



# Direito e Humanidades

ENDRIGO RODRIGUES DE SÁ

Graduado em Direito pelo Centro Universitário Moura Lacerda (CUMI) e em Ciências da Informação e Documentação pela Universidade de São Paulo (USP).

## A SUPERAÇÃO DOS OBSTÁCULOS ECONÔMICOS E POLÍTICOS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O presente estudo analisa a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais sociais, os quais podem ser resumidos em dois grandes grupos: os que dependem de prévia concretização ou conformação legislativa dos preceitos constitucionais, denominados de normas programáticas, ou seja, a eficácia jurídica, e os que estão sujeitos à insuficiência de recursos para sua efetivação, a denominada teoria da Reserva do Possível, que guarda relação com a eficácia social ou efetividade dos direitos sociais. Quanto à eficácia jurídica, as normas que preveem direitos sociais prestacionais não podem ser vistas como regra, ou seja, “tudo ou nada”, sendo mais bem alocadas como princípio, que determina a realização do direito no seu máximo, contudo, condicionado às possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. No que tange à eficácia social, a maioria dos direitos previstos na Constituição já foram objeto de conformação, podendo-se afirmar a existência de direitos subjetivos a prestações sociais, na medida e nos moldes do ato legislativo. Embora haja o reconhecimento da Reserva do Possível como um obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais sociais, este não se configura intransponível, devendo a Reserva ser alegada e provada pelo Estado, e criteriosamente analisada pelo magistrado no caso concreto, devendo ser afastada quando se tratar do Mínimo Existencial, o direito fundamental a condições mínimas para uma vida digna. Quando houver conformação ou concretização da norma proclamadora de direitos a prestações sociais pelo Legislador, o Judiciário pode ir além do Mínimo Existencial, em não havendo àquela, o Judiciário pode, de ofício, via ativismo judicial, garantir o Mínimo Existencial, sob pena do completo esvaziamento dos direitos sociais. Conclui-se, assim, a partir da visão Neoconstitucionalista, ser possível maior efetivação dos direitos fundamentais sociais, a despeito dos argumentos que lhe são contrários, muitas vezes a efetivação não ocorre por falta de vontade política, o que passa pela questão da distribuição de renda. Por fim, a participação popular, por meio de manifestações pacíficas, e participação no orçamento público, é uma das formas mais importantes para a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

**Palavras-chave:** Direitos sociais. Eficácia jurídica. Eficácia social. Reserva do possível E Mínimo existencial.

This study examines the efficiency and effectiveness of fundamental social rights, which can be summarized into two major groups: those that depend on prior achievement or legislative conformation of constitutional precepts, called programmatic standards, ie, the legal effectiveness, and that are subject to insufficient resources for its implementation, the call reservations as possible that is related to the social efficacy or effectiveness of social rights. The legal effectiveness, the rules predict social rights, cannot be seen as a rule, ie, “all or nothing” and are best allocated as principles that determines the realization of the right to its fullest, however conditioned by the possibilities the factual and legal case. Regarding social effectiveness, most of the rights under the Constitution have been the subject of conformation, we can state the existence of the subjective benefits to the extent and in the manner of rights legislative act. Although there is recognition of the Reserve as a possible obstacle to the enforcement of fundamental social rights, she does not qualify insurmountable and must be alleged and proved by the State, and carefully examined by the magistrate in this case should be dismissed in the case of the Minimum Existential the fundamental right to minimum conditions for a dignified life. When there conformation or implementation of standard herald rights to social benefits by the legislator, the judiciary can go beyond the minimum Existential, in the absence of those courts may, ex officio, via judicial activism, Existential Minimum guarantee, under penalty of complete emptying social rights. Thus, it is concluded from the view Neoconstitucionalista be possible greater enforcement of fundamental social rights, despite arguments that are against him. Often the realization does not occur due to lack of political will, which involves the issue of income distribution. Finally, popular participation through peaceful demonstrations and public participation in the budget, is one of the most important ways to seek enforcement of fundamental social rights.

**Keywords:** Social, legal efficacy. Social efficacy or Effectiveness of social rights. Reserve of possible and Existential minimum.

## INTRODUÇÃO

A nossa Constituição Federal de 1988 traz em seus artigos 1º e 3º os fundamentos e os objetivos da República Federativa do Brasil:

No artigo 6º estão previstos os direitos sociais:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010).

Tendo em vista essas previsões constitucionais, o objetivo principal deste artigo foi o estudo da eficácia e da efetividade dos direitos fundamentais sociais.

### Noções Gerais de Direitos Fundamentais

Na doutrina não há consenso quanto à terminologia dos direitos fundamentais, porém, a própria Constituição Federal de 1988 em seu Título II refere-se “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Além disso, a maioria dos autores adota essa posição, razão pela qual foi esta a nomenclatura utilizada no presente estudo. Nesse sentido, (SARLET, 2012, p. 28)

[...] o uso da expressão “direitos fundamentais”, de utilização relativamente recente, cumpre lembrar que o nosso constituinte se inspirou principalmente na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição portuguesa de 1976, rompendo, de tal sorte, com toda uma tradição em nosso direito constitucional positivo.

Sem maiores aprofundamentos, pode-se dizer que os direitos do homem, na acepção jusnaturalista, representam um rol de direitos naturais, atemporais, universais e eternos. Segundo Norberto Bobbio, os direitos naturais são na verdade direitos históricos.

Os direitos fundamentais estão positivados na Constituição do Estado compreendendo (declarações) e garantias (instrumentos de proteção) que incidirão em determinado tempo e espaço.

Os direitos humanos são reconhecidos ao ser humano como tal, independentemente de sua vincula-

ção com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2012, p. 29).

Assim sendo, tanto por meio dos direitos fundamentais quanto por meio dos direitos humanos são reconhecidos pelo direito positivo uma série de direitos naturais do homem, segundo esferas distintas de positivação. Os direitos fundamentais e os direitos humanos relacionam-se em um processo de aproximação e harmonização, surgindo como alguns autores apontam um direito constitucional internacional.

Os direitos fundamentais se apoiam em dois princípios: a Dignidade Humana e o Estado de Direito. Os direitos fundamentais brotam da dignidade humana, este princípio apesar do conceito aberto, assegura a todos, pelo simples fato de serem humanos, alguns direitos básicos, justamente os direitos fundamentais.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o pilar do ordenamento jurídico global, o qual teve como marco histórico o fim da Segunda Guerra Mundial, o que se comprova pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, cujo principal escopo foi o de romper com as barbáries cometidas durante aquele período.

Já o Estado de Direito, em síntese, tem como conceito o Estado com poderes limitados, ou seja, o Estado conformado por normas jurídicas, as quais os governantes devem obedecer já que não estão acima delas, mas sim abaixo. Ademais, representam a vontade geral do povo. Seus poderes são limitados e divididos, conforme a ideia de Monstequieu, em oposição ao Estado Absolutista, em que o soberano detinha poderes ilimitados. Segundo Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 265),

O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivar as normas asseguradoras dessas pretensões. Correm paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem.

Os direitos fundamentais, embasados na Dignidade Humana e no Estado de Direito, são os direitos básicos de qualquer ser humano, independentemente, de qualquer requisito, que protegem o núcleo intangível da existência humana.

O surgimento dos direitos fundamentais está intimamente relacionado ao constitucionalismo, o qual desde sua origem procurou impor limites ao poder dos governantes, respeitando os direitos dos governados.

Alguns doutrinadores costumam diferenciar o constitucionalismo antigo do moderno. No primeiro a Constituição não era escrita, ela objetivava limitar alguns órgãos do poder estatal (Executivo e Judiciário), com reconhecimento de certos direitos fundamentais, inexistindo sanção ao príncipe que desrespeitasse os direitos de seus súditos. Já o constitucionalismo moderno traz à ideia de Constituição escrita, devendo ela ser rígida, trazendo como características marcantes a organização do Estado e a limitação do poder estatal, por meio de uma declaração de direitos e garantias fundamentais. (CUNHA JUNIOR, 2013, p. 35)

## Gerações ou Dimensões dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são classificados em “gerações de direitos”, mas, a doutrina mais moderna prefere o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, uma vez que uma nova “dimensão” não abandonaria a “dimensão” anterior, tratando-se de um processo de acumulação de direitos. (LENZA, 2012)

Os direitos fundamentais da 1ª dimensão estão relacionados à mudança de um Estado autoritário, Absolutista, para o Estado de Direito. O Estado passou a ser garantidor das liberdades, devendo restringir-se à manutenção da ordem pública. É a doutrina do *laissez-faire*, que consistia em conferir ampla liberdade à iniciativa privada no domínio econômico. (DUARTE, 2011, p. 25)

Alguns acontecimentos nos séculos XVII e XVIII marcaram os direitos fundamentais da 1ª dimensão, tais como:

- Paz de Westfália (1648);
- *Habeas Corpus Act* (1679);
- *Bill of Rights* (1688);

- Declarações, seja a americana (1776), seja a francesa (1789).

Nesse contexto histórico, o Estado Liberal, de cunho burguês, traz como valor central a liberdade. São direitos negativos, de abstenção, de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado na liberdade pessoal e propriedade (função defensiva dos direitos fundamentais). Exemplos: direito à vida, direitos de liberdade, a igualdade perante a lei, direito de propriedade, direito à personalidade, os direitos políticos e as proteções da intimidade e privacidade etc.

Os direitos fundamentais da 2ª dimensão têm como contexto histórico a Revolução industrial, ocorrida no século XIX, no Reino Unido, num momento de péssimas condições de vida e trabalho.

O resultado dessas mazelas sociais foram alguns movimentos populares como: o Cartismo, nascido na Inglaterra, nas primeiras décadas do século XIX, que exigia a redução das jornadas e a melhoria das condições de trabalho e a Comuna de Paris, de 1848, movimento social dos operários parisienses que culminou com a separação entre Estado e Igreja, a reabertura de fábricas, o fim do trabalho noturno nas padarias, dentre outros.

Alguns acontecimentos no século XIX e XX marcaram os direitos fundamentais da 2ª dimensão, tais como:

- Manifesto Comunista, 1848;
- Constituição do México, de 1917;
- Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha, conhecida como a Constituição da Primeira República Alemã;
- Tratado de Versalhes, 1919 (OIT).

No Estado Social de Direito, com ênfase no proletariado, são considerados direitos prestacionais, direitos positivos, caracterizados pela obrigação de fazer do Estado, centrados no valor da igualdade material (direitos à libertação da opressão social e da necessidade).

“[...] as doutrinas sociais – sensíveis à desigualdade material verificada entre os homens, derivada da má distribuição das riquezas produzidas pelo individualismo liberal – começaram a desenhar-se. Ao mesmo tempo em que elas se empenhavam em ações afirmativas de direitos sociais e econô-

micos, notadamente a realização de prestações sociais (DUARTE, 2011, p. 28).

São direitos da 2ª dimensão, os direitos sociais, tais como: direitos trabalhistas, educação, saúde, moradia, lazer, cultura, previdência, assistência social, culturais e econômicos, entre outros. Também as liberdades sociais, a exemplo da liberdade sindical, a de fazer greve e outras conferidas aos trabalhadores.

Os direitos fundamentais da 3ª dimensão se desenvolvem numa sociedade capitalista, globalizada, com intenso desenvolvimento científico e tecnológico, que geram mudanças nas relações econômico-sociais.

Os direitos passam a ser transindividuais, ou seja, transcendem os interesses do indivíduo, passando a tutelar o gênero humano, com alta carga de humanismo e universalismo.

São assim denominados direitos dos povos, da nação, até a própria humanidade titularidade coletiva ou difusa, centrados no valor da solidariedade ou fraternidade. Exemplos: direito à paz, autodeterminação dos povos, direito ao desenvolvimento, direitos do consumidor, direito ao meio ambiente equilibrado, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, direito de comunicação etc.

A maioria dos direitos fundamentais de terceira dimensão, ainda, não logrou positividade constitucional. Porém, eles estão a experimentar um momento de afirmação na esfera internacional, do que são exemplos: a Convenção sobre a Diversidade Biológica de 1992, o Protocolo de Kioto de 1998, sobre a emissão de gases poluentes de 1998, assim como a Carta de Paris para uma nova Europa de 1990 (DUARTE, 2011, p. 32).

Para alguns doutrinadores, como Noberto Bobbio, Paulo Bonavides e Karel Vasak, haveria direitos de 4ª e 5ª dimensões, tais como direito à democracia, direito à informação, direito ao pluralismo, dentre outros, frutos da globalização política, que levaria a uma globalização dos direitos fundamentais,

Porém, não se constituiriam novos direitos, mas, novos conteúdos ou funções de direitos já tradicionalmente reconhecidos. Assim, todas as reivindicações no âmbito dos direitos fundamentais, no limite, estão relacionadas aos perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade, solidariedade, que, por sua vez, baseiam-se, todos, no princípio maior da dignidade da pessoa humana (DUARTE, 2011, p. 35).

Portanto, esses direitos de 4ª e 5ª dimensões podem perfeitamente serem alocados nas três dimensões já existentes.

## Conceito, Características e Funções dos Direitos Fundamentais

Não é tarefa fácil conceituar os direitos fundamentais, havendo divergências na doutrina, que os definem de diferentes pontos de vista, do objetivo ao subjetivo, de concepções filosóficas, aos assentes na Constituição, formal ou material.

De qualquer forma, ao que parece, a base e o ponto comum da maioria das conceituações residem na ideia de que os direitos fundamentais são, em essência, decorrentes de reivindicações concretas, ocasionadas por ações (e também omissões) gravemente injustas e/ou lesivas aos bens jurídicos mais essenciais (ou fundamentais da humanidade). (DUARTE, 2011, p. 47).

No entanto, a forma preferida pela doutrina para conceituar os direitos fundamentais é por meio da análise de sua fundamentalidade.

A fundamentalidade formal está relacionada ao direito constitucional positivo, escrito, à constitucionalização. Já a fundamentalidade material, por sua substância, conteúdo, e importância, está atrelada às estruturas básicas do Estado e da sociedade. Ela serve de apoio para “abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados”. A fonte do conceito material dos direitos fundamentais é a dignidade humana (DUARTE, 2011, p. 49).

Os direitos fundamentais constantes do Título II da CF 1988, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, são conhecidos como catálogo. Porém, há outros direitos fundamentais que estão fora do catálogo, dispersos pelo texto constitucional. Exemplos: o direito de igual acesso aos cargos públicos (artigo 37, inciso I) e os direitos de associação sindical e de greve dos servidores públicos (artigo 37, VI e VII), todos da CF 1988 (DUARTE, 2011, p. 60). Algumas características dos direitos fundamentais são:

- **Historicidade:** caráter histórico, nascedouro com o Cristianismo, perpassando diversas revoluções até chegar aos dias atuais;

- **Universalidade:** se destinam a todos os seres humanos indiscriminadamente;
- **Limitabilidade:** os direitos fundamentais não são absolutos (relatividade), não sendo raros no caso concreto, confronto, conflito de interesses. A solução está prevista na própria Constituição (ex. direito de propriedade versus desapropriação), caberá ao intérprete, magistrado, no caso concreto decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com sua mínima restrição;
- **Concorrência:** podem ser exercidos cumulativamente, como por exemplo, o jornalista transmite uma notícia (direito de informação) e, juntamente, emite uma opinião (direito de opinião);
- **Irrenunciabilidade:** pode ocorrer o seu não exercício, mas jamais a sua renunciabilidade (LENZA, 2012, p. 962).

Existem também as seguintes características, José Afonso da Silva (2000, p. 185):

- **Inalienabilidade:** não são disponíveis, e, portanto, não se pode aliená-los, haja vista que não têm conteúdo econômico-patrimonial;
- **Imprescritibilidade:** a prescrição atinge somente a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a dos direitos personalíssimos, assim, eles são sempre exigíveis.

Quanto às funções, a mais tradicional é o da defesa, no plano jurídico-objetivo, competência negativa para os poderes públicos, vedando a intervenção do Estado na autonomia individual, e no plano jurídico-subjetivo, o exercício das “liberdades positivas”, bem como reclamar faltas ou omissões estatais.

Além dessas duas clássicas funções, há a chamada multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que nada mais é do que uma derivação dos quatro status de George Jellinek, do final do século XIX.

A teoria dos quatro status de Jellinek, elaborada no final do século XIX, ainda se mostra muito atual, são eles: 1) passivo ou *status subjectionis* - o indivíduo está subordinado ou submetido aos poderes do Estado; 2) o negativo ou *status libertati* - liberdades individuais, ações dos súditos juridicamente irrelevantes para o Estado, como, por exemplo, a publi-

cação de um livro; 3) o positivo ou *status citatis* – o Estado reconhece ao indivíduo a capacidade jurídica para reclamar do poder estatal, para utilizar as instituições estatais, outorgando ao indivíduo prestações positivas. 4) status ativo ou da cidadania ativa outorga ao indivíduo capacidades que estão fora de sua liberdade natural, por exemplo, o direito de sufrágio.

SARLET defende o modelo de ALEXY, que separa os direitos a prestações (em sentido amplo) em direitos à proteção, direitos de organização e procedimento, e direitos a prestações em sentido estrito ou (direitos fundamentais sociais). São justamente os direitos a prestações em sentido estrito, os direitos fundamentais sociais, que nos interessou no presente estudo (DUARTE, 2011, p. 85).

Os direitos fundamentais sociais têm por objetivo a efetivação da igualdade em uma acepção material, devendo assegurar a igualdade de oportunidades. A efetivação dos direitos fundamentais sociais enseja a realização de pelo menos certos direitos e liberdades. Por exemplo, assegurando-se o ensino básico universal, gratuito e obrigatório, garantindo-se a todas as pessoas que possam desfrutar da liberdade de aprender, bem como da liberdade de criação cultural.

A diferença entre direitos sociais e políticas públicas (sociais) pode ser assim resumida: enquanto os primeiros são normas abertas, de pouca densidade normativa, as quais podem ser conformadas pelo legislador ordinário, e efetivada pelo administrador de diversas formas; as segundas, por sua vez, por importarem decisões (ou escolhas) políticas, não podem em regra, ser levada a cabo (ou revistas) pelo Judiciário, a não ser excepcionalmente, quando em causa o próprio núcleo essencial ou conteúdo mínimo do direito social, com o qual se relaciona. (DUARTE, 2011, p. 106).

## A Força Normativa da Constituição, o Neoconstitucionalismo

Com o fim da Segunda Grande Guerra Mundial houve uma crise do direito positivo, da teoria pura *kelseniana*, havendo a reaproximação entre Direito e Ética, Direito e Moral, Direito e Justiça e demais valores substantivos.

Numa análise fria, o Estado Legislativo de Direito, representado pelo Nazi-Fascismo, foi o responsável por atrocidades genocidas, tudo amparado pela lei, o

que lhe configurava num Estado de Direito (LAZARI, 2012, p. 22).

Nessa perspectiva, a Lei e o Princípio da Legalidade foram as únicas fontes de legitimação do Direito, na medida em que uma norma jurídica era considerada válida não por ser justa, mas, exclusivamente por haver sido posta por uma autoridade de competência normativa (CUNHA JUNIOR, 2013, p. 38).

Dessa forma, houve a necessidade de se pensar numa alternativa ao direito positivo. Surgiu, então, o Neoconstitucionalismo:

“O neoconstitucionalismo representa o constitucionalismo atual, contemporâneo, que emergiu como uma reação às atrocidades cometidas na segunda guerra mundial, e tem ensejado um conjunto de transformações responsável pela definição de um novo direito constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana. O neoconstitucionalismo destaca-se, nesse contexto, como uma nova teoria jurídica a justificar a mudança de paradigma, de Estado Legislativo de Direito, para Estado Constitucional de Direito, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a periferia do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o centro de todo o sistema, em face do reconhecimento da força normativa da Constituição, com eficácia jurídica vinculante e obrigatória, dotada de supremacia material e intensa carga valorativa (CUNHA JUNIOR, 2013, p. 39).

Há três marcos fundamentais para o direito constitucional nas últimas décadas: o histórico, o teórico e o filosófico (BARROSO, 2013, p. 190).

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. Contra o Estado legalista, sobre o qual se erigiu o Estado nazista, surgiu uma nova perspectiva sobre o constitucionalismo, denominado de Neoconstitucionalismo, ou Constitucionalismo pós-moderno ou Pós-positivismo.

O constitucionalismo aliado à democracia produziu uma nova forma de organização política, denominado Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito ou Estado constitucional democrático.

O Brasil se inseriu nesse contexto mais tardiamente, com o processo de redemocratização, a partir da

Constituição Federal de 1988, assim como da elaboração de leis protetoras de sujeitos historicamente desprotegidos, tais como o Estatuto da criança e do adolescente, o Estatuto do idoso e a Lei conhecida como “Maria da Penha”. Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da “desimportância” ao apogeu em menos de uma geração (BARROSO, 2013, p. 191).

No âmbito filosófico o Neoconstitucionalismo se caracteriza pelo pós-positivismo, o qual busca ir além da legalidade estrita, não desprezando o direito posto.

“O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo. (...) O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito (BARROSO, 2013, p. 192).

Portanto, o Direito não é somente a lei, a subsunção do fato à norma, numa fórmula matemática que em que o resultado será exato, conforme defendido pelo positivismo. O Direito vai além da norma, ele precisa estar ancorado na ética e na busca do justo, o que traz a inevitável aproximação entre Direito e Ética.

No plano teórico, houve três grandes transformações: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitu-

cional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. (BARROSO, 2013, p. 193). Quanto à força normativa da Constituição

“Uma das grandes mudanças de paradigma ocorrida ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição (BARROSO, 2013, p. 193).

Com o reconhecimento da força normativa da Constituição, as suas disposições são de caráter vinculativo e obrigatório. Assim, as normas constitucionais são imperativas, atributo de norma jurídica, e no caso de descumprimento poderá ensejar mecanismos de cumprimento forçado.

A doutrina brasileira da efetividade procurou tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa. No plano jurídico foi atribuída normatividade plena à Constituição, fonte de direitos e obrigações, independentemente da intermediação do legislador. Do ponto de vista científico ou dogmático, foi reconhecido ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo. No aspecto institucional, o Poder Judiciário ganhou ascensão, tendo papel destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais.

“Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles, como regra, direta ou imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter atuação decisiva na realização da Constituição. A doutrina da efetividade serviu-se, como se registrou acima, de uma metodologia positivista: direito constitucional é norma; e de um critério formal para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido. Nos dias que correm, tornou necessária a sua convivência com

novas fórmulas doutrinárias de base, pós-positivista, como a teoria dos princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e o mínimo existencial (BARROSO, 2013, p. 29).

Até a Segunda Guerra Mundial vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, amparado na doutrina inglesa de soberania do Parlamento, e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral.

A partir da década de 1940, houve a expansão da jurisdição constitucional, baseado num novo modelo, inspirado na experiência estadunidense: o da supremacia da Constituição, ou seja, a constitucionalização dos direitos fundamentais, os quais ficavam protegidos do processo político majoritário, e o tutor passava a ser o Judiciário (BARROSO, 2013, p. 195).

No Brasil, apesar de haver o controle de constitucionalidade desde a primeira Constituição Republicana de 1891, a jurisdição constitucional se expandiu com a Constituição de 1988. O Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade de (I) em ações de sua competência originária (art. 102, I, da CF) (II) por via de recursos extraordinários (art. 102, III, da CF) e (III) em processos objetivos, nas ações diretas (BARROSO, 2013, p. 196).

Os elementos tradicionais de interpretação do Direito, tais como: gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico e os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos, o hierárquico, temporal e o especial continua a dar conta da maioria das questões jurídicas.

No entanto, em alguns casos, esses elementos não atendiam à vontade da Constituição, razão pela qual a doutrina e a jurisprudência se encarregaram de criar elenco próprio de princípios, tais como: o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade (BARROSO, 2013, p. 197).

A interpretação jurídica tradicional está fundada no papel da norma, a qual cabe oferecer no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos e no papel do juiz, ao qual cabe identificar, no ordenamento jurídico, a normal aplicável ao problema a ser resolvido. Trata-se da subsunção do fato à norma.

Contudo, nem sempre a solução do problema se encontra no relato abstrato do texto normativo, assim, o papel do juiz é o de coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho

do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Portanto, nesse novo cenário ganha importância o papel do juiz ao interpretar a norma, o qual deve se fundamentar sempre que possível na Constituição, que prevê que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado democrático de direito, e tem como um de seus fundamentos a dignidade humana, que está a informar e fundamentar todo o ordenamento jurídico na concepção do Neoconstitucionalismo.

As principais características do Neoconstitucionalismo são: A Constituição é o centro de todo o sistema, norma jurídica, imperatividade e superioridade, a agregação de normatividade aos princípios, carga valorativa, axiológica, cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados passíveis de concretização singularizada pelo julgador, valoração da dignidade da pessoa humana, a vinculação vertical e horizontal dos direitos fundamentais, eficácia irradiante em relação aos Poderes, e mesmo aos particulares, concretização dos valores constitucionalizados e garantia de condições dignas mínimas e a promoção da judicialização da política.

## DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E OS OBSTÁCULOS A SUA EFETIVAÇÃO

### Eficácia Jurídica e Eficácia Social

A eficácia jurídica significa a possibilidade de a norma desde o princípio produzir seus efeitos jurídicos, em razão do seu enunciado, já dispor de forma suficiente, sobre as situações e comportamentos nela dispostos.

Assim, a eficácia jurídica trabalha com a exigibilidade ou executoriedade da norma, ou seja, na possibilidade jurídica da aplicação da norma, de esta produzir efeitos na ordem jurídica.

A eficácia social, por sua vez, é a efetivação ou realização da norma no mundo dos fatos, ou seja, a efetividade da norma.

As duas facetas (jurídica e social) da eficácia, todavia, não representam categorias estanques; antes, guardam uma estreita relação entre si. A eficácia jurídica situa-se, por assim dizer na antessala da eficácia social, já que, em princípio, não há como falar em

efetivar aquilo que sequer é aplicável juridicamente. Donde a afirmação de a eficácia social depende da eficácia jurídica (DUARTE, 2011, p. 122).

Portanto, não há como falar de eficácia social, sem abordar a questão da eficácia jurídica, ante a íntima relação existente entre elas, e porque não dizer dependência.

A eficácia jurídica trata da necessidade ou não de prévia conformação legislativa das normas que consagram direitos sociais, tendo em vista a (in)suficiente densidade normativa de tais direitos. Discute-se nessa seara a (in)aplicabilidade direta ou imediata dos direitos a prestações sociais, e por consequência, o seu reconhecimento como direitos subjetivos ou não, e, por conseguinte, a sua justiciabilidade.

Isso, porque, predomina o entendimento, que o Judiciário ao deferir um direito subjetivo diretamente da Constituição, estaria a tomar decisões políticas, ferindo a Separação dos Poderes (funções).

A insuficiência de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais sociais traz em pauta a teoria conhecida como o da Reserva do Possível.

De forma geral, a eficácia jurídica e a insuficiência de recursos, são os dois principais argumentos levantados contra a efetivação dos direitos fundamentais sociais, pretende-se no presente estudo, ao menos em parte, afastá-los, na busca de maior efetividade dos direitos sociais.

A eficácia jurídica ou aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais não tem tanta importância, se considerado o cenário brasileiro, uma vez que quase todas as normas proclamadoras de direitos fundamentais sociais já foram concretizadas ou conformadas, suficientemente ou não, pelo legislador ordinário, não sendo necessária a aplicação direta de preceitos constitucionais de cunho social, salvo na hipótese da intervenção legislativa densificadora mostrar-se insuficiente (DUARTE, 2011, p. 124).

O entendimento predominante na doutrina e na jurisprudência é que cabe ao Legislativo especificar o conteúdo, delimitar o contorno da prestação, e identificar a quem se destina determinado direito social, não podendo o Judiciário identificá-lo e especificá-lo, por intermédio da interpretação das normas constitucionais, e assim torná-los plenamente eficazes. As decisões técnicas e nomeadamente políticas acerca da utilização de recursos escassos estão confiadas ao Legislativo.

Segundo esse entendimento, o Judiciário ao interpretar determinado direito social direto da Constitui-

ção, estaria se imiscuindo na função do Poder Legislativo, o que caracterizaria ofensa à independência dos Poderes. Assim, somente em situações excepcionais, poderia ser extraído diretamente do texto constitucional um direito a certa prestação de cunho social, em situações para preservar o próprio núcleo essencial ou do conteúdo mínimo da norma relativa a um determinado direito fundamental social.

Apesar da competência do Legislativo para especificar e delimitar os direitos sociais, importante ressaltar que há doutrina que defende que todas as normas constitucionais que preveem direitos fundamentais são dotadas de eficácia, e são autoaplicáveis, nesse sentido:

“Independentemente – ainda – da discussão em torno da possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos a prestações com base em normas de cunho eminentemente programático (para nos mantermos fiéis à terminologia adotada), importa ressaltar mais uma vez que todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa. (...) Todas as normas de direitos fundamentais são direta (imediatamente) aplicáveis na medida de sua eficácia, o que não impede que se possa falar de uma dimensão “programática” dos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 294).

Portanto, pode-se concluir que todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia, mesmo as de cunho programático, uma vez que impõem aos órgãos estatais, de modo especial ao legislador, “imposições legiferantes”, a tarefa de concretizar e realizar os programas, fins, tarefas e ordens nelas contidas.

## Espécies de direitos fundamentais sociais

A Constituição Federal de 1988 traz no artigo 6º os direitos fundamentais sociais, são eles: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância e a assistência aos desamparados.

Esses direitos são desenvolvidos posteriormente na Constituição, nos (artigos 7º a 11) direitos dos traba-

lhadores urbanos e rurais e os de liberdade sindical, (artigos 194 e 195) seguridade social, (artigos 201 a 202) previdência social, (artigos 196 a 200) saúde, (artigos 205 a 217) educação, cultura e desporto.

O artigo 6º não é taxativo, sendo meramente exemplificativo, pode-se citar o direito ao transporte público, sem dúvida um direito fundamental social, que está previsto no artigo 7º, inciso IV<sup>1</sup> da Constituição.

A seguir serão abordados alguns conceitos dos direitos sociais previstos no artigo 6º e dispersos pela Constituição Federal, contudo, sem pretender esgotá-los, mas, apenas para trazer alguns comentários importantes para o estudo, procurando fazê-los dentro da teoria do Mínimo Existencial, que ainda será objeto de análise.

## Direito à Educação

O direito à educação está previsto no artigo 6º e nos artigos 205 a 214 da CF. Dentre esses artigos qualificam-se como direito fundamental, além do artigo 6º, os artigos (205 a 208). Já os artigos (209 a 214) referem-se aos aspectos procedimentais e organizacionais. (PINHEIRO, 2008, p. 163)

O artigo 205 afirma que “a educação é um direito de todos e dever do Estado e da família, e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para trabalho”.

Nesse sentido, verifica-se que o direito geral à educação abrange uma série de direitos, dos quais o direito à instrução (no sentido de um direito a que o Estado preste ensino, colocando à disposição do titular do direito: escolas, material didático e professores) é apenas um entre outros direitos. Entende-se que referido dispositivo é de norma programática,

O artigo 208 prevê que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante: inciso “I educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria”. O inciso IV do mes-

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

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;

mo artigo, diz que a "educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade". Os parágrafos 1º e 2º do artigo 208 afirmam de forma categórica que "o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, e o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente".

Há o entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência de que o ensino fundamental obrigatório e gratuito, como no caso da educação infantil em creche e pré-escolas às crianças até cinco anos, consiste em direito público subjetivo, havendo decisões do

STF nesse sentido, conforme no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337/SP, Rel. Min. Celso De Mello<sup>2</sup>.

Portanto, o STF tem admitido a intervenção concretizadora do Poder Judiciário nos casos de omissão do Estado na implementação de políticas públicas, em especial o direito à educação infantil, previsto na Constituição, entendendo neste caso não haver transgressão ao postulado da Separação dos Poderes, pois o que se protege é o direito fundamental à educação.

### Direito à Saúde

O direito à saúde está previsto nos artigos 6º e (196 a 200) da Constituição Federal. Não há dúvidas, de que o direito fundamental à saúde é o que levanta as maiores discussões e polêmicas, haja vista sua identificação com o direito fundamental à vida (artigo 5º, caput, da CF) e a dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2012, p. 326)

O artigo 196 traz "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Uma das dificuldades para o reconhecimento de um direito subjetivo individual a prestação na área da saúde é a forma aberta pelo qual este direito foi consagrado pelo Constituinte, ou seja, qual o conteúdo e o alcance desse direito, sendo necessária a conformação legislativa. (SARLET, 2012, p. 327).

2 STF – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337/SP, Rel. Min. Celso De Mello, julgado em 23/08/2011, publicado no Dje nº 177, divulgação 14/09/2011, publicação 15/09/2011, Ementário nº 2587-01. No mesmo sentido RE 594.018-AgR, RE 603575, Ag. Reg. no RE 410715/SP, RE 464.143-AgR e RE 594.018 AgR.

Não obstante a dificuldade suscitada, importante ressaltar que:

“Assim, não devem prevalecer os habituais argumentos em sentido contrário à efetivação, tais como: a forma aberta de positivação do direito à saúde, a escassez relativa dos recursos e a falta de legitimidade do Poder Judiciário para fixar o modo pelos quais os recursos públicos serão alocados ou distribuídos. (PINHEIRO, 2008, p. 156)

Portanto, cuidando-se do direito fundamental à saúde, não se sustentam os argumentos de norma de eficácia limitada, ausência de recursos (Reserva do Possível), incompetência dos órgãos judiciários para alocação e destinação de recursos públicos. A depender das circunstâncias do caso concreto, é possível o reconhecimento de um direito originário a prestações na esfera da saúde. (SARLET, 2012, p. 328)

No que tange à jurisprudência, até pouco tempo atrás, o STJ não reconhecia o direito à saúde como direito subjetivo, pois considerava que as normas constitucionais sobre o tema tinham caráter meramente programático, sem qualquer eficácia<sup>3</sup>.

No entanto, houve uma mudança "saudável", ou seja, o STJ alterou esse entendimento e passou a admitir o direito subjetivo à saúde, independentemente de concretização do legislador ordinário<sup>4</sup>, nesses julgamentos foram deferidos fornecimento de medicamentos (SARLET, 2012, p. 332).

Também o STF<sup>5</sup> tem seguido a mesma orientação do STJ, e reconheceu o direito subjetivo a um portador do vírus HIV ao recebimento de medicamento. O STF limitou o fornecimento de medicamentos apenas dos constantes da lista elaborada pelo Ministério da Saúde, e o complementado pela legislação. Há quem discorde dessa posição do Supremo.

“Portanto, revela-se ameaçador à efetividade do direito à saúde o engessamento da atividade judicial para conceder apenas os medicamentos incluídos

3 STJ, RESP nº 57.614, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, julgado em 27/05/1996, publicado no DJU em 01/07/1996, p. 23.989.

4 Nesse sentido STJ, RESP nº 869.843/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18.09.2007, publicado no DJU em 15/10/2007, p. 243.

STJ, RMS nº 23.184/RS, Rel. Min. José Delgado, julgado em 27/02/2007, publicado no DJU em 19/03/2007, p. 285.

STJ, RESP nº 902.473/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavaski, julgado em 16/08/2007, publicado no DJU em 03/09/2007, p. 136.

5 STF, RE nº 271.286/RS, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12/09/2000, publicado no DJU em 24/11/200, p. 101.

previamente na lista, pois conforme já observado, alguns remédios apenas incorporados após uma delonga de tempo considerável. Além disso, é factível que possa ocorrer ingerências dos governantes para que não se introduza na lista remédios de alto custo, evitando-se, assim, impactos relevantes no orçamento (PINHEIRO, 2008, p. 162).

As orientações do STF e do STJ têm sido seguidas pelos diversos tribunais do Brasil. Portanto, apesar de várias críticas recebidas, nas questões referentes ao direito à saúde, o que se tem visto é um ativismo judicial nesta área, de modo a proteger o próprio direito à vida.

### Direito à Alimentação

O direito à alimentação foi acrescido pela Emenda nº 64/2010, esse direito também está previsto no artigo 7º, inciso IV, que trata do salário mínimo, e ele está diretamente relacionada ao direito de assistência aos desamparados.

Todo ser humano para sobreviver precisa se alimentar, e se possível com alimentos saudáveis e nutritivos. “Todo indivíduo tem direito a se socorrer do Poder Judiciário no intuito de conseguir alimentos que assegurem sua existência”. Entretanto, são raras as demandas judiciais pleiteando o direito à alimentação. (LAZARI, 2011, p. 100)

Embora a alimentação seja considerada um direito social fundamental, a fome ainda não foi erradicada no Brasil, o que se espera seja solucionado o mais breve possível pelos Poderes instituídos pela Constituição Federal.

### Direito ao Trabalho

O direito ao trabalho é o direito social previsto de forma mais extensa na Constituição Federal, nos artigos 7º a 11.

O direito ao trabalho pode ser classificado em blocos: direito de trabalhar, ou seja, o direito de não ficar desempregado, como quando assegura o mercado de trabalho da mulher (art. 7, XX) ou quando protege os trabalhadores contra a automação (art. 7º, XXVII). O direito de trabalhar com dignidade que se refere às condições dignas de trabalho, como, por exemplo, adicional de remuneração para atividades insalubres ou perigosas (art. 7º, XXIII) ou da duração do traba-

lho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais (art. 7º, XIII). O direito de perceber rendimentos pelo trabalho, isto é, a remuneração, que não pode ser aviltante, exemplos, o salário mínimo (art. 7º, IV) ou o décimo terceiro (art. 7º, VIII). (LAZARI, 2012, p. 101)

O direito ao trabalho é visto como direito de defesa, de proteção do trabalhador, contra eventuais abusos do empregador. A doutrina majoritária não admite o direito subjetivo de pleitear um trabalho no Poder Judiciário.



[...] constata-se que o direito ao trabalho, ao menos em nosso direito constitucional, foi objeto de concretização em diversas outras normas constitucionais, inclusive, na seara dos direitos fundamentais, como bem demonstra o extenso rol do art. 7º, sem que, no entanto, se possa chegar ao extremo de reconhecer a existência de um direito subjetivo a local de trabalho (direito a um emprego). (SARLET, 2012, p. 298).

Seria dizer: todo direito de trabalhar exige, de imediato, uma contrapartida materializada na oferta de emprego pelo Estado ou pelo âmbito privado. Tal pensamento é equivocado, obviamente. Não se pode cobrar o Estado, tão menos a iniciativa privada a receber mão de obra de que não precisa ou, principalmente, de que não pode pagar (LAZARI, 2012, p. 101).

Argumentam os defensores dessa posição, que o direito subjetivo ao trabalho, implicaria maiores custos ao empregador, que encareceria as mercadorias e produtos, trazendo desequilíbrio na economia, e o resultado seria justamente o contrário do esperado, ou seja, o desemprego e a inflação.

Apesar disso, o direito ao trabalho, como direito fundamental, é endereçado aos Poderes Públicos, seja ao Legislador (quando necessita de concreção legislativa), ao Administrador (para implementação de políticas públicas de trabalho e emprego), e ao Judiciário (quando aprecia as demandas que visam garantir a sua aplicação), não podendo se furtar à tutela judicial das políticas públicas, bem como aos particulares, sobretudo, no âmbito social-trabalhista (FONSECA, 2006, p. 249).

Logo, mesmo não ensejando o direito subjetivo, o direito ao trabalho não deixa de ser um direito fundamental social, o que implica em obrigações ao Legislativo, Executivo, Judiciário e ao particular.

Pode-se dizer que o salário mínimo está dentro do direito ao trabalho, uma vez que o salário é a contraprestação pelo trabalho.

Já foi objeto de vários debates o art. 7º, inciso IV *in verbis* “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 preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.”, sendo o “maior descompasso da Constituição de 1988 entre norma e fato” (LAZARI, 2012, p. 103)...

No julgamento da ADI nº 737-8, o STF considerou inconstitucional o valor do salário mínimo atribuído pela Lei nº 8149/92, uma vez que não atendia ao conteúdo do inciso IV, do artigo 7º, da CF. Porém, tal ação foi extinta pelo advento de nova lei regulamentando a remuneração impugnada, motivo pelo qual o STF não se manifestou conclusivamente.

Para alguns doutrinadores renomados, como por exemplo, LUIS ROBERTO BARROSO e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, há de se reconhecer a inconstitucionalidade do valor estabelecido pela lei para o salário mínimo:

[...] parece oportuna a referência à posição sustentada por alguns dos nossos mais ilustres doutrinadores, que, dentre outros aspectos chegaram a admitir a possibilidade de reconhecer-se, no caso concreto, a insuficiência e, em decorrência, a inconstitucionalidade do valor estabelecido pela lei para o salário mínimo, condenando-se o empregador ao pagamento da diferença apurada em Juízo, ou mesmo a eventual viabilidade de uma indenização por parte do Estado, no sentido de cobrir a diferença entre o valor previsto na lei e o montante efetivamente necessário para atender os critérios constantes na Constituição (SARLET, 2012, p. 310).

O salário mínimo precisa atender ao que está previsto na Constituição, já que agindo assim estará atendendo ao Mínimo Existencial.

### Direito à Moradia

O direito à moradia, assim como o direito à alimentação, foi inserido na Constituição Federal pela EC nº 26/2000, e representou grande avanço, uma

vez que ter direito a um lar, a uma moradia, um cantinho para chamar só de seu, não há dúvida, atende ao princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, já havia previsão da moradia, como uma das condições básicas a ser atendida pelo salário mínimo, art. 7º, inciso IV, da CF.

O artigo 23, IX, da CF diz da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais”. O Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966 (PIDESC), no art. 11, assim dispõe:

“Os Estados signatários do presente pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive alimentação, vestimenta e morada adequadas, assim como a uma contínua melhoria de suas condições de vida.

Outros documentos internacionais que previram o direito à moradia como direito básico da pessoa humana são a Declaração de Vancouver (1976) e a Declaração de Istambul (1996), dentre outros.

O direito à moradia pode ser dividido em três grandes grupos (LAZARI, 2012):

#### O direito de ser proprietário/possuidor de um lar

O direito à moradia, de acordo com a doutrina prevalente, e mesmo com os parâmetros internacionais, não se confunde, necessariamente, com o direito à propriedade. Nesse sentido, (PINHEIRO, 2008, p. 169), (SARLET, 2008, p. 254), e (LAZARI, 2012, p. 104) “em razão do alto custo individualizador desta faceta do direito social à moradia, paradoxal à grande quantidade de indivíduos que vivem periferizados”.

Inobstante esse entendimento majoritário da doutrina, a grande maioria dos brasileiros sonha com a casa própria. Vide o sucesso do programa do governo federal “Minha Casa, minha vida”, no qual os imóveis são adquiridos por meio de financiamentos junto a Caixa Econômica Federal, podendo ser usado para tanto o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

Talvez, não seja o caso do Estado sozinho arcar com a construção e entrega da moradia aos necessitados, de simplesmente dar a casa, mas, de se pensar

em formas alternativas, que garantam maior acesso dos hipossuficientes à moradia, tais como financiamento com maior prazo, ou mesmo o aluguel social, meios para se garantir a posse/propriedade a todo cidadão brasileiro.

Num país, onde grande parcela da população habita em favelas e nas periferias, dar acesso à moradia digna, não há dúvida, é atender ao valor da dignidade da pessoa humana, pois não se pode falar nesta sem o atendimento daquela.

### O direito de não perder um lar

A questão aqui tratada é o da impenhorabilidade do bem de família. Todavia, no RE nº 407.688-8/SP, de Relatoria do Ministro Cezar Peluzo foi considerada constitucional a penhora do imóvel residencial do fiador, tal qual autorizada pela legislação que excepcionou a regra geral da impenhorabilidade do bem de família (art. 3º, inciso VII), da Lei Federal nº 8009/90 (impenhorabilidade do bem de família), na versão dada pela Lei Federal nº 8245/91 (locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes).

Diante da importância do referido Recurso Extraordinário serão feitos alguns comentários sobre essa decisão do STF. Por questão de espaço para o artigo científico, não se transcreverão os votos dos Ministros proferidos naquele recurso extraordinário, contudo, é preciso enfatizar que o Ministro Cezar Peluzo para fundamentar seu voto favorável à penhora do bem de família do fiador, disse “que castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, **romperia equilíbrio do mercado**, despertando exigência sistemática de garantia mais custosa para as locações residenciais, com conseqüente desfalque no campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia”. (grifo nosso)

Em determinado momento do julgamento, o Ministro Eros Grau disse ao Ministro César Peluzo “A minha discordância do voto de Vossa Excelência é que não estou me apegando à lógica do mercado no meu voto, mas, sim ao que diz a Constituição. É nesse ponto que discordo de Vossa Excelência”, e estava coberto de razões o Ministro Eros Grau.

Infelizmente, por maioria de votos, vencidos os Ministros Eros Grau, Carlos Brito e Celso de Mello, o STF considerou constitucional a penhora do imó-

vel residencial do fiador dado como garantia em contrato de locação.

Essa decisão do STF desrespeitou o direito fundamental social à moradia, incorrendo até mesmo na violação da dignidade da pessoa humana. Não foram respeitados os princípios da proporcionalidade, uma vez que ao Estado é vedado intervir de modo excessivamente insuficiente, ou o que é pior nem atuar, e também o da necessidade, tendo em vista que poderia haver outros meios disponíveis para garantia do crédito em execução, de modo a recair a obrigação no meio menos gravoso, não atingindo o único imóvel do fiador, ou seja, a moradia dele e de seus familiares. Poderiam ser exigidas outras garantias. (SARLET, 2008, p. 255)

Assim como essa decisão, o STF desrespeitou o Mínimo Existencial, o qual veda o confisco, a moradia é necessidade vital da pessoa humana, tratando-se de direito indisponível, e não sujeito à expropriação via penhora embasada em contrato de fiança.

Haja vista, que o fiador, e seus familiares, ao perderem seu único imóvel, que foi dado em garantia em contrato de locação, se tornarão mais pobres, e com a transferência do referido imóvel ao credor, que não raras vezes, já detém outros, o tornará mais rico, portanto, no limite, haverá aumento da concentração de renda.

“ [...] se não ocorrer uma reformulação radical do entendimento ora prevalente e expresso pelo voto da maioria dos seus Ministros, pelo menos que haja sensibilidade suficiente para uma possível flexibilização à luz das circunstâncias do caso concreto, pena de, no limite acabarem sendo chanceladas situações de extrema injustiça (SARLET, 2008, p. 259).

Realmente após a injusta decisão no RE 407.688-8/SP houve mudança de entendimento do STF, havendo aumento dos julgados que passaram a entender ser possível a penhora do bem de família do fiador em contrato de locação. Espera-se que com a mudança de alguns Ministros do STF, possa ser modificado esse entendimento, a fim de que não sejam “chanceladas situações de extrema injustiça” SARLET.

### O direito de que o lar seja servido por realizações estatais de absoluta necessidade

Nesse grupo estão englobados os serviços públicos de asfaltamento, energia elétrica, água encanada, saneamento básico, calçamento, coleta de lixo, dentre outros. Não basta ter a moradia, se ela não estiver dotada dos serviços estatais básicos.

Muitas vezes, assistem-se à programas de desfavelamento, nos quais são urbanizadas as áreas de favelas, ou os moradores são alocados em outro lugar, porém, faltam os serviços essenciais básicos, ou seja, de infraestrutura, de escolas, postos de saúde, áreas de lazer, dentre vários outros. As pessoas simplesmente são “contempladas” com o direito à casa própria, mas, sem que o princípio da dignidade da pessoa humana seja atendido por completo.

### Direito ao Lazer

O direito ao lazer está previsto no artigo 6º da Constituição Federal, e também é uma das necessidades vitais básicas a ser atendida pelo salário mínimo, art. 7º, inciso IV, da CF. Não existe tópico específico a explicar o que vem a ser o direito social ao lazer, mas, é possível extraí-lo dos direitos à cultura (art. 215 e 216) e do desporto (art. 217). (LAZARI, 2012, p. 107).

O direito ao lazer tem conceito amplo podendo abarcar desde uma quadra poliesportiva, praças públicas, parques, feiras de livros, teatro, cinema, show, shopping centers, internet, programas televisivos, viagens, dentre vários tantos outