

JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS: A DUPLA FACE.

SOCIAL RIGHTS JUSTICIABILITY: A DOUBLE-SIDED

*Claudia Maria Martins Barbosa Graça**

*Gabriela Loyola de Carvalho***

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de analisar as consequências da justiciabilidade dos direitos sociais em face da garantia ao acesso a justiça consagrado no texto constitucional. Tenta-se debater a eficácia de mencionados direitos sociais quando tutelados individualmente perante o Poder Judiciário, em razão de seu próprio conceito e alcance. Nessa perspectiva, a problemática repousará nos resultados impeditivos e/ou construtivos da efetividade dos direitos sociais prestacionais quando acolhidos por demandas individuais. O acesso a justiça neste cenário ganha destaque como forma de tutelar tais direitos. Todavia, nem sempre essa acessibilidade é democrática, não proporcionando a mesma condição do acesso ao judiciário.

Palavras-chaves: Justiciabilidade. Direitos sociais. Titularidade. Acesso a Justiça. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This article aims to analyse the consequences of social rights justiciability in face of the guarantee to access to justice enshrined in the constitutional text. Try to discuss the effectiveness of social rights mentioned when protected individually before the Judiciary, by virtue of its own concept and scope. In this perspective, the problem rests in preventing and/or constructive results of the effectiveness of social rights features when hosted by individual demands. The access to justice in this scenario gain prominence as a way to protect such rights. However, this accessibility is not always democratic, not providing the same condition of access to the judiciary.

Keywords: Justiciability. Social rights. Ownership. Access to justice. Federal Supreme Court

* Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Bolsista FAPEAM. Advogada.

** Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Advogada.

INTRODUÇÃO

A possibilidade de exigir-se o cumprimento de um direito fundamental perante o Poder Judiciário tem sido questão de complexa análise e discussão.

Direitos fundamentais sociais necessitam, para sua efetividade, de políticas públicas definidas. Essa tarefa não limita apenas o Poder Executivo, mas também alcança a capacidade elaborativa de diretrizes pelo Poder Legislativo. Todavia, nem sempre é possível delineá-las, seja, por exemplo, em detrimento da escassez de recursos orçamentários (invocando-se a cláusula da reserva do possível), seja em razão da própria omissão de tais Poderes.

O Poder Judiciário, embora não realize diretamente o planejamento ou a execução de políticas públicas, é um dos principais atores nessa dramaturgia institucional. Isto porque tem concedido tutela jurisdicional a direitos consagrados no ordenamento pátrio, principalmente aos referentes a direitos sociais como a saúde, educação, previdência social. A toda essa engenharia, a judicialização de políticas públicas edifica-se. Isto quer dizer que certas questões de cunho político e social, de grande repercussão, geralmente decididas pelo Poder Executivo e pelo Legislativo, agora, ganham destaque na arena do Judiciário¹.

Barroso, ainda acresce que “os riscos da judicialização envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias²”, além de outras temáticas não elencadas. Não se pretende, contudo, discutir mencionados temas no presente artigo, limitando-se na abordagem sobre a justiciabilidade dos direitos sociais e suas consequências à luz da garantia do acesso a justiça.

A justiciabilidade será entendida como a possibilidade de exigir a aplicação imediata de um determinado direito social quando pleiteadas no Poder Judiciário. Nesse ínterim, o debate será acerca da exigibilidade de um direito de caráter prestacional e universal e, por conseguinte, o alcance da decisão jurídica para as demais pessoas em semelhante situação, mas, em virtude de certos obstáculos, que serão mencionados ao longo do artigo, não desfrutam da mesma isonomia em relação ao acesso a justiça.

¹ BARROSO, Luis Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Revista Consultor Jurídico, 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica> Acesso em 25/07/2013. p. 02

² BARROSO, *op. Cit.* p. 02

O acesso a justiça, nesse contexto, delineia-se como mola propulsora para o alcance da efetividade dos direitos lesados. Segundo Bahia³, o caráter protetivo daqueles que não conseguem ser ouvidos nas arenas majoritárias institucionais é exercido pela jurisdição. Apesar da garantia do amparo judicial ser assegurada a todos os cidadãos, nem sempre se denota a igualdade de acesso. Ainda na perspectiva do professor,

[...] minorias devem poder buscar amparo no Judiciário para se evitar o descumprimento da Constituição frente a maiorias(eventuais). Caso não haja esse mecanismo, a ‘Democracia’ (vontade da maioria) se transforma em “ditadura da maioria”.⁴

Neste sentido, buscará entender as razões para esse acesso não ocorrer de forma isonômica entre aqueles que se encontram em semelhante situação, vale dizer, buscam a efetivação dos mesmos direitos em situações fáticas idênticas.

