

## A JUDICIALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Adriana Campos de Souza Freire Pimenta\*

### 1 INTRODUÇÃO

A construção deste estudo passa pela análise dos direitos fundamentais sociais<sup>1</sup>, sua interpretação, eficácia e efetividade.

Buscaremos enfrentar como, na prática, podem ser solucionadas as lides daqueles que se valem do Poder Judiciário a fim de serem atendidas suas pretensões baseadas nos já citados direitos fundamentais sociais.

Trataremos do aumento das lides relativas a pedidos dessa natureza e como deve se posicionar o magistrado diante das mesmas, tendo em vista que a jurisdição é, sabidamente, indeclinável<sup>2</sup>, mas nem sempre possui o julgador todos os dados técnicos que seriam necessários para a solução de tais controvérsias, mormente quando o ente público - geralmente o Poder Executivo - defende-se fazendo uso da hoje tratada por “reserva do possível”<sup>3</sup>, alegando falta de recursos da Administração para atender à necessidade pleiteada em juízo.

Não pretendemos trazer conclusões prontas, indiscutíveis, até porque estamos diante de um texto acadêmico, portanto amplamente propiciador do debate.

### 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para tratarmos do nosso tema central - a judicialidade dos direitos fundamentais sociais - necessárias, em primeiro lugar, algumas considerações sobre os direitos fundamentais sociais, o tratamento dado aos mesmos pela Constituição Federal de 1988, sua eficácia, sua efetividade e sua interpretação.

Paulo Bonavides<sup>4</sup>, ponderando acerca dos direitos fundamentais, levanta, inicialmente, a questão de serem sinônimas ou não as expressões direitos

---

\* Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Titular da 1ª Vara do Trabalho de Passos/MG, graduada em Direito pela UFMG, Especializanda em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Mestranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

<sup>1</sup> “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

<sup>2</sup> Artigo 126 do Código de Processo Civil: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

<sup>3</sup> “Tal discussão, acerca do fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades a serem supridas, tem sido identificada através da expressão “reserva do possível”. In: BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais* - o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

<sup>4</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Malheiros Editores, 1999, p. 514-531.

humanos e direitos fundamentais. Afirma que, para Hesse, clássico do direito alemão contemporâneo, direitos fundamentais almejam “manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”<sup>5</sup> ou, mais restritamente, “são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais” (também para o mesmo autor).

Citando Carl Schmitt, classifica os direitos fundamentais em formais e materiais.

Formais seriam aqueles definidos como tais pela norma constitucional, ao passo que os materiais dependeriam da ideologia do Estado, representando os valores e princípios que a Constituição Federal consagra, de forma que cada Estado teria os seus.

Passa a descrever como os direitos fundamentais foram sendo vistos historicamente, o que redundou na sua classificação em direitos de primeira, segunda, terceira e quarta geração, nos termos que se seguem:

Os direitos fundamentais vinculados à dignidade e à liberdade humanas tendem a uma universalidade, a qual se manifesta pela primeira vez através do racionalismo francês, na Declaração dos Direitos do Homem de 1789, numa fase inaugural do constitucionalismo do ocidente, representados por igualdade, liberdade e fraternidade.

Assim, os direitos fundamentais de primeira geração pressupõem o homem livre e isolado em face do Estado. São direitos pessoais, naturais, inalienáveis, sagrados.

Correspondem aos direitos civis e políticos, hoje absolutamente consolidados, apesar de algumas “idas e vindas”, notadamente no século passado, valendo citar, em relação aos países sul-americanos, *v.g.*, como períodos de exceção, os ditatoriais.

Representam, em última análise, o direito de resistência do indivíduo perante o Estado e foi um conceito que dominou o século XIX.

No século XX, passam a ser invocados os direitos fundamentais de segunda geração, assim chamados os direitos culturais, sociais e econômicos.

Referidos direitos “Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.”<sup>6</sup>

Sobre os direitos sociais e sua condição de direitos fundamentais, Ingo Sarlet acrescenta que:

Direitos Sociais. Considerados em sentido amplo e constitucionalmente adequado, constituem um conjunto heterogêneo de posições jurídicas reconhecidas pela Constituição Federal e/ou pela ordem jurídica internacional com o intuito de assegurar uma compensação das desigualdades fáticas entre as pessoas mediante a garantia de determinadas prestações por parte do Estado ou da sociedade, bem como por meio da garantia da proteção destas prestações de cunho social e de outros bens jurídicos de determinadas categorias sociais contra o exercício do poder social, econômico e político. [...]

<sup>5</sup> *Idem, ibidem*, p. 514.

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ob. cit.*, p. 518.

A posição dominante segue sendo a de reconhecer aos direitos sociais (constitucionalmente consagrados) em geral a condição de direitos fundamentais, ainda que o sejam, por vezes, apenas em sentido formal, de vez que entendimento diverso resultaria, inclusive, na descon sideração de direitos sociais não essencialmente prestacionais, como é o caso de boa parte dos direitos dos trabalhadores (greve e liberdade de associação sindical, por exemplo). Além disso, a negação da fundamentalidade dos direitos sociais conflita com a previsão expressa do poder constituinte, quando inclui os direitos sociais no título “Dos direitos e garantias fundamentais”, assegurando-lhes, em princípio, proteção contra o poder de reforma constitucional (no mínimo na condição de limites materiais implícitos) e uma força jurídica (eficácia) reforçada a partir do art. 5º, § 1º, da CF. Tal disposição, consoante já expressiva doutrina, contém norma de caráter principiológico que impõe a todos os órgãos estatais um dever de maximização (otimização) da eficácia e efetividade de todas as normas de direitos fundamentais!<sup>7</sup>

Abordando essa questão, Paulo Bonavides, na obra já citada, acrescenta que inicialmente os direitos sociais foram objeto de especulação filosófica, depois passaram a inserir-se em textos constitucionais marxistas e no constitucionalismo social-democrata, *v.g.*, Constituição do México de 1917, Constituição de Weimar de 1919.

