de poderes, especialmente em temas orçamentários, que são considerados insuscetíveis de apreciação jurisdicional.

Nesta linha, José Carlos Vieira de Andrade¹⁴ afirma que, num quadro de escassez dos recursos necessários à concretização de direitos sociais, haveria a demanda por escolhas políticas, que deveriam ser tomadas por órgãos politicamente responsáveis, isto é, o legislador e a administração, e não pelos juízes. Assim, as diretrizes constitucionais referentes aos direitos sociais a prestações positivas seriam dirigidas ao legislador, a quem incumbiria definir o conteúdo daqueles.

No entender de sobredito doutrinador¹⁵:

(...) as normas que prevêm os direitos (sociais) a prestações contêm directivas para o legislador ou, talvez melhor, são normas impositivas de legislação, não conferindo aos seus titulares verdadeiros poderes de exigir, porque visam, em primeira linha,

¹¹ Ob. Cit. p. 519.

¹² Ob. Cit. p. 519-520.

¹³ TORRES, Ricardo Lobo. *O Mínimo Essencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p 327-328.

¹⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 186-187.

¹⁵ Ob. Cit. p. 373.

indicar ou impor ao Estado que tome medidas para uma maior satisfação ou realização concreta dos bens protegidos.

Não significa isso, porém, que se trate de normas meramente programáticas, no sentido de simplesmente proclamatórias, visto que têm força jurídica e vinculam efectivamente os poderes públicos, impondo-lhes autênticos deveres de legislação.

O constitucionalista português, diante desta perspectiva, afirma que as normas constitucionais que consagram direitos sociais “não são, por isso, directamente aplicáveis sem intervenção legislativa, muito menos constituem preceitos exequíveis por si mesmos”¹⁶.

Prossegue o referido estudioso¹⁷:

Só uma vez emitida a legislação destinada a executar os preceitos constitucionais em causa é que os direitos sociais se consolidarão como direitos subjectivos plenos, mas, então, não valem, nessa medida conformada, como direitos fundamentais constitucionais, senão enquanto direitos criados por lei.

Tal crítica ignora, no entanto, segundo Cláudio Pereira de Souza Neto¹⁸, o modelo de separação de poderes adotado no Brasil e na grande maioria dos países, que, concebido como sistema de freios e contrapesos, envolve uma complexa trama de implicações e limitações recíprocas, prevendo a possibilidade de um órgão exercer competências que caberiam tipicamente a outros.

Neste sentido, a efetivação de direitos sociais pelo Judiciário, condenando a Administração a prover bens e serviços, se inseriria nesta rede de implicações recíprocas, sendo a referência à separação de poderes insuficiente para deslegitima-la¹⁹.

Outro argumento utilizado pelo liberalismo consiste na afirmação de que os direitos sociais não se tratam de verdadeiros direitos fundamentais, vez que estes se limitariam aos direitos civis e políticos²⁰.

Ricardo Lobo Torres²¹, filiando a esta linha de raciocínio, aduz que se deve diferenciar os direitos fundamentais dos direitos sociais, não tendo estes, por se encontrarem sujeitos à reserva do possível, ou seja, à reserva de políticas públicas e de verbas orçamentárias, justificada sua exigibilidade na via jurisdicional.

Insistindo nesta linha argumentativa, assevera o renomado tributarista²² que:

¹⁶ Ob. Cit. p. 374.

¹⁷ Ob. Cit. p. 377.

¹⁸ Ob. Cit. p. 520.

¹⁹ Ob. Cit. p. 521.

²⁰ Ob. Cit. p. 521.

²¹ Ob. Cit. p. 328.

²² Ob. Cit. p. 336.

Os direitos sociais, que não são fundamentais, representam direitos *prima facie*, que necessitam da *interpositivo legislatoris* para se tornarem definitivos. Abrem-se, portanto, à otimização progressiva e à *reserva do possível*, tornando-se inteiramente dependentes de políticas públicas e sociais. Os direitos sociais devem se otimizar até o ponto em que não se prejudique o processo econômico nacional, não se comprometa a saúde das finanças públicas, não se violem os direitos fundamentais nem se neutralizem as prestações por conflitos internos.

Este argumento, todavia, de acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto²³, acaba por se revelar rebatido pelo próprio ideário do liberalismo, visto que os direitos sociais se afiguram como condições da liberdade.

No entender de referido autor²⁴, a mera proclamação da liberdade de profissão, por exemplo, seria letra morta caso não se proporcionasse ao cidadão a possibilidade efetiva de escolha, por meio da garantia de oportunidades educacionais. Desta forma, quando ocorre concretização de direitos sociais pelo Judiciário, há, em verdade, a promoção da própria liberdade individual, valor tão caro ao liberalismo.