O direito social é aquele cuja efetividade depende de uma prestação positiva por parte do Estado. Além disso, são direitos de caráter universal, isto é, devem ser garantidos na mesma medida para todos os membros da sociedade. A relevância de cunho econômico é outra característica de tais direitos. Muito embora essas peculiaridades formem a essência dos direitos sociais, não se tentará investigá-las a fundo no presente artigo. De sorte, a análise sobre a universalidade dos direitos prestacionais relacionada com o acesso a justiça será mais enfocada.

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: APLICABILIDADE IMEDIATA?

Em virtude das inúmeras demandas judiciais no intuito de concretização de direitos sociais prestacionais, e, em meio a inúmeros obstáculos institucionais e normativos, questiona-se: em que medida se justiciabiliza direitos sociais?

Os direitos fundamentais, comumente, são divididos em dimensões. Cada uma delas representa a concretização de determinadas garantias a partir da conjuntura histórica, social e econômica. Os chamados direitos de primeira geração, marcados pelo contexto individualista, conhecidos também como direitos políticos e civis, afirmam-se como aqueles cuja interferência estatal não é necessária, vale dizer, a abstenção estatal é suficiente para assegurá-los. De maneira diversa, os direitos de segunda geração almejam pela prestação

³ BAHIA, Alexandre G. M. Franco; NUNES, Dierle J. Coelho. Fundamentos de Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro. In: FIGUEIREDO, Eduardo H. Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José L. Quadros de. (Coord.). *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p 112.

⁴ BAHIA, *Op. Cit.*, p.112 113

positiva estatal para sua concretude, reconhecidos como direitos sociais, econômicos e culturais. Denotam dessa forma uma titularidade coletiva.

A liberdade perante o Estado é tão fundamental quanto a liberdade intermediada pelo Estado, principalmente na concretização de circunstâncias materiais suficientes para assegurar ao indivíduo mencionado direito. Além disso, o Estado social preconiza a garantia de condições isonômicas aos cidadãos no exercício de seus direitos, ou seja, assevera pela igualdade material entre eles. Os direitos sociais não representam, propriamente, um direito de igualdade entre todos, fundamentados em uma regra de tratamento que vise o tratamento uniforme entre eles. Na verdade, tendem mais a um direito de preferências e de desigualdade que apesar de discriminatório possuem propósitos de compensação, são, na verdade, um direito das preferências e da desigualdade.⁵ Além de demandarem por situações fáticas, necessitam de planejamento de políticas públicas, implicando nesse contexto recursos financeiros disponíveis.

A realização de direitos sociais sofre influências do mundo globalizado além dos influxos neoliberais. O instituto da desestatização consoante a redução da interferência estatal na economia alcançaram o Estado e, por conseguinte, a redução das suas esferas de influência econômica. Salienta-se para o fato de que direitos sociais necessitam de um Estado ativo na realização da justiça social, o que contrasta com o contexto apresentado, ainda mais em razão do Estado não mais ter plena autonomia na decisão de políticas de cunho econômico.

A toda essa engenharia, que denota a fragilidade na efetivação de direitos sociais, ocasiona a crise de outros direitos fundamentais. “Quando as pessoas não tem condições materiais mínimas de existência digna, resta comprometido o direito a liberdade e o próprio direito a vida⁶”.

Apesar dos sopros maléficis oriundos da prática neoliberal e da globalização que conduziram na crise de efetividade dos direitos sociais bem como minimizaram a atuação estatal de políticas econômicas e ainda, contribuíram para o crescente nível de desigualdade social, a globalização trouxe, paradoxalmente, novos ventos aos direitos fundamentais. Após a promulgação da Declaração de Direitos Humanos, sob ótica de uma vertente contemporânea, além de se afirmar a universalidade de tais direitos, a indivisibilidade é introduzida a partir da

⁵ FARIA, José Eduardo (Org.). O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para avaliação da justiça brasileira. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 95

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais na constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ- Centro Atualização Jurídica, v.1º, n1º, 2001, p.08.