Foram igualmente, nessa fase inicial, delegados a uma natureza programática, portanto de baixa normatividade, pois são direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais, nem sempre resgatáveis em razão da carência de recursos.

Exatamente por isso, em paralelo a eles, desenvolveu-se a teoria das garantias institucionais, inicialmente desenvolvida pelos publicistas alemães, a partir de Schmitt, como acrescenta o autor.

Isso porque tão importante quanto proteger o indivíduo era proteger a instituição.

Não se pode deixar de reconhecer aqui o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculado materialmente a uma liberdade “objetivada”, atada a vínculos normativos e institucionais, a valores sociais que demandam realização concreta e cujos pressupostos devem ser “criados”, fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância para que se concretizem os direitos fundamentais de segunda geração. [...]

A nova universalidade dos direitos fundamentais é inseparável da criação desses pressupostos fáticos. Sobre eles já não tem o indivíduo propriamente poder. Passaram a ser vistos numa perspectiva também de globalidade, enquanto chave de libertação material do homem. Ganharam pois um novo nível de ação, bem mais alto, que não é o de um Estado particular, mas o de uma comunidade de Estados ou de toda a comunidade de Estados.<sup>8</sup> (Grifamos)

---

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos sociais. *In: Dicionário brasileiro de direito constitucional*. Coord. geral DIMOULIS, Dimitri, São Paulo: Editora Saraiva, Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais - IBEC, 2007, p. 132/133.

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ob. cit.*, p. 520-521.

Cita novamente Schmitt, o qual conclui no sentido de que as garantias institucionais são princípios que obrigam o legislador.

A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida.<sup>9</sup>

Referida fase assenta-se sobre a fraternidade para uns e solidariedade para outros, em ambos os casos, dotada de alto teor de humanismo e universalidade, abrangendo não só os indivíduos ou grupos, mas o gênero humano.

São os direitos de terceira geração, dos quais são exemplos o desenvolvimento, a paz, o meio ambiente, a comunicação, a propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade.

Com a globalização (econômica e política) e como limite a ela, desenvolveu-se o conceito de direitos fundamentais de quarta geração, os quais visam tornar legítima e possível a globalização política.<sup>10</sup>

No Brasil (como de resto no mundo todo), o neoliberalismo<sup>11</sup> é extraído da globalização econômica, representando uma filosofia negativa de poder, afrouxando os laços da soberania e incentivando a perpetuação das desigualdades (entre nações e, via de consequência, entre indivíduos).

<sup>9</sup> *Idem, ibidem*, p. 522.

<sup>10</sup> GRAU, Eros Roberto. *In: A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 55/59, assim trata da globalização e do neoliberalismo:

A globalização é um fato histórico; o neoliberalismo, uma ideologia.

A globalização decorre da terceira Revolução Industrial - informática, microeletrônica e telecomunicações -, realizando-se como globalização financeira.

[...]

O neoliberalismo é uma ideologia.

Quero dizer com, isso, (i) que não há uma relação necessária entre globalização e neoliberalismo e (ii) que, outras fossem as condições político-sociais, a globalização poderia conviver com outras ideologias que se tornassem hegemônicas.

Seria perfeitamente viável a concepção de uma sociedade socialista globalizada. Precisamente essa, aliás, é a forma - internacional - que ela assume na utopia possível.

[...]

Há marcante contradição entre o neoliberalismo - que exclui, marginaliza - e a democracia, que supõe acesso de um número cada vez maior de cidadãos aos bens sociais. Por isso dizemos que a racionalidade econômica do neoliberalismo já elegeu seu principal inimigo: o Estado Democrático de Direito.

O discurso neoliberal confronta o discurso liberal, que viabilizou o acesso da generalidade dos homens não apenas a direitos e garantias sociais, mas também aos direitos e garantias individuais. Pois é contra as liberdades formais, no extremo, que o discurso neoliberal investe.

A exclusão social se dá sob múltiplas modalidades - são excluídos, afinal, tanto a vítima do crime quanto o criminoso.

Vivemos um momento marcado pela insegurança e pelo comprometimento da coesão social.

<sup>11</sup> A propósito do neoliberalismo, vide nota anterior.

Os direitos de quarta geração - democracia direta, isenta da mídia manipuladora, com informação e pluralismo - são introduzidos pela globalização política na esfera da normatividade jurídica.

Acrescentamos que, assim postos os direitos fundamentais, percebe-se que uma geração não exclui/substitui a outra, sendo muito interessante a ponderação do Professor Paulo Bonavides que substitui a expressão “geração” por “dimensão”<sup>12</sup>, exatamente para evidenciar que a dimensão posterior não afasta simplesmente a que lhe antecede.

Entendemos que elas “convivem” e, fatalmente, a sucessora influencia a sucedida, porque o grupo que sente necessidade de outros direitos também anseia pelos que já tinha de uma forma muito mais ampliada.

Liberdade hoje também significa liberdade coletiva, v.g., liberdade sindical, a qual implicaria não só a antiga prestação negativa do Estado (não impedir) como uma positiva (assegurar) e da maneira mais transparente e democrática possível.

Nesse sentido, ressalta o autor mencionado a igual importância do ano de 1948 em relação ao de 1789 (ano da Revolução Francesa<sup>13</sup>), diante da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas.

Descreve Paulo Bonavides o documento como sendo de “convergência e ao mesmo passo, de uma síntese”<sup>14</sup>, onde a liberdade teria alcançado seu ponto mais alto.

Acrescenta que

A história dos direitos humanos - direitos fundamentais de três gerações sucessivas e cumulativas, a saber, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos - é a história mesma da liberdade moderna, da separação e limitação de poderes, da

---

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 525.

<sup>13</sup> PASQUINO, Gianfranco. Revolução. In: *Dicionário de política*, BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco, Brasília: LGE Editora, Editora UnB, 2004, p. 123, afirma que

A palavra Revolução foi criada exatamente na Renascença, numa referência ao lento, regular e cíclico movimento das estrelas, como que a apartar de “leis” universais e implícitas. É no século XVII que a palavra vem a ser usada como termo propriamente político para indicar o retorno a um estado antecedente de coisas, a uma ordem preestabelecida que foi perturbada.

[...]

É justamente durante a Revolução Francesa que se verifica uma mudança decisiva no significado do conceito de Revolução, mudança aliás já implícita nas formulações teóricas dos iluministas, de que haviam nutrido muitos dos líderes dessa Revolução: de mera restauração de uma ordem perturbadora pelas autoridades, se passa à fé na possibilidade de criação de uma ordem nova; de busca da liberdade nas velhas instituições, se passa à criação de novos instrumentos de liberdade; enfim é a razão eu se ergue contra a tradição ao legislar uma constituição que assegurasse não só a liberdade, mas trouxesse também a felicidade ao povo.

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo. Ob.cit., p. 527.

criação de mecanismos que auxiliam o homem a concretizar valores cuja identidade jaz primeiro na Sociedade e não nas esferas do poder estatal.<sup>15</sup>

Destaca, a nosso ver com propriedade, que o coração das Constituições estáveis é o processo legislativo de reforma constitucional e, ao inserir princípios na norma constitucional, assegura aos mesmos essa estabilidade.

Na nossa Constituição Federal de 1988 os direitos e garantias fundamentais são intangíveis, o que é ótimo, pois, do contrário, seriam alterados conforme a ideologia dos governantes, como nós podemos observar na história recente de nosso país, onde se tentou desconstruir boa parte dos direitos fundamentais sociais.

Interessam-nos neste estudo, precipuamente, os direitos sociais (de segunda dimensão, portanto) constantes do artigo 6º da CF/88<sup>16</sup> e também o princípio da dignidade da pessoa humana, que, além de ser um direito de primeira dimensão (viver dignamente), erige-se num dos fundamentos da República Federativa do Brasil, como se verifica do inciso III do artigo 1º da Norma Constitucional.<sup>17</sup>

Contudo, isso, nem de longe, restou atendido em nossa sociedade, onde percebemos inúmeros seres humanos sem as mínimas condições de vida digna e tão poucos com tanto mais que o necessário.

Com certeza, Aristóteles jamais denominaria nossa sociedade atual de justa, já que permeada de injustiças.<sup>18</sup> E um povo assim “para o qual a cidadania é um privilégio não pode imaginar ser uma sociedade justa, nem tampouco seu direito ser um direito justo.”<sup>19</sup>

Ana Paula de Barcellos<sup>20</sup>, referindo-se especificamente a determinado princípio constitucional - o da dignidade da pessoa humana -, afirma que é

---

<sup>15</sup> BONAVIDES, Paulo. Ob.cit., p. 528.

<sup>16</sup> “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

<sup>17</sup> “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III a dignidade da pessoa humana;”

<sup>18</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Lições de sociologia do direito*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2003, p. 39:

Aristóteles é quem desenvolve, na *Ética a Nicômaco*, uma série de reflexões a respeito da justiça social, ressaltando o fato de que a injustiça se revela na carência e no excesso na distribuição de bens sociais. A sociedade deve ser medida pelo todo social, e não pelos indivíduos isoladamente.

<sup>19</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito e filosofia política*. A justiça é possível. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 35.

<sup>20</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Ob. cit., p. 29 e 30.

dotado de superioridade hierárquica. A saber: as pessoas têm uma dignidade ontológica e devem ter condições de existência compatíveis com essa dignidade, aí se incluindo a liberdade de se desenvolverem como indivíduos, a possibilidade de participarem das deliberações coletivas, bem como condições materiais que as livre da indignidade...

Assim, acrescenta referida autora, em que pese tratar-se de uma norma constitucional mais aberta, que comporta várias interpretações - e, aqui já entrando no tema central de nossa exposição - não significa que se preste a justificar sempre as decisões judiciais, quando as mesmas buscam assegurar aplicabilidade imediata<sup>21</sup> às normas constitucionais garantidoras de direitos sociais.<sup>22</sup>

Como pondera Luís Roberto Barroso<sup>23</sup>, tratando especificamente das decisões em que o Poder Judiciário determina à Administração o fornecimento de medicamentos gratuitamente,

A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.

Há um excesso de ambição e falta de critérios por parte do Judiciário.

Não há também um critério firme para a aferição de qual entidade estatal deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento.

Trata-se de situação em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal.

Se o Judiciário não pode deixar de tutelar direitos fundamentais, não deve querer ser mais do que pode ser.

O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros.

---

<sup>21</sup> Pode-se dizer que as normas de eficácia plena sejam de aplicabilidade direta, imediata e integral sobre os interesses objeto de sua regulamentação jurídica, enquanto as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não-essenciais, ou, melhor, não dirigidos aos valores-fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes, como melhor se esclarecerá depois. As normas de eficácia contida também são de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade.

(SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 83)

<sup>22</sup> Tais direitos sociais são os de segunda dimensão, já tratados anteriormente.

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: *Constituição e efetividade constitucional*. Coord. LEITE, George Salomão e LEITE, Glauco Salomão, Salvador: Editora Podium, 2008, p. 221/249.

### 3 NORMAS CONSTITUCIONAIS: INTERPRETAÇÃO, EFICÁCIA E EFETIVIDADE

Com efeito, novamente recorrendo à obra de Ana Paula de Barcellos<sup>24</sup>:

ao longo do século XX, em vários momentos e por várias razões, o homem não apenas foi funcionalizado, como também imobilizado brutalmente nos altares do Estado-nação, Estado-partido, da ideologia da segurança nacional, dentre outras variações sobre temas semelhantes. As Constituições, nesse meio tempo, foram ignoradas ou manipuladas em seu aspecto estritamente positivo-formal. O Estado nazista alemão, embora não tenha sido a última dessas experiências, foi certamente a mais chocante, tanto por estampar a barbárie em tons e formas quase inacreditáveis, como por sua constrangedora convivência formal com a Constituição de Weimar de 1919.

Desse modo, o fim da Segunda Guerra Mundial apresentou à humanidade um prato de difícil digestão: a banalidade e a proximidade do mal, cuja ingestão produziu efeitos variados nas diferentes áreas do conhecimento humano. No direito em geral, e no constitucional em particular, esses eventos representaram o ápice do processo de superação do positivismo jurídico, que havia se tornado dominante nas primeiras décadas do século, e o retorno à ideia de valores. Voltou-se a reconhecer, humildemente, que o direito não surge no mundo por si só, mas relaciona-se de forma indissociável com valores que lhe são prévios, ideais de justiça e de humanidade que se colhem na consciência humana.

O reflexo mais visível desses efeitos nas Constituições, novas ou reformadas, foi a introdução nos textos de cláusulas, juridicamente obrigatórias para todas e qualquer maioria de plantão, veiculando de forma expressa a decisão política do constituinte (i) por determinados valores fundamentais orientadores da organização política e (ii), em maior ou menor extensão, por certos limites, formas e objetivos dirigidos à atuação política do novo Estado, com a finalidade de promover a realização desses valores. A política passou, assim, a estar vinculada a tais disposições constitucionais, como já antes estivera pelos direitos de liberdade e pela separação de poderes.

A nossa Constituição insere-se nesse contexto histórico e nela podemos observar a preocupação do legislador constituinte em especificar os direitos fundamentais sociais<sup>25</sup> e em atribuir a eles a condição de cláusulas pétreas<sup>26</sup>, conforme já ponderamos anteriormente.

<sup>24</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Ob. cit., p. 25/26.

<sup>25</sup> “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Vale citar também, a título exemplificativo, o artigo 7º da CF/88, *in verbis*, onde uma série de incisos busca especificar os direitos dos trabalhadores:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;  
II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;  
III - fundo de garantia do tempo de serviço;



Ressalte-se que isso foi uma boa iniciativa do legislador constituinte originário - embora criticada à época - já que, passados vinte anos de promulgação do Texto Constitucional, o mesmo já foi objeto de uma série de emendas e outras tantas tentativas, sempre com o intuito de diminuir direitos daqueles que mais precisam.

Pois, como pondera o Professor Paulo Bonavides<sup>27</sup>, globalizar direitos fundamentais “interessa aos povos da periferia” e sobre tal globalização “não tem jurisdição a ideologia neoliberal”.

Mas essa globalização não tem sido a prevalente...

Ana Paula de Barcellos, nesse sentido, acrescenta que, ao judicializar os princípios, o legislador constituinte colocou a serviço de tais princípios um instrumental existencial e outro operacional e explica ela:

Do ponto de vista existencial, a constitucionalização dos princípios pode ser capaz de protegê-los da restrição ou supressão através da técnica da cláusula pétrea, pela qual se retira da alçada do legislador ordinário, e até mesmo do poder constituinte derivado ou reformador, a possibilidade de tratar da matéria, salvo para ampliá-la.

[...]

Do ponto de vista operacional, a judicização constitucional atribui eficácia jurídica e, portanto, alguma forma de sindicabilidade judicial aos efeitos que desses princípios, dotados de superioridade hierárquica, possam produzir.<sup>28</sup>

---

IV - salário mínimo , fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; [...]

<sup>26</sup> Os direitos fundamentais não podem ser objeto de Emenda à Constituição, ou seja, são direitos que não podem ser alterados, cláusulas pétreas, por força do disposto no artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF/88, *in verbis*:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;  
II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

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

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais

<sup>27</sup> BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 524.

<sup>28</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Ob. cit., p. 30 e 32.

Portanto, as normas constitucionais são jurídicas (e não meros conselhos ou proposições, desprovidas de conteúdo normativo) e, via de consequência, dotadas de efetividade, ou seja,

capacidade de impor pela força, se necessário, a realização dos efeitos pretendidos pela norma ou, ainda, de associar algum tipo de consequência ao descumprimento da norma, capaz de provocar, mesmo que substitutivamente, a realização do efeito normativo inicialmente previsto ou um seu equivalente.<sup>29</sup>

Como ensina Luís Roberto Barroso<sup>30</sup>:

A doutrina da efetividade: sua essência é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa.

Em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos - políticos, individuais, sociais ou difusos - são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico.

Contudo, podem surgir choques/colisões entre os princípios constitucionais, também como pondera o citado autor<sup>31</sup>, como, por exemplo, e também já no nosso tema central, o direito à vida de uma pessoa que pede ao Poder Judiciário um medicamento e a dificuldade da Administração na obtenção de recursos para atender ao comando judicial e, ao mesmo tempo, em promover políticas públicas em benefício de toda a coletividade.

Ressaltamos que são dois valores constitucionais importantes, diante dos quais o magistrado deve optar.

Acrescentamos, ainda, que, fora da sede constitucional, o trabalho do exegeta é facilitado, na medida em que se trata de mera subsunção do fato à norma<sup>32</sup>, o que não ocorre no exemplo supra.

O mesmo autor, no texto “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”, ensina que a técnica da ponderação socorre o aplicador do direito nos momentos em que está ele diante da difícil decisão entre dois princípios constitucionais que, aparentemente, chocam-se.

Diz ele:

enquanto as normas são aplicadas na plenitude de sua força normativa - ou, então, são violadas - os princípios são ponderados.

A denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a

---

<sup>29</sup> *Idem, ibidem*, p. 36.

<sup>30</sup> BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p. 223.

<sup>31</sup> *Idem, ibidem*, p. 226.

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p. 225.

produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular outro sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade (v. infra) e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada.<sup>33</sup>

E, partindo do exemplo supra, o magistrado, normalmente, estará diante desse choque entre direitos e princípios fundamentais constitucionais.

De um lado: um cidadão requer a efetividade de um direito fundamental social - dos quais estamos tratando aqui e que se encontram no texto do artigo 6º, já citado - e do outro: a Administração comprova, por exemplo, que vem adotando políticas públicas nessa área, garantindo, v.g., a todos os medicamentos constantes da lista de medicamentos aprovada pelo Ministério da Saúde e que não dispõe de recursos para atender às duas frentes (individual e coletiva).

Verificamos, portanto, nesse particular, que a discussão da chamada “reserva do possível”<sup>34</sup>, normalmente, surgirá e deverá ser objeto de decisão judicial.

Isso porque, valendo-nos novamente das ponderações de Ana Paula de Barcellos<sup>35</sup>, um elemento que certamente precisa ser enfrentado em sede de eficácia jurídica dos dispositivos constitucionais são as circunstâncias de fato, principalmente as financeiras.

Em se tratando de direito público, as relações diferem daquelas de direito privado, em que o devedor, normalmente, está identificado e tem, também via de regra, noção do quanto deve.

Ademais, quando o Estado tem que fazer despesas, as mesmas são de todos os contribuintes, em última análise, excetuadas as hipóteses de emissão de moeda e empréstimo compulsório, razão pela qual a questão dos recursos deve ser enfrentada, como pondera a autora supra.

#### 4 JUDICIALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL

Qual melhor interpretação poderá ser dada pelo Poder Judiciário em tais casos?

Necessário frisarmos que estamos tratando de direitos fundamentais sociais - a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados - portanto, direitos essenciais para uma vida digna.

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *Revista de Direito Processual Geral* (54). Rio de Janeiro, 2001, p. 68.

<sup>34</sup> “Tal discussão, acerca do fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades a serem supridas, tem sido identificada através da expressão ‘reserva do possível’.” In: BARCELLOS, Ana Paula de. Ob. cit., p. 258.

<sup>35</sup> *Idem, ibidem*, p. 233 e seguintes.

O Direito (no caso, leia-se a jurisprudência) deve evoluir juntamente com a sociedade, o que significa assegurar a todos a efetividade das regras enunciatórias de direitos.

O ideal seria que essas questões nem chegassem ao Poder Judiciário, ou seja, que nossa sociedade fosse capaz de garantir a todos a tal da existência digna.

Mas, não é o que acontece: basta sairmos nas ruas para vermos que o objetivo constitucional ainda não foi atendido...

E, diante disso, referidas questões - relativas à efetividade de direitos fundamentais, notadamente sociais - têm chegado ao Poder Judiciário na forma de lides, com uma grande frequência e em maior número também.

O tema é tratado por José Reinaldo de Lima Lopes, *in verbis*:

A grande mudança no quadro institucional brasileiro, portanto, não está nem no controle de constitucionalidade, nem na existência de uma carta de direitos sociais. O que mudou realmente na cultura jurídica brasileira talvez tenha sido a canalização crescente de demandas "políticas" para o Judiciário. Chamo de políticas as demandas de caráter distributivo (objeto de reivindicação de partilha e não de troca) sobre bens coletivos (ou indivisíveis) já existentes ou que deveriam ser criados. Estas características são bastante objetivas para se ter uma ideia do que está em jogo no caso dos direitos sociais. A canalização também se deveu ao fato de que o parlamento e a disputa eleitoral ficaram amputados em muitos de seus aspectos pela ditadura militar (1964-1985), de modo que a efetividade da discussão política foi colocada sob suspeita.<sup>36</sup>

Boaventura de Sousa Santos, ao comentar as transformações por que passou o Poder Judiciário em Portugal, após os anos 70 e a democratização daquele país, quando foram levadas ao Poder Judiciário questões que até então esse Poder não estava acostumado a ter que decidir, também trata do assunto, de forma clara, discutindo, ainda, a questão atinente ao aumento do número de demandas.<sup>37</sup>

E, diante disso, o magistrado também tende a não ficar inerte: seu impulso é assegurar, na prática, um direito social que o Estado, através de uma outra vertente - normalmente o Executivo - não foi capaz de garantir.

Contudo, como assevera Luís Roberto Barroso, tratando especificamente do fornecimento de medicamentos via decisão judicial, não estaria o Judiciário, em tais hipóteses, interferindo nas deliberações dos Órgãos que representam as maiorias políticas - Legislativo e Executivo?<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 224.

<sup>37</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Que formação para os magistrados nos dias de hoje? *In: Revista do Ministério Público*, 3º trimestre de 2000.

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Ob. cit.*, p. 228.

<sup>39</sup> *Idem, ibidem*, p. 241.

Ademais, como enfatiza o i. Professor, já citado, as políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais e as decisões judiciais conessoras de medicamentos, geralmente, mais serviriam à classe média.<sup>39</sup>

Se a Administração e os legisladores escolheram que certos medicamentos e não outros fossem fornecidos gratuitamente<sup>40</sup> ou decidiram construir casas populares numa região da cidade e não em outra, ou, ainda, se forneceram o ensino gratuito nas escolas que construíram e não em estabelecimentos particulares (via contratação administrativa), qual a legitimidade constitucional do juiz para alterar isso, tendo em vista a separação dos poderes?<sup>41</sup>

Como lidar com a questão da dificuldade na obtenção de recursos?

E, diante desse argumento de defesa, o que se exigir como prova do ente público que o utiliza?

Embora não haja dúvidas quanto à limitação dos recursos, o argumento da reserva do possível não é remédio para todos os males e não pode ser alegado pelo Poder Público com o intuito de se esquivar de suas responsabilidades.

A meta central da Constituição de 1988 é a promoção do bem-estar do homem, assegurando-lhe uma existência digna.

A conclusão que se tira da afirmativa supra, afirma Ana Paula de Barcellos<sup>42</sup>, é que a reserva do possível não deveria sequer ser relevante nesse ambiente, já que se está cuidando de uma prioridade do Estado e, mais ainda, se não há recursos, como garantir o mínimo essencial e, por fim, que mínimo essencial seria esse?

Afirma ela que não pretende formular proposta definitiva e absoluta, mas entende também que o debate sério acerca da reserva do possível não é realmente viável no âmbito das demandas individuais; pois, nesses casos, ou o magistrado vai ignorar a afirmação do ente público no sentido da escassez (o que normalmente acontece), ou vai acolhê-la, ante a impossibilidade de prova técnica.

Ressalta ainda a autora supra que a presunção de que o Poder Público dispõe de recursos para atender a esse mínimo essencial é normalmente acatada em juízo, uma vez que admitir-se o contrário implicaria admitir-se também que os recursos existentes foram utilizados em desacordo com as prioridades estabelecidas na Norma Constitucional.

Afirma, a nosso ver de forma correta, que, em sede de demandas individuais, não há como serem respondidas perguntas importantíssimas para a determinação desse mínimo essencial, *v.g.*, qual a quantidade de recursos efetivamente existente? Em que são gastos? Que percentual é gasto com direitos sociais? Além de outras.

---

<sup>40</sup> *Idem, ibidem*, p. 233, informa que a Portaria n. 3.916/98 do Ministério da Saúde “estabelece a Política Nacional de Medicamentos. De forma simplificada, os diferentes níveis federativos, em colaboração, elaboram listas de medicamentos que serão adquiridos e fornecidos à população.”

<sup>41</sup> “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

<sup>42</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Ob. cit., p. 263.

Portanto, concluiu ela, sempre na obra já citada, tais questionamentos situam-se na dimensão coletiva do mínimo essencial para uma existência digna e não mais no individual apenas, já que estamos tratando de direitos sociais.

José Reinaldo de Lima Lopes também enfrenta a questão da reserva do possível, posicionando-se no sentido de que, ao decidir, o magistrado não está diante de

duas alternativas, mas muitas possibilidades em um número aberto de cursos possíveis de ação. O cumprimento de decisões relativas a bens coletivos e a sua distribuição serão avaliados, isto é, julgados em termos de atingimento de metas ou de resultados eficientes.<sup>43</sup>

E, acrescenta:

Alguns direitos de que se fala hoje - o direito à diferença, à não-discriminação, ao respeito público, por exemplo - envolvem a constituição de um bem coletivo (honra ou imagem pública de certo grupo social). Ora, os bens coletivos precisam ser criados ou aumentados por meio de gastos e programas orçamentários. Por isso o fornecedor dos bens coletivos necessita de recursos materiais e institucionais (recursos de poder) tanto para criá-los quanto para evitar o perigo sempre constante do carona (o *free-rider*, ou predador) que, valendo-se das características do bem público/coletivo, tenta beneficiar-se dele sem pagar a respectiva "conta".

[...]

Por tais características não é de admirar que seja ainda difícil uma discussão mais detalhada dos direitos sociais dentre os trabalhos dos juristas e que saiam do lugar-comum da invocação da "dignidade da pessoa humana", espécie de abracadabra jurídico, de uma sociedade em que a discussão moral - da qual procede o próprio conceito de dignidade humana - não é feita em público.<sup>44</sup>

Concordamos com o autor.

Nossa sociedade é injusta e a cidadania<sup>45</sup> não é garantida a todos.

Lado outro, o magistrado, diante de causas em que se quer ver efetivado um direito social, não deve sempre utilizar-se da dignidade da pessoa humana para deferir, simplesmente, o que é pedido, sem análise da questão coletiva que igualmente se coloca, pois o debate real vai muito além disso; passando pelas políticas públicas - cuja competência para o estabelecimento e escolha dos objetivos não é do Poder Judiciário - e indo, muitas vezes (diríamos mesmo, na maioria delas), até o choque entre o direito fundamental social de um autor de ação e de toda uma coletividade.

<sup>43</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Ob. cit., p. 234 e 235.

<sup>44</sup> *Idem, ibidem*, p. 236/237.

<sup>45</sup> José Murilo de Carvalho coloca que a cidadania tem três dimensões, correspondentes aos direitos civis, políticos e sociais, sendo que, no Brasil, estes últimos vieram antes dos direitos políticos, nos anos 30-45, com a legislação protetiva do trabalho. In: CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. O longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 110/126.

## 5 DEFINIÇÃO DOS CRITÉRIOS

Exatamente por isso a escolha de critérios objetivos em tais situações não é muito fácil. Soluções prontas não existem, como costuma acontecer no choque entre princípios constitucionais.

Porém, os problemas - lides - surgem e, ao magistrado é vedado deixar de decidir alegando dificuldade em se encontrar a solução.<sup>46</sup>

Ana Paula de Barcellos<sup>47</sup> propõe um critério, referindo-se aos mínimos essenciais e sugerindo, em síntese, um mínimo exigível pelos cidadãos do Estado em relação a alguns direitos fundamentais - educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados, acesso à Justiça -, tendo por base a dignidade da pessoa humana estabelecida na norma constitucional.

Sérgio Fernando Moro<sup>48</sup> afirma que o artigo 6º da Constituição Federal arrola os direitos sociais como fundamentais e acrescenta que nossos problemas principais são a falta de efetivação e de proteção deles.

Questiona como poder-se-ia dar essa efetivação e pondera que há duas opções possíveis: a primeira consistiria em limitar à esfera política as consequências da atribuição a um direito do caráter fundamental, ou seja, nas palavras do autor, somente “o processo político democrático consistiria no mecanismo institucional disponível para garantia do direito fundamental”<sup>49</sup> e a segunda, em atribuir a uma instituição, independentemente de maioria política, o poder de garantir um direito fundamental, como é o caso da jurisdição constitucional.

Acrescenta que a proteção dos direitos de primeira dimensão é mais singela que a proteção aos direitos de segunda dimensão, incluindo-se nos últimos os direitos sociais; os quais dependem de políticas públicas complexas, não sendo solução para o problema uma ordem judicial isolada.

No que tange à atuação judicial em prol dos direitos fundamentais sociais, afirma que há duas perspectivas de atuação judicial relativas aos direitos sociais fundamentais: i) na falta de proteção legislativa aos direitos fundamentais sociais é possível valer-se do Judiciário para tanto (concretização à margem da lei) ou ii) caso as leis já existam, deve o julgador (juiz constitucional) considerar as estruturas relacionadas aos direitos fundamentais e verificar se foram atendidas as exigências constitucionais.

Acrescenta que, na primeira perspectiva, o magistrado pode ter dificuldades, já que necessárias interpretações consistentes, devendo, nesses casos, o princípio da igualdade ser sempre preservado.

---

<sup>46</sup> Artigo 126 do Código de Processo Civil: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

<sup>47</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Ob. cit., p. 277/333, por ela denominado “O mínimo existencial como núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana. Uma proposta de concretização a partir da Constituição de 1988.”

<sup>48</sup> MORO, Sérgio Fernando. O judiciário e os direitos sociais fundamentais. In: *Curso de especialização em direito previdenciário*. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 269/292.

<sup>49</sup> *Idem, ibidem*, p. 277.

Exemplifica: quanto à educação, estabelece a Constituição um nível mínimo, relacionado com o ensino fundamental obrigatório (art. 208, I e § 1º) e esse deve ser o parâmetro do julgador ao efetivar judicialmente um direito social.

Se se trata de saúde, o nível mínimo é mais impreciso no texto da Constituição, devendo o julgador, em tais casos, basear-se em cuidados médicos ordinários, exames preventivos regulares, por exemplo.

Acrescenta, no caso da saúde, que o art. 196 da CF/88 não deve ser interpretado como assegurando um direito absoluto e imediato a satisfazer qualquer necessidade.

Pondera, ainda, que isso vale para todos os direitos fundamentais sociais, concluindo que,

diante de uma demanda na qual se pleiteia a proteção ou a efetivação de um direito fundamental social, a postura correta não é a de reconhecer um direito absoluto e imediato à satisfação da necessidade apresentada, mas a de inquirir se a política pública adotada pelo Legislativo e Executivo em relação àquele direito abrange ou não a satisfação daquela pretensão e, caso negativo, se ela deve ser considerada como incompatível com as exigências constitucionais.<sup>50</sup>

Finaliza no sentido de que a efetivação dos direitos sociais deve ser buscada pela via das ações coletivas e não das individuais, no que estamos de pleno acordo com o autor.

Luís Roberto Barroso, tratando especificamente do direito à saúde, notadamente do fornecimento de medicamentos<sup>51</sup>, parte do texto do artigo 196 da CF e pondera, *in verbis*, “onde resta claro que referido direito será efetivado a partir de políticas públicas e não por decisões judiciais.”

Considera, ainda, que, do ponto de vista federativo, a Constituição atribui competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde concorrentemente à União, aos Estados e aos Municípios: artigos 24, XII e 30, II.

E, tratando dos medicamentos propriamente ditos, considera também que a Portaria n. 3.916/98 do Ministério da Saúde estabelece a Política Nacional de Medicamentos: os diferentes níveis federativos, em colaboração, elaboram listas de medicamentos que serão adquiridos e fornecidos à população.

A partir de tais premissas o autor conclui: as pessoas necessitadas podem postular judicialmente em ações individuais medicamentos constantes de listas elaboradas pelo Poder Público e, nesse caso, o réu será o ente federativo que tiver incluído o medicamento em sua lista.

Cita a decisão da Ministra do STF Ellen Gracie, nos autos de n. SS3073/RN, nesse sentido, considerando inadequado fornecer medicamento que não estava na lista do Programa de Dispensação em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde.

<sup>50</sup> MORO, Sérgio Fernando. Ob. cit., p. 291.

<sup>51</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Ob. cit., p. 231 e seguintes.



Acrescenta que, nas ações coletivas e/ou abstratas de controle de constitucionalidade visando à modificação de listas, será possível discutir a inclusão de novos medicamentos; tal discussão deve ser precedida de análise técnica e o Judiciário só deverá determinar que a Administração forneça medicamentos de eficácia comprovada, de preferência feitos com substâncias disponíveis no Brasil, optando pelos genéricos (de menor custo).

Nesse sentido, Gregório Assagra de Almeida<sup>52</sup> afirma que, apesar das resistências existentes,

o melhor entendimento sustenta que é possível a implementação de políticas públicas via ação civil pública, desde que se trate de políticas públicas específicas, socialmente necessárias e constitucionalmente exigidas (art. 129, III, c/c o art. 5º da LACP).

Sustenta o autor supra que ao Ministério Público incumbe zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionalmente assegurados, a teor do disposto no inciso II do artigo 129 da Constituição Federal de 1988.

E, em relação à reserva do possível, teoria trazida do sistema alemão, a qual, segundo ele pode ser argumentada em duas dimensões, a saber, falta de recursos e/ou necessidade de prévia dotação orçamentária, acrescenta, *in verbis*:

Não concordamos com a exigência de reserva do possível nessa dimensão jurídica pertinente à alegação orçamentária como condição para a implementação de políticas públicas específicas via Poder Judiciário. Não há na Constituição brasileira fundamento jurídico que impeça a efetivação dos direitos sociais fundamentais com base simplesmente na falta de previsão orçamentária. Ademais, a situação do Brasil, em que a exclusão social é grave, não admite qualquer transferência mecânica de concepção teórica predominante na Alemanha ou e qualquer outro país denominado “Primeiro-Mundo”.

## 6 CONCLUSÃO

Entendemos que concluir de forma definitiva como deve agir o magistrado diante de ações em que o autor postula que seja garantido, na prática, um direito fundamental social assegurado constitucionalmente chega a ser temerário (sem falar que é, praticamente, impossível...).

Por um lado, a jurisdição é um poder-dever do qual o Estado detém o monopólio<sup>53</sup> e a Norma Constitucional assegura a todos (artigo 6º da CF/88, já citado) os direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à infância e à assistência.

<sup>52</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 58/64.

<sup>53</sup> Artigo 126 do Código de Processo Civil: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

Lado outro, quando se trata de interpretar a Constituição e estabelecer o que seria justo diante de um pedido dessa natureza, ou seja, o que asseguraria a dignidade da pessoa humana, o julgador se depara com outros princípios constitucionais, igualmente erigidos à condição de objetivos do Estado, por força dos incisos I e III do artigo 3º da CF/88, a saber, construir uma sociedade livre, justa e solidária, e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Assim, correndo o risco de sermos óbvios, mas evitando conclusões precipitadas, entendemos que cada caso concreto é único e, como tal, deve ser enfrentado pelo magistrado.

Tendemos a concordar com Luís Roberto Barroso, no sentido de que se deve dar preferência às ações coletivas<sup>54</sup>, nas quais os legitimados ativos poderão discutir, efetivamente, a existência ou não de políticas públicas.

Contudo, afirmar que nas ações individuais o magistrado deverá sempre decidir pela improcedência, a fim de privilegiar políticas públicas (em detrimento de beneficiar poucos), seria extremamente duvidoso.

Essas questões não deixarão de surgir e o importante é discutirmos o tema, academicamente, a fim de solidificarmos as bases para futuras decisões, sem nos olvidarmos de que o papel do Direito, mormente do Direito Constitucional, é acompanhar a evolução da sociedade e fornecer subsídios para transformar - para melhor - a vida das pessoas, o que passa por distribuição de renda e efetividade de direitos fundamentais.

Nesse sentido, JOHN RAWLS<sup>55</sup>:

A justiça de um esquema social depende essencialmente de como se atribuem direitos e deveres fundamentais e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedade.

---

<sup>54</sup> O processo coletivo - que se difundiu após a Constituição Federal de 1988, sendo de se destacar a ação civil pública (Lei n. 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) - tem paradigma diferente: por mais importante que seja o acesso ao Poder Judiciário, ele, por si só, não é suficiente, pois também deve ser pleno e só o será se as demandas chegarem a uma solução definitiva, num prazo razoável. De nada adianta poder livremente ajuizar uma ação se dezenas de recursos, prazos, preclusões e outros tantos institutos processuais favorecerem a procrastinação da mesma por anos a fio. A ação popular regulamentada pela Lei n. 4.717 de 29 de junho de 1965 já garantia a qualquer cidadão o direito de pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público. Também havia a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que tratava da ação civil pública. Contudo o uso de tal instrumento tornou-se mais difundido após 1988, não só em razão da referida Constituição da República veicular normas-princípio e normas-regra voltadas para efetivação dos direitos, mas em face das prerrogativas conferidas ao Ministério Público (artigos 127 e 129 da CF/88), que vem utilizando intensamente a referida ação.

Além dos sindicatos mencionados pelo Texto Constitucional, em seu artigo 8º, III, o Ministério Público também possui legitimidade para defender em juízo direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, por força dos artigos 127 e 129 da CF/88.

<sup>55</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

## 7 REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais - o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *In: Constituição e efetividade constitucional*. LEITE, George Salomão e LEITE, Glauco Salomão (coord.), Salvador: Editora Podium, 2008, p. 221/249.
- \_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *In: Revista de Direito Processual Geral* (54). Rio de Janeiro, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Malheiros Editores, 1999.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Método, 2006.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito e filosofia política. A justiça é possível*. São Paulo: Editora Atlas, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Lições de sociologia do direito*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2003.
- MORO, Sérgio Fernando. O judiciário e os direitos sociais fundamentais. *In: Curso de especialização em direito previdenciário*. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 269/292.
- PASQUINO, Gianfranco. Revolução. *In: Dicionário de política*. BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco, Brasília: LGE Editora, Editora UnB, 2004.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Que formação para os magistrados nos dias de hoje? *In: Revista do Ministério Público*, 3º trimestre de 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos sociais. *In: Dicionário brasileiro de direito constitucional*. Coord. geral DIMOULIS, Dimitri, São Paulo: Editora Saraiva, Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais - IBEC, 2007, p. 132/133.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2000.