3.2.2 Críticas democráticas

Relativamente às críticas democráticas, sustenta a primeira delas que a concretização de direitos sociais pelo órgão jurisdicional seria ofensiva à democracia por ser conduzida por agentes públicos que não passaram pelo crivo do voto popular, instituindo-se, ao invés de um autogoverno do povo, um governo de juízes²⁵.

Neste sentido, sustenta Ricardo Lobo Torres²⁶ que o grande problema da judicialização dos direitos sociais reside em seu caráter antidemocrático, visto que tais direitos se afirmariam por via das eleições e das escolhas trágicas dos partidos políticos em torno das políticas públicas. Assim, as Cortes Constitucionais não poderiam agir contra as maiorias nas questões políticas, mas apenas nas decisões que afetam a jusfundamentalidade dos direitos.

A crítica em questão, no entender de Cláudio Pereira de Souza Neto²⁷, ignora o papel que o Poder Judiciário pode exercer na garantia das condições para que a deliberação pública se instaure adequadamente, na medida em que aquele, por meio da garantia dos direitos sociais, qualificaria o cidadão para uma participação pública efetiva, qualificando também o debate público.

²³ Ob. Cit. p. 521-522.

²⁴ Ob. Cit. p. 522.

²⁵ Ob. Cit. p. 522.

²⁶ Ob. Cit. p. 338.

²⁷ Ob. Cit. p. 523.

Na esteira das críticas democráticas, há, também, quem assevere que conferir ao Poder Judiciário a possibilidade de aplicar diretamente direitos sociais significaria permitir a execução de um projeto ideológico particular, o que caberia apenas à deliberação majoritária. O Judiciário, ao concretizar direitos sociais, estaria, assim, transpondo indevidamente o limite da imparcialidade política²⁸.

Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto²⁹, embora parcialmente procedente, não merece integral adesão, uma vez desconsiderar que os direitos sociais, por conformarem a estrutura básica do regime democrático, inserindo-se na esfera da imparcialidade política, funcionam como condições de possibilidade da democracia, capacitando o cidadão para exercer influência sobre os destinos da comunidade.

Outros críticos, que se posicionam mais à esquerda do pensamento social, de acordo com o aludido doutrinador, afirmam ainda que a concretização judicial dos direitos sociais fomentaria relações individualistas de clientela entre o Estado e o cidadão, desmobilizando o último da luta política³⁰.

Conforme a lição de aludido autor³¹, esta crítica desconsidera que a salvaguarda e a efetivação de direitos sociais, longe de enfraquecer a atuação cidadã, pode, ao revés, fomentá-la, capacitando o cidadão para atuar politicamente.

3.3) Críticas institucionais

No que tange às críticas institucionais, que consistem na financeira, na administrativa, na técnica, na econômica e na da desigualdade no acesso à Justiça, estas indicam problemas de ordem prática, que decorrem das decisões judiciais que determinam o adimplemento de prestações positivas materiais³².

Malgrado insuficientes para afastar a atuação judicial, tais críticas, acorde Cláudio Pereira de Souza Neto³³, apresentam-se importantes para estabelecer a conformação concreta daquela na concretização de direitos sociais, servindo para a formulação de parâmetros que a oriente.

3.3.1 Crítica financeira

²⁸ Ob. Cit. p. 523.

²⁹ Ob. Cit. p. 523-524.

³⁰ Ob. Cit. p. 524.

³¹ Ob. Cit. p. 525.

³² Ob. Cit. p. 525.

³³ Ob. Cit. p. 525.

Aduz a crítica financeira que algumas decisões relativas à concretização de direitos sociais não se mostram exequíveis em virtude da escassez de recursos públicos, constituindo-se, assim, a objeção formulada sob a designação de reserva do possível³⁴.

De acordo com o ensinamento de Ricardo Lobo Torres³⁵, a expressão reserva do possível, cunhada pelo Tribunal Constitucional Alemão, trata-se de um conceito heurístico aplicado aos direitos sociais, que significa que as prestações positivas estatais se legitimam pelo princípio democrático da maioria e pela sua concessão discricionária pelo legislador, equivalendo à “reserva democrática”.

Assim, ainda segundo o mencionado autor³⁶, não se confunde a cláusula da reserva do possível com a “reserva de orçamento”, em que se possibilita a demanda pela prestação social se esta for concedida pelo legislador.

Observa Cláudio Pereira de Souza Neto³⁷, que, num contexto de escassez de recursos, o problema afeto à concretização judicial de direitos sociais não se revela como de legitimidade, mas de executoriedade da decisão, exercendo, porém, a primeira uma importante função, pois, em se tratando de direitos fundamentais, deve o Estado provar que está faticamente impossibilitado de cumprir a decisão. Caso se esteja diante de norma não inserida na da esfera da jusfundamentalidade, a concretização deve, porém, ocorrer de acordo com a disciplina legislativa ou administrativa, mesmo que o Estado disponha de recursos para prover a prestação.

Pondera o referido escritor que a verificação da insuficiência de recursos deve, todavia, considerar não só o caso concreto, mas a totalidade de casos semelhantes, competindo ao Judiciário aquilatar se a decisão seria exequível caso a providência fosse universalizada. Neste sentido, o parâmetro da universalização se mostra fundamental para tornar a ação do Estado coerente e imparcial, pois, do contrário, apenas aqueles que obtivessem sucesso em ações judiciais teriam seus direitos sociais efetivados, subvertendo-se a lógica igualitária dos direitos fundamentais³⁸.

Ressalta, por fim, o estudioso em comento que não só a garantia dos direitos sociais, mas também dos direitos civis e políticos, demandam recursos públicos, sendo a exigência de gastos governamentais insuficiente para impedir a atuação judiciária no âmbito social³⁹.

³⁴ Ob. Cit. p. 525-526.

³⁵ Ob. Cit. p. 324.

³⁶ Ob. Cit. p. 324-325.

³⁷ Ob. Cit. p. 526.

³⁸ Ob. Cit. p. 526-527.

³⁹ Ob. Cit. p. 527.

3.3.2 Crítica Administrativa

A crítica administrativa aduz que a concretização judicial dos direitos sociais desorganiza a Administração Pública, pois os administradores, ao invés de se preocuparem com a o planejamento e execução de políticas públicas, acabariam se dedicando ao atendimento de demandas individuais resultantes de decisões do Poder Judiciário. O administrador, temendo as consequências da inobservância de uma ordem judicial, acabaria sacrificando prioridades e medidas de maior alcance, a fim de atender a decisão⁴⁰.

Tal objeção, no entender de Cláudio Pereira de Souza⁴¹, acaba por confirmar a necessidade de se aprofundar o “diálogo institucional”, devendo os juízes considerar não apenas os elementos envolvidos no caso, mas as implicações decorrentes das decisões para o regular andamento da gestão pública. A complexidade em que se insere a concretização dos direitos sociais exige que os juízes verifiquem com cautela as consequências práticas de suas decisões.

3.3.3 Crítica Técnica

Argumenta esta crítica que o Poder Judiciário não tem o conhecimento técnico necessário para verificar, no campo das políticas públicas, qual a providência mais adequada. As decisões proferidas demandariam uma deliberação cuja complexidade não seria abarcável por um processo judicial de que participam partes formalmente legitimadas⁴².

Reconhece Cláudio Pereira de Souza Neto⁴³, que, embora a crítica seja importante, por salientar a necessidade de uma auto-restrição judicial no que concerne à políticas públicas, verificam-se, no entanto, argumentos consistentes para superá-la, tais como, a possibilidade de o Judiciário contar com perícias, a possibilidade de participação do *amicus curiae*, a possibilidade de realização de audiências públicas, a antecedência da instauração de inquérito civil no caso de ações coletivas.

Arremata o autor em questão⁴⁴, esclarecendo que o juiz, ao decidir sobre políticas públicas, quer se trate de direitos civis e políticos, quer se cuide de direitos sociais, deve

⁴⁰ Ob. Cit. p. 528.

⁴¹ Ob. Cit. p. 529.

⁴² Ob. Cit. p. 530.

⁴³ Ob. Cit. p. 530.

⁴⁴ Ob. Cit. p. 531.

“aprofundar o diálogo com a sociedade e demais instituições, evitando se restringir às partes formalmente legitimadas”.

3.3.4 Crítica Econômica

A análise econômica do direito, conforme noticia Cláudio Roberto de Souza Neto⁴⁵, defende que as decisões judiciais sejam avaliadas a partir de um juízo consequencialista: a melhor decisão é a que produz melhores efeitos práticos e não necessariamente a que melhor se amolde às normas do ordenamento jurídico.

Segundo a crítica econômica, ao conceber políticas públicas de acordo com a dogmática dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário, na tarefa de concretizar os direitos sociais, “impediria a maximização dos benefícios produzidos pelos investimentos públicos”, pois, ao invés de promover o bem-estar social, estaria, na prática, acarretando a redução do impacto da atuação pública⁴⁶.

Afirma o precitado estudioso⁴⁷ que o argumento econômico, ao ser utilizado para negar efetividade aos direitos sociais, pode ser objetado “por incorrer em um utilitarismo incompatível com a dignidade da pessoa humana”, apresentando-se o juízo consequencialista em conformidade com a ordem constitucional somente se servir para orientar o órgão judicante na escolha de uma das possibilidades interpretativas que se harmonizem com princípio em questão.

3.3.5 Crítica da Desigualdade Quanto ao Acesso à Justiça

Não obstante uma das principais justificativas para a concretização de direitos sociais pelo Poder Judiciário ser a possibilidade de se “prover a todos os cidadãos o acesso igualitário e universal às prestações sociais fundamentais”, afirma Cláudio Pereira de Souza Neto⁴⁸ que o que se observa, no entanto, é que, em regra, a classe média é que tem, por meio de provimentos jurisdicionais favoráveis, obtido efetivo acesso à Justiça.

⁴⁵ Ob. Cit. p. 532.

⁴⁶ Ob. Cit. p. 532.

⁴⁷ Ob. Cit. p. 533.

⁴⁸ Ob. Cit. p. 533.

O argumento da predominância da classe média incorre, porém, na visão do estudioso em apreço, numa falácia, na medida em que utiliza a desigualdade de acesso ao Judiciário para negá-lo a todos, inclusive aos hipossuficientes⁴⁹.

4 Das posições concretistas

As posições denominadas concretistas defendem a possibilidade de o Poder Judiciário, sem se encontrar na dependência de qualquer forma de intervenção legiferante, participar da concretização dos direitos sociais, condenando a Administração Pública a adimplir prestações positivas materiais, a partir da aplicação direta das disposições constitucionais ou dos textos dos documentos de direito internacional que os consagram.

Além das construções que procuram rechaçar as críticas formuladas à concretização judicial dos direitos sociais, tanto as de cunho principiológico, quanto as de caráter institucional – as quais já foram expostas no tópico anterior –, os estudiosos de inclinação concretista se valem, basicamente, de dois argumentos principais para justificar a intervenção jurisdicional.

O primeiro de tais argumentos identifica-se com a consideração daqueles como preceitos constitucionais dotados da nota da jusfundamentalidade, afigurando-se como autênticos direitos fundamentais, tanto em sentido formal, quanto em sentido material.

Neste sentido, sustenta Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁰ que

a acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático.

Ressaltando o caráter de normas jusfundamentais aos direitos sociais, em função da cláusula de abertura prevista no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, o autor em questão prossegue, afirmando:

Que a citada norma igualmente abrange os chamados direitos sociais, identificados como direitos essencial e preponderantemente dirigidos a prestações positivas do

⁴⁹ Ob. Cit. p. 534.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 12ª ed., rev., at. e ampliada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 66.

Estados, sejam normativas ou fáticas, pode ser inferido basicamente das seguintes constatações. Em primeiro lugar, da expressão literal do artigo 5º, § 2º, da CF, que menciona, de forma genérica, os “direitos e garantias expressos nesta Constituição”, sem qualquer limitação quanto à sua posição no texto. Em segundo lugar (mas não em segundo plano), da acolhida expressa dos direitos sociais na CF de 1988, no título relativo aos direitos fundamentais, apesar de regradados em outro capítulo, inserindo a nossa Carta na tradição que se firmou no constitucionalismo do segundo pós-guerra, mas que encontra suas origens mais remotas na Constituição mexicana de 1917, e, com particular relevo, na Constituição alemã de 1919 (Constituição de “Weimar”). Da mesma forma, virtualmente pacificada na doutrina internacional a noção de que – a despeito da diversa estrutura normativa e de suas consequências jurídicas – ambos os “grupos” de direitos se encontram revestidos pelo manto da “fundamentalidade”. Por derradeiro, é evidente que a mera localização topográfica do dispositivo no capítulo I do Título II não pode prevalecer diante de uma interpretação que, particularmente, leve em conta a finalidade do dispositivo.

Em decorrência da fundamentalidade dos direitos sociais, revelam-se estes permeados por três axiomas teóricos do constitucionalismo contemporâneo, consistentes na normatividade, na aplicabilidade direta e na eficácia das normas instituidoras de direitos fundamentais, as quais – sendo extraídas, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, do disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição da República, o qual estatui que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, –, acabam por conferir os subsídios necessários à justificação da exigibilidade daqueles pela via jurisdicional.

Abordando a questão da normatividade do texto constitucional e da centralidade dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, Ana Paula de Barcellos⁵¹ esclarece que

(...) As disposições constitucionais, tenham elas a natureza de regra ou de princípio, são dotadas de *normatividade*, isto é: são normas jurídicas. Como tais, pretendem produzir efeitos no mundo dos fatos e desfrutam da imperatividade própria do Direito. Mais do que isso, as normas constitucionais gozam de superioridade hierárquica no âmbito do sistema jurídico.

(...) Os direitos fundamentais têm *status* diferenciado no âmbito do sistema constitucional e, *a fortiori*, do sistema jurídico como um todo. Fala-se da *centralidade* dos direitos fundamentais, como consequência da centralidade do homem e da sua dignidade. Isso significa de forma simples, que, em última análise, tanto o Estado como o Direito existem para proteger e promover os direitos fundamentais, de modo que tais estruturas devem ser compreendidas e interpretadas tendo em conta esta diretriz.

Verifica-se, neste sentido, que os direitos sociais, gozando da condição de direitos fundamentais, também se impregnam de força normativa, assumindo um papel de significativa relevância no contexto do ordenamento jurídico como um todo, não podendo os

⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2ª ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 104.

preceitos que os consagram serem considerados como simples programas, destituídos de qualquer carga coercitiva, cuja observância se condicionaria a uma liberalidade do legislador ordinário.

No que tange ao dogma da aplicabilidade direta, que, no sistema constitucional brasileiro, se infere do disposto no artigo 5º, do § 1º da Constituição Federal, lecionam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco⁵², salientando que o mesmo “se refere aos direitos fundamentais em geral, não se restringindo apenas aos direitos individuais”, que:

O significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático. Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas.

Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. O art. 5º, § 1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles.

Diante da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, a qual, por decorrência necessária estende-se aos direitos sociais, afigura-se cristalino que estes se apresentam como matéria sujeita à apreciação jurisdicional, mesmo em se tratando de direitos originários à prestação, incumbindo-se aos órgãos do Poder Judiciário, independentemente de qualquer forma de intervenção legislativa, realizá-los, fazendo-os incidir sobre os conflitos de interesse postos sob seu exame.

Quanto à questão da eficácia dos direitos fundamentais sociais, Ingo Wolfgang Sarlet⁵³ – após salientar que os direitos a prestações são inequivocamente autênticos direitos fundamentais e que, como tal, constituem direito imediatamente aplicável, nos moldes do artigo 5º, § 1º da Constituição da República –, acentua que

A exemplo das demais normas constitucionais e independentemente de sua forma de positivação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis,

⁵² Ob. Cit. p. 251-252.

⁵³ Ob. Cit. p. 280-281.

aplicando-se-lhes (com muito mais razão) a regra geral, já referida, no sentido de que inexiste norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade. O quanto de eficácia cada direito fundamental a prestações poderá desencadear dependerá, por outro lado, sempre de sua forma de positivação no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto. Convém salientar, ademais, que estamos tratando da eficácia como diretamente decorrente da Constituição, e não da eficácia de direitos derivados, no sentido de direitos legais, oriundos da concretização – em nível infraconstitucional – das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais.

Percebe-se, nesta linha, que os direitos sociais desfrutam de importante carga eficaz, ainda que variante, em virtude da compreensão em torno da diversidade de sua estrutura normativa e de seu objeto, a qual implica a possibilidade de que o Poder Judiciário venha a efetivá-los, mesmo que sob a vertente do reconhecimento da inércia obstaculizadora de seu exercício, com a conseqüente comunicação e apelo ao órgão inadimplente.

O segundo argumento utilizado por aqueles que justificam a concretização judicial dos direitos sociais consiste na inexistência de diferenças substanciais entre as obrigações correspondentes à direitos civis e políticos e aquelas concernentes aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Neste sentido, observa-se o entendimento de Victor Abramovich e de Christian Courtis⁵⁴, os quais assim se manifestam:

(...) De este modo, se traza una distinción entre el valor normativo de los denominados derechos civiles – o derechos de autonomía, o derechos-libertades –, que sí consideran derechos plenos, y los derechos sociales, a los que se asigna un mero valor simbólico o político, pero poca virtualidad jurídica.

Sin embargo, la cuestión dista de ser tan sencilla. La supuestas distinciones entre derechos civiles y derechos sociales no son tan tajantes como pretenden los partidários de la doctrina tradicional. La principal diferencia que señalan los partidários de dicha doctrina reside en la distinción entre obligaciones negativas y positivas: de acuerdo com esta línea de argumentación, los derechos civiles se caracterizarían por establecer obligaciones negativas para el Estado (...) mientras que los derechos sociales exigirían obligaciones de tipo positivo (...) Em el primer caso, se disse, el Estado cumpliría su tarea con la mera abstención, sin que ello implique la erogación de fondos, y por ende, el control judicial se limitaría a la anulación de aquellos actos realizados en violación a aquella obligación de abstención. Contra la exigibilidad de los derechos sociales, aun cuando tengan reconocimiento constitucional, s disse que como se trata de derechos que establecen obligaciones positivas, su cumplimiento depende de la disposición de fondos públicos, y que por ello el Poder Judicial no podría imponer al Estado el cumplimiento de conductas de dar o hacer.

La distinción, sin embargo, es notoriamente endeble. Todos los derechos, llámense civiles, políticos, económicos o culturales tiene un costo, y preciben tanto obligaciones negativas como positivas. Los derechos civiles no se agotan en obligaciones de abstención por parte del Estado: exigen conductas positivas, tales como reglamentación – destinada a definir el alcance y las restricciones de los

⁵⁴ ABRAMOVICH, Victor, COURTIS, Christian. *Apuntes sobre la Exigibilidad Judicial de los Derechos Sociales*. In *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 136-139.

derechos –, la actividad administrativa de regulación, el ejercicio del poder de policía, la protección frente a las interferencias ilícitas del propio Estado y de otros Particulares, la eventual imposición de condenas por parte del Poder Judicial en caso de vulneración, la promoción del acceso al bien que constituye el objeto del derecho (...)

Em sentido simétrico, los derechos sociales tampoco se agotan en obligaciones positivas: al igual que en el caso de los derechos civiles, cuando los titulares hayan ya accedido al bien que constituye el objeto de esos derechos – salud, vivienda, educación, seguridade social – el Estado tiene la obligación de abstenerse de realizar conductas que lo afecten. El Estado afectará el derecho a la salud, o a la vivienda, o la educación, cuando privé ilícitamente a sus titulares del gove del bien del que ya disponían, sea dañando su salud, excluyéndolos de los beneficios de la seguridade social o de la educación, del mismo modo em que afecta el derecho a vida, o la libertad de expresión, o la libertad ambulatoria, cuando interfiere ilegitimamente em el disfrute de esos bienes. Ciertamente, algunos derechos sociales se caracterizan principalmente por exigir del Estado acciones positivas – *v. gr.*, los llamados derechos-prestación, es decir, aquellos que requieren la distribución de algún tipo de prestación a sus titulares, como el servicio educativo o la asistencia sanitaria –, pero como hemos visto, esto también sucede con los derechos civiles – que exigen prestaciones de la administración de justicia, o de los registros civiles, o del registro de la propiedad, o de las fuerzas de la seguridade –. Otros derechos sociales, sin embargo – em especial aquellos caracterizados por regir aun en las relaciones entre particulares –, difícilmente puedan conceptualizarse de modo adecuado sólo como derechos prestacionales: piénsese en el derecho de huelga, o en el derecho a negociación coletiva. Estos derechos requieren expresamente abstenciones del Estado: no interferir em la huelga, no interferir en las tratativas ni em el resultado de la negociación.

Todo derecho, entonces, requiere para su efectividad obligaciones positivas y negativas.

Face à analítica lição de Victor Abramovich e de Christian Courtis, constata-se que a diversidade de entendimentos quanto à exigibilidade judicial de direitos civis e políticos e direitos sociais, em virtude da identidade de tipos de obrigações que as duas dimensões de direitos fundamentais encerram, não se assenta em razões de natureza jurídica, mas, ao revés, em questões de cunho político-ideológico.

Portanto, não haveriam justificativas, à luz do direito, para se defender a plena justiciabilidade de direitos civis e políticos, enquanto se constituem diversos óbices à concretização dos direitos sociais por meio da via jurisdicional.

Sintetizando as afirmações dos que se mostram favoráveis à concretização judicial dos direitos sociais, noticia Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁵ que:

Sustenta-se, por exemplo, que a natureza aberta e a formulação vaga das normas que versam sobre direitos sociais não possuem o condão de, por si só, impedir a sua imediata aplicabilidade e plena eficácia, já que constitui tarefa precípua dos tribunais a determinação do conteúdo dos preceitos normativos, por ocasião de sua aplicação. Para além disso, alega-se que mesmo em se tratando de preceitos imprecisos ou fluidos, em sendo possível reconhecer um significado central e incontroverso, sempre se poderá aplicar a norma constitucional, mesmo sem intermediação legislativa, já que do contrário, se estaria outorgando maior força à lei do que à

⁵⁵ Ob. Cit. p. 306.

própria Constituição. Por outro lado, há quem aceite um direito subjetivo individual à prestação, nas hipóteses em que a norma definidora de um direito fundamental determina suficientemente o conteúdo da prestação, e que o procedimento para a sua realização esteja expressa ou, no mínimo, implicitamente regulado na Constituição. Mais recentemente, houve quem sustentasse que os direitos sociais (mesmo os de cunho prestacional), por força do disposto no art. 5º, § 1, da CF, possuem o caráter de autênticos direitos subjetivos, já que o citado preceito, combinado com o art. 5º, inc. XXXV, de nossa Carta (inafastabilidade do controle judiciário), autoriza os tribunais a assegurar, no caso concreto, a efetiva fruição do objeto da prestação. Para os que propugnam este ponto de vista, a lacuna gerada pela ausência de uma atuação do legislador pode ser suprida, no caso concreto, pelo Judiciário, à luz da analogia, do costume ou dos princípios gerais de direito, sem que com isto se esteja transpondo a fronteira entre a atividade judiciária e a legislativa.

Relevante, ainda, destacar que, mesmo aqueles que se manifestam no sentido da viabilidade da efetivação judicial dos direitos sociais, reconhecem – por força da assimilação de aspectos procedentes das críticas que se formulam a tal entendimento, sobretudo as de caráter institucional –, a circunstância de que a intervenção do órgão judicante há de realizar-se em observância a alguns balizas, sob pena de se subverter a lógica igualitária e emancipatória de tais direitos fundamentais.

Verifica-se, nesta linha, a compreensão de Cláudio Pereira de Souza Neto⁵⁶, que, objetivando tornar mais racional a intervenção jurisdicional na concretização dos direitos sociais, traça parâmetros de caráter material e processual, os quais, referindo aos direitos originários e não aos derivados (em que se observou a interposição do legislador), se apresentam como “mecanismos de redução do ônus argumentativo do magistrado”.

Constituem, conforme o aludido autor, parâmetros de ordem material para a efetivação judicial dos direitos sociais: 1) a legitimidade da atuação judicial limitada, em regra, à esfera da fundamentalidade material, o que significa que o órgão judicante deve se restringir à salvaguarda das “condições necessárias” para que cada um tenha igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida e de participar do processo de formação da vontade coletiva⁵⁷; 2) a legitimidade da atuação judicial circunscrita, em regra, aos hipossuficientes, o que implica a necessidade de que os direitos sociais prestacionais somente sejam exigíveis judicialmente quando os seus titulares se revelarem incapazes de arcar com seus custos sem comprometerem a garantia de outras necessidades básicas⁵⁸; 3) a possibilidade de universalização da medida, o que se traduz na exigência de que os direitos sociais somente serão reivindicáveis, na via judicial, caso a prestação requerida se afigure passível de

⁵⁶ Ob. Cit. 534.

⁵⁷ Ob. Cit. p. 535.

⁵⁸ Ob. Cit. p. 539.

universalização entre os hipossuficientes⁵⁹; 4) o dever de considerar o sistema dos direitos sociais em sua unidade, o que importa na necessidade de se entender, na concretização judicial, os direitos sociais como um todo, de sorte a se garantir condições de vida digna para os hipossuficientes, não significando, necessariamente, a observância de cada um de tais direitos⁶⁰; 5) a prioridade para a opção técnica da Administração Pública, o que significa que, havendo divergência entre a solução técnica apresentada pelo Executivo e a medida requerida pelo demandante, deve haver, *prima facie*, a prevalência da primeira, desde que tenha⁶¹; 6) a prioridade para a solução mais econômica, o que implica a necessidade de que o magistrado, encontrando-se diante de duas soluções técnicas adequadas para o mesmo problema, escolha aquela que represente o menor dispêndio de recursos públicos⁶²; e 7) a variação da intensidade do controle jurisdicional de acordo com os níveis de investimento em políticas sociais, o que se traduz na exigência de que o Judiciário seja menos incisivo na intervenção, caso a Administração Pública invista, de forma consistente, em direitos sociais, executando o orçamento, ou seja, ao revés, mais contundente, na hipótese de tais investimentos não ocorrerem⁶³.

No que tange aos parâmetros processuais, ainda segundo Cláudio Pereira de Souza Neto, identificam-se estes com: 1) a prioridade para ações coletivas, o que significa que as demandas por prestações sociais, em caráter individual, somente podem ser admitidas excepcionalmente, visto que aquelas apresentam várias vantagens, isto é: as decisões nelas proferidas garantem a universalização da prestação e desorganizam menos a Administração Pública; por meio do inquérito civil, podem ser discutidos com cuidado os aspectos técnicos envolvidos; mobilizam o cidadão para atuação política conjunta, sobretudo por meio das associações civis; evitam que apenas cidadãos que possuam acesso qualificado à justiça sejam efetivamente destinatários de prestações sociais; e permitem, de modo mais preciso, avaliar o impacto da medida no orçamento⁶⁴; 2) a legitimidade das decisões em ações individuais, em regra, apenas nas hipóteses de dano irreversível, e de inobservância de direitos conferidos pelo legislador e pelo administrador, em lei ou programa já instituído, vedando-se o comportamento contraditório⁶⁵; 3) a atribuição do ônus da prova de que não tem recursos à Administração Pública, o que implica na impossibilidade de o argumento da reserva do

⁵⁹ Ob. Cit. p. 540.

⁶⁰ Ob. Cit. p. 541.

⁶¹ Ob. Cit. p. 541-542.

⁶² Ob. Cit. p. 542.

⁶³ Ob. Cit. p. 542-543.

⁶⁴ Ob. Cit. p. 543-544.

⁶⁵ Ob. Cit. p. 544.

possível ser admitido abstratamente, devendo Executivo provar que não dispõe de recursos para universalizar a prestação⁶⁶; e 4) a ampliação do diálogo institucional, o que importa na exigência de que as decisões que determinam a entrega de prestações públicas sejam formadas a partir de uma relação comunicacional que envolva não só as partes formalmente incluídas no processo, mas também os técnicos e usuários que fazem parte do contexto⁶⁷.

4 Conclusão

A concretização judicial de direitos sociais afigura-se como uma problemática que ainda se encontra distante da possibilidade de formação de um consenso – sobretudo em virtude do fato de o debate, em certo ponto, assumir um viés francamente político e ideológico –, havendo significativas divergências tanto sob o prisma teórico, quanto sob a perspectiva da atuação específica das diversas Cortes Constitucionais e de Justiça.

Não obstante a circunstância de vozes respeitáveis e de inequívoca envergadura erguerem-se contra a concretização dos direitos sociais por intermédio da via jurisdicional, entende-se que os argumentos por elas esgrimidos não se revestem de suficiente idoneidade para rechaçar a intervenção dos órgãos judicantes, os quais se apresentam autorizados a realizar a aplicação direta das normas que os consagram aos casos postos sob sua apreciação, dispensando-se a intermediação legiferante, parta esta do Executivo ou do Legislativo.

As críticas de índole liberal, que sustentam eventual ofensa ao princípio da separação de poderes e que negam aos direitos sociais a marca da jusfundamentalidade, se mostram infundadas por ignorarem a atual concepção do primeiro como um sistema de freios e contrapesos e por pretenderem questionar um movimento de definição dos últimos como direitos fundamentais, que se realiza desde a promulgação da Constituição mexicana de 1917.

Também carecentes de maior fundamentação, as críticas de cunho democrático acabam por se olvidar do papel que o Poder Judiciário, a partir da garantia dos direitos sociais, pode desempenhar na democracia, criando condições para a efetiva participação dos cidadãos nos debates públicos.

As críticas financeira, administrativa, técnica, econômica e de desigualdade no acesso à justiça, por seu turno, porquanto se apresentarem, em certo sentido, procedentes, acabam, em verdade, por contribuir com a tese favorável à concretização judicial dos direitos sociais,

⁶⁶ Ob. Cit. p. 545.

⁶⁷ Ob. Cit. 546.

visto permitirem o desenvolvimento de balizas e critérios que tornam mais racional a atuação dos órgãos judicantes.

Se de um lado as críticas à concretização dos direitos sociais por meio da atividade jurisdicional se revelam insuficientes, por outro, as alegações daqueles que se posicionam de modo favorável parecem dificilmente rebatíveis.

A consideração dos direitos sociais como autênticos direitos fundamentais, que se revestem de normatividade, aplicabilidade direta e eficácia, no atual estágio de desenvolvimento do constitucionalismo, se apresenta como uma realidade, havendo a consagração desta em vários textos constitucionais, bem como seu reconhecimento por diversas Cortes.

Na mesma esteira, a igualdade de obrigações que dimanam sejam de direitos civis e políticos, sejam de direitos econômicos, sociais e culturais, torna patente o fato de que inexistem razões jurídicas bastantes para, ao mesmo tempo, se defender a exigibilidade judicial dos primeiros e negá-las para os últimos.

Neste passo, revela-se pertinente a referência à concepção dos direitos sociais como normas que definem posições jurídicas *prima facie*, ou seja, como princípios jurídicos, uma vez apresentar-se esta, ao permitir a harmonização daqueles com os demais direitos fundamentais e com os deveres de conformação e de observância que se impõem ao Legislativo e ao Executivo, como a mais adequada à tese da concretização por meio da participação do Poder Judiciário.

Malgrado a compreensão no sentido da viabilidade da efetivação judicial dos direitos sociais, reputa-se que esta não pode se aperfeiçoar segundo os padrões ordinários do exercício da atividade jurisdicional.

Verifica-se a necessidade da observância de critérios específicos para a concretização dos direitos sociais pela via jurisdicional, que consistem nos parâmetros materiais e processuais apresentados – mormente os da legitimidade da atuação judicial limitada, em regra, à esfera da fundamentalidade material; da legitimidade da atuação judicial circunscrita, em regra, aos hipossuficientes; da possibilidade de universalização da medida; da prioridade para as ações coletivas; e da ampliação do diálogo institucional –, a fim de que haja a racionalização da intervenção do Poder Judiciário, evitando-se, desta forma, a ocorrência de abusos e a ofensa aos propósitos igualitários e emancipatórios que se encontram subjacentes aos direitos fundamentais em questão.

Referências

ABRAMOVICH, Victor, COURTIS, Christian. *Apuntes sobre la Exigibilidad Judicial de los Derechos Sociales*. In *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. 2ª ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed., rev. e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

PULIDO, Carlos Bernal. *Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos sociais: Uma Crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 12ª ed., rev., at. e ampliada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Direito. Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Mínimo Essencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.