conjunção dos direitos civis e políticos aos chamados de segunda geração - os direitos econômicos, sociais e culturais. Desta feita, da violação a um direito social é também violação a direitos humanos.⁷ O pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais de 1966, assim denominados os direitos sociais constitucionais no âmbito internacional, a fim de criar obrigações aos Estados, adeptos de tratos internacionais, tenta inserir os ditames da Declaração Universal dos Direitos Humanos na forma de preceitos juridicamente vinculantes. Em outras palavras, seriam os deveres a serem desenvolvidos pelos Estados no intuito de efetivarem os direitos reconhecidos no âmbito nacional quanto internacional.

Como já exposto brevemente, além de fatores internacionalizantes, os direitos sociais enfrentam uma problemática em relação a sua própria natureza, no tocante a sua eficácia. Logo, na medida em que esses direitos envolveriam a necessidade de uma prestação positiva por parte do Estado, caberia ao Poder Público a criação de condições materiais para sua efetivação. Direitos sociais são normas programáticas, além de estarem a mercê de variações de recursos orçamentários, dependem de prioridades elencadas pelos responsáveis, além da necessidade de campos fáticos para sua concretização. Vinculam-se aos recursos públicos disponíveis para que possam ser concretizados, levando-se em conta a melhoria na sua distribuição, além da possibilidade de criação de elementos essenciais ainda não disponíveis a todos que deles carecem.

Para além dessas peculiaridades, a doutrina tem entendido que os direitos sociais podem ser reconhecidos como normas fundamentais em detrimento de sua condição de direitos humanos, associados com a dignidade da pessoa humana e, em razão dessa circunstância, vinculados a um mínimo existencial. Com efeito, foram incorporados ao ordenamento pátrio como direitos referentes à pessoa humana considerada individualmente.

O cerne da questão baseia-se no fato de que normas relativas aos direitos sociais estão dispostas, na Constituição da República, em capítulo seguinte das normas definidoras das garantias fundamentais que, todavia, possuem aplicação imediata. Consequentemente, teriam os direitos prestacionais também aplicabilidade imediata? Os direitos sociais buscam um horizonte muito mais longínquo de eficácia, não tendo o condão de permanecerem apenas na esfera do mínimo. Para tanto, o comprometimento do Estado juntamente com a solidariedade da sociedade como um todo, podem contribuir para a efetividade dos mesmos. Desta feita, a

⁷PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9 ed. rev., ampl. e atual. Saraiva. São Paulo, 2008, p.137

ideia de máximo possível se faz presente, ou seja, o máximo de possibilidades materiais existentes para que um direito social possa alcançar o máximo de indivíduos. Por se constituírem como integralidade, os direitos fundamentais sociais, são, também de aplicabilidade imediata, sendo incompatível a concepção da não eficácia plena de mencionados direitos.

Apesar do caráter universal e individualista dos direitos fundamentais sociais, imputados em razão dos direitos humanos, e a partir disso, o texto constitucional ter atribuído aos direitos de primeira e segunda geração a mesma dignidade, é possível diferenciá-los, seja numa análise sobre seu objeto, seja quanto à eficácia de suas normas. Em detrimento dessa análise, a problemática que vem a tona refere-se sobre a eventualidade do titular de um direito fundamental sociais de caráter prestacional possuir um direito subjetivo e, exigi-lo em juízo.

A proteção jurídica, mesmo quando se distingue do <<verdadeiro direito subjetivo>>, tem de comum com ele o caráter relacional, ou seja, tal como na situação reservada ao direito subjetivo, a pretensão tem como objetivo um *facere* ou *nom facere*. O problema está no fato de ao direito subjetivo se associar o caráter de atualidade ou aplicabilidade imediata da norma garantidora desse direito, a determinabilidade do destinatário e a acionabilidade judicial.⁸

Nesta análise, as divergências se formam, de um lado, contra esse caráter subjetivo, em razão da discricionariedade na escolha de recursos materiais mínimos para o indivíduo ser de competência do Estado, não tendo o Judiciário capacidade institucional legítima para esses fins. Por outro lado, os direitos econômicos, sociais e culturais, “são autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis e exigíveis; devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade e compaixão⁹”.

Em meio aos argumentos relacionados à natureza aberta e a vagueza das normas sociais, bem como em razão da carência de uma interposição legislativa para a concretude desses direitos colacionados a cláusula da reserva do possível – disponibilidade dos recursos materiais é critério para a implementação desses direitos, os quais ficam a cargo do Estado – e, em contrapartida, pelo reconhecimento da dignidade da tais direitos por força do artigo 5º, §1º da Constituição Federal, o que importa, na verdade, aos direitos sociais prestacionais é a possibilidade ou não de se alcançar efetivamente o seu objeto, ou seja, se é possível alcançar o conteúdo da prestação bem como os seus destinatários.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. Ed. 3 tir. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais; Portugal : Coimbra Editora, 2008, p.65

⁹ PIOVESAN, Flávia. Proteção Internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 240 a 241.

ACESSO A JUSTIÇA E A TITULARIDADE INDIVIDUAL

O acesso a justiça consagra-se na seara dos direitos humanos, constituindo-se em requisito fundamental de um sistema jurídico que pretende não só proclamar mas também garantir o direito de todos.¹⁰

A possibilidade da justiciabilidade de direitos sociais esbarra-se na garantia fundamental do acesso a justiça. O rol de argumentos que impedem a sua aplicabilidade imediata associada ao problema da titularidade desses direitos acarretam na busca pelo Judiciário no intuito de que o indivíduo possa ter seu direito concretizado.

Cumprido esclarecer que não estamos negando o direito individual de cada cidadão em ter reconhecido um direito social, já que, como exposto, ao direito fundamental social é afirmado a dignidade da pessoa humana. O que se pretende, contudo, é apresentar os pontos conflitantes que traz a demanda de um direito social na ótica da titularidade individual.

O caráter universal dos direitos humanos proporciona a efetiva procura jurisdicional pela efetividade de um direito.

A expressão “acesso à justiça” engloba um conteúdo de largo espectro: parte da simples compreensão do ingresso do indivíduo em juízo, perpassa por aquela que enfoca o processo como instrumento para a realização dos direitos individuais, e por fim, aquela mais ampla, relacionada a uma das funções do próprio Estado a quem compete, não apenas garantir a eficiência do ordenamento jurídico; mas, outrossim, proporcionar a realização da justiça aos cidadãos.¹¹

A busca pela justiça social tem por objetivo o alcance da igualdade material entre os indivíduos, com intuito de diminuir as desigualdades sociais e econômicas de uma sociedade, por meio da distribuição equitativa de recursos para almejar tal escopo¹².

O acesso a justiça associado a igualdade material, pode ter tanto a finalidade da isonomia de acesso judiciário como também o escopo em produzir resultados, além de individuais, justos.

Todavia, nem sempre o acesso a justiça é democrático e realizado de maneira efetiva. As custas processuais, associadas a esfera econômica de cada litigante é fator relacionado aos óbices desse acesso. Aqueles países que adotam o Princípio da sucumbência, no âmbito do processo civil, a penalidade imposta ao vencido é quase duas vezes maior, uma vez que além

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso a Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 12

¹¹ CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso a justiça*. Curitiba. Juruá, 2009, p.61

¹² CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 51

de arcar com as próprias despesas processuais, também o fará em relação à parte vencedora.¹³. Os honorários advocatícios nem sempre são acessíveis a grande parte da população. Apesar de soluções apresentadas para o acesso ser mais democrático, a assistência judiciária ou mesmo a Defensoria Pública, não suportam a imensa demanda; ainda assim, o déficit de pessoas com o efetivo acesso é reduzido. Os altos custos do processo caracterizam-se como entrave ao efetivo acesso a justiça, já que uma ou ambas as partes devam suportá-los, não propiciando as condições relativamente igualitárias de oportunidades processuais.

Além disso, certos litigantes gozam de vantagens estratégicas na temática processual. “A ‘capacidade jurídica’ pessoal se relaciona com as vantagens de recursos financeiros e diferenças de educação, meio e *status* social, de crucial importância na determinação da acessibilidade da justiça.¹⁴” A dificuldade em reconhecer um direito que possa ser tutelado juridicamente, associado ao conhecimento jurídico limitado além da falta de disposição psicológica para enfrentar um processo jurídico é um fator de peso para que o acesso a justiça não seja tão efetivo.

A esse emaranhado formalístico do acesso a justiça, oportuno analisar a titularidade dos direitos sociais. Sem pretender reduzir a importância de demandas individuais de direitos sociais, será dada mais ênfase às consequências que o individualismo acarreta em se tratando de direitos prestacionais.

Apesar de termos apresentado a faceta dos direitos sociais vinculados à noção de dignidade da pessoa humana, atribuindo a eles essa peculiaridade individual, tentaremos demonstrar como o sistema processual encontra dificuldades no reconhecimento de direitos de cunho coletivo, mais precisamente os prestacionais quando demandadas singularmente.

Necessário se faz acrescentar, em referência à chamada “segunda onda” de Cappelletti, as tentativas de solução ao acesso a justiça, no tocante aos direitos difusos. Não se pode olvidar que os direitos sociais além de sua esfera individual carregam consigo a bagagem dos direitos difusos cuja titularidade se esbarra não em uma pessoa individualmente identificada, mas em um grupo de pessoas que buscam a tutela de uma mesma finalidade. O processo nesse momento se depara não mais em litígios que versavam sobre duas ou mais partes determinadas de modo individual como era tradicionalmente tratado, mas sim com a

¹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 17

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant *Op. cit.*, p. 22

proteção de direitos e interesses difusos. E encontra nessa seara sua dificuldade de ação uma vez que o processo passa de uma visão individualista para uma concepção coletiva e social.

Assumimos a posição a qual para certos direitos sociais existem tanto a dimensão individual quanto a coletiva. Segundo Ledur, “as dimensões individual e coletiva coexistem de tal sorte que a titularidade individual não resta afastada pelo fato do exercício do direito ocorrer na esfera coletiva¹⁵”. A mera classificação didática dos direitos fundamentais em gerações não implica, necessariamente, o destinatário, titular desses direitos, mas sim, o alcance do objeto, isto é, de cunho prestativo ou a mera abstenção do Estado, a que se aplica ao indivíduo ou a coletividade.

Sob tal perspectiva, alisando-se o direito a educação, uma pessoa individualmente considerada tem direito a condições materiais de educação, uma vez que se encontra compreendida na seara do mínimo existencial. Por outro lado, é dever do Estado garantir o acesso a educação a todos promovendo políticas públicas adequadas para essa finalidade. O problema repousa na escolha de demandas individuais e/ou coletivas e as consequências impeditivas ou contributivas para a efetividade dos direitos a uma prestação positiva.

Sob o olhar das tutelas individuais, em face do caráter prestacional dos direitos sociais, a decisão judicial ocasiona um possível impacto na economia em virtude da dependência de recursos orçamentários para sua realização. Além disso, o fato de outros indivíduos, em semelhante situação, não terem efetivamente acesso jurisdicional em razão de questões já mencionadas, viola o primado da isonomia, gerando instabilidade e insegurança jurídicas. Seria equivocado tratar mencionados direitos como conflitos bilaterais, já que, os efeitos da decisão alcançam, em razão de sua natureza, toda uma coletividade, no que se refere à distribuição de recursos e a generalidade das políticas públicas.

Por conseguinte, a realização da justiça social, em detrimento da igualdade material visando a diminuição de desigualdades fáticas como forma de compensação torna-se um projeto longínquo. Se o que se objetiva com os direitos fundamentais sociais é a busca pela igualdade substancial, não há possibilidades de se reconhecer titulares exclusivos de tais direitos, ou mesmo os conceberem efetivamente a grupos específicos que deles possam se beneficiar unicamente.¹⁶

¹⁵ LEDUR, José Felipe. *Direitos Fundamentais Sociais. Efetivação no Âmbito da Democracia Participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 85 - 86

¹⁶ CANELA JUNIOR, Oswaldo. *Op. Cit.*, p.144

O favorecimento desigual e diferenciado de demandas individuais privilegia apenas parcela da população, notadamente aquele que além de dispor de informações jurídicas acerca do direito a ser requerido, possui recursos financeiros suficientes para buscar o acesso a justiça. O paradoxo da desigualdade, portanto, resultada da concessão individual de direitos fundamentais sociais sem sua extensão aos demais titulares, porquanto se está a gerar novas formas de discriminação¹⁷.

DIREITO A EDUCAÇÃO E O STF

Em face às discussões em torno das tutelas individuais de demandas coletivas, a fim de dar embasamento empírico ao presente artigo, far-se-á consulta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que se refere a temática sobre direito a educação. Como tópico ensejador de inúmeros debates, a opção “vagas em creche” será abordada para a pesquisa.

O intuito da especulação jurisprudencial se respalda em analisar o comportamento do STF em relação a um direito social consagrado no ordenamento pátrio, a educação. A partir dos resultados obtidos, a pretensão é tentar justificá-los em virtude das demandas individuais e a acessibilidade jurídica efetiva. A intenção não é a busca sobre a maneira de decidir do STF, mas tão somente saber os fundamentos das decisões.

Para o levantamento de acórdãos do STF, utilizou-se a ferramenta “jurisprudência”, seguida da opção “pesquisa”. Dentro da ferramenta “pesquisa livre” buscou-se pelo termo CRECHE. Foram encontrados 27 documentos relativos a acórdãos e 1 referente a repercussão geral. Desses 27 casos, 15 preenchem o requisito alusivo a “vagas em creche”.

Em uma primeira perspectiva, observou-se que os casos em questão, embora diversos, apresentavam a mesma causa e o mesmo pedido: crianças de 0 a 6 anos, em face da falta de vagas, estavam impossibilitadas de ter acesso a creches municipais, acionando, por sua vez, o Poder Judiciário, no intuito de garantir o direito a educação. Não se pode olvidar que o direito a educação é consagrado no texto constitucional, subjetivamente afirmado, além de assegurar a educação infantil às crianças de 0 a 5 anos em creches.

Um dos primeiros precedentes relativos a discussão sobre a acessibilidade de vagas em creche foi o RE 410715 de 2005, marcado pelo reconhecimento perante o Tribunal do direito a educação como direito subjetivo e indisponível da criança. A partir de mencionada decisão, a jurisprudência do STF caminha para o entendimento da possibilidade de vagas em

¹⁷ CANELA JUNIOR, Oswaldo. *Op. Cit.*, p.144

creche sem que isso interfira na esfera de discricionariedade do poder competente. Nos demais acórdãos pesquisados, os fundamentos jurídicos e doutrinários convergem para o mesmo raciocínio quando da deliberação sobre esse campo específico do direito a educação. Por essa razão, este tópico se delimitará em apontar as premissas às quais o STF funda seu entendimento, tendo por base, o último julgado, relativo ao RE639337 AGR/SP de 2011.

Inicialmente, o Ministro Relator Celso de Mello, se preocupa em demonstrar o direito à creche como um direito indisponível, essencial para o desenvolvimento da criança. Em face de tal, é obrigação constitucional, do ente competente, criar condições efetivas para o acesso à creche¹⁸.

Um dos principais argumentos contrários à interferência do Judiciário nas decisões pela efetividade dos direitos prestacionais é a violação do princípio da separação de poderes. Justamente em face disso, o Ministro Relator tentará provar que a ingerência jurisdicional não alcança a tripartição de poderes nem tão pouco a esfera de discricionariedade do Poder Executivo.

A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.¹⁹

Em face disso, os Municípios os quais outorgou-se, constitucionalmente, a atuação prioritária do ensino fundamental e infantil, não podem realizar escolhas, embasadas na discricionariedade administrativa, de modo a comprometer a eficácia desse direito conformado na índole social²⁰.

A fim de justificar a tese a qual a implementação de direitos sociais fica a mercê da discricionariedade da Administração Pública, o Ministro reforça seu argumento sobre a ingerência judiciária, baseando essa atuação em circunstâncias excepcionais.

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativos e Executivos, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar especialmente nas hipóteses de políticas públicas, definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a

¹⁸STF, RE 639337, p.02

¹⁹ *Idem*

²⁰ *Idem*

eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais e impregnados de estatura constitucional.²¹

O STF, no acórdão supracitado, entende que a intervenção judicial visa a neutralização dos efeitos lesivos e perversos provocados pela omissão estatal, considerados insultos a direitos básicos assegurados à generalidade de pessoas²².

A cláusula da proibição do retrocesso impede que os direitos sociais sejam frustrados, isto é, aqueles direitos já reconhecidos e concretizados não podem ser objeto de redução pelo Estado.

[...] o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se a frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados²³

Em fortalecimento a esses argumentos, o Ministro traz a tona doutrinadores como Celso Lafer, que entende o direito a educação como, de um lado, uma exigência da solidariedade social, e, de outro, o primado da dignidade pessoa humana.²⁴

Deixa claro ainda que,

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal ao suprimir as omissões constitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão a cumprir a sua missão institucional e, demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.²⁵

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la, como propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se tornarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores do cidadãos.²⁶

O Ministro Relator, por fim, conclui negando provimento ao recurso, mantendo a decisão agravada em favor do direito educacional da criança em ter acesso à vaga em creches.

Importante destacar que dos 15 casos pesquisados, 13 trazem o Ministério Público como parte processual. Isso denota a eficácia desse órgão no arcabouço institucional brasileiro, além do reconhecimento de sua legitimidade na busca do cumprimento de preceitos constitucionais, ampliando, dessa maneira sua esfera de atuação. Embora a atuação do

²¹ STF, RE 639337, p.02-03

²² *Ibidem*, p.03

²³ *Ibidem*, p.04

²⁴ *Ibidem*, p.06-07

²⁵ *Ibidem*, p. 13

²⁶ *Ibidem*, p.15

Ministério Público seja significativa na proposição de demandas, a porcentagem de advogados e defensores públicos atuantes, é baixa. O acesso deficitário da justiça pode estar relacionado com o índice pequeno de demandas propostas por esses atores judiciais, já que alguns conseguem ter suas pretensões atendidas enquanto outros nem se dão conta que possuem direitos a serem demandados.

CONCLUSÃO

O objetivo do presente artigo articulou-se na discussão sobre a exigibilidade dos direitos sociais e sua dupla face quando do acesso judicial como forma de efetivação.

O pressuposto da análise parte da concepção de que os direitos sociais são direitos subjetivos, assegurados pela dignidade da pessoa humana. Além dos argumentos doutrinários apresentados, a própria jurisprudência do STF corrobora o entendimento exposto, ao reconhecer a educação como um direito indisponível.

Nesta seara, a justiciabilidade de direitos prestacionais encontra acalento, sendo passíveis de tutela jurídica para sua efetividade. Ponto importante se faz mencionar sobre o preciso argumento apontado pelo STF sobre as razões do Poder Judiciário não atuar de forma abusiva ao decidir tais direitos, isto é, não esbarrando em outras esferas de poder, crítica sempre presente concernente à judicialização.

Em virtude da garantia assegurada jurisprudencialmente sobre se exigir direitos sociais no Judiciário, surge a abordagem sobre a titularidade individual. Como ser possível que o mesmo objeto e o mesmo pedido possam ser efetivados de forma diferenciada para aqueles em semelhante situação? Por que o acesso à justiça se dá de forma não isonômica, interferindo, dessa maneira, no princípio da igualdade entre os cidadãos?

Aponta-se as causas tradicionais do problema da efetividade do acesso a justiça. Nem sempre é possível garantir a todos a mesma acessibilidade judiciária, carecendo, pois, de um acesso mais democrático. Quando uma criança X pleiteia no Judiciário uma vaga em creche escolar e esse pedido é acolhido, paradoxalmente, trata as demais pessoas, em circunstâncias parecidas, de modo discriminatório, já que em face de inúmeros obstáculos, não podem ou não conseguem o mesmo acesso. A falta de uniformidade e a própria fragmentação das decisões sobre direitos prestacionais, no que tange os efeitos da decisão à criança solicitante, solidifica um dos principais argumentos contrários à titularidade individual.

Embora seja possível a justiciabilidade de direitos sociais, o acesso a justiça necessita ser igualitário, a fim de que alcance a igualdade material entre os cidadãos, democratizando o acesso e o tornando qualitativo.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BAHIA, Alexandre G. M. Franco; NUNES, Dierle J. Coelho. Fundamentos de Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro. In: FIGUEIREDO, Eduardo H. Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José L. Quadros de. (Coord.). *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Revista Consultor Jurídico, 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica> Acesso em 25/07/2013.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. Ed. 3 tir. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais; Portugal : Coimbra Editora, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso a Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. 1ª Ed, 5ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2008.

FARIA, José Eduardo (org.). O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para avaliação da justiça brasileira. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

LEDUR, José Felipe. *Direitos Fundamentais Sociais. Efetivação no Âmbito da Democracia Participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9 ed. rev., ampl. e atual. Saraiva. São Paulo, 2008.

_____. Proteção Internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Os direitos fundamentais na constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ- Centro Atualização Jurídica, v.1º, n1º, 2001, p.08. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em 30/07/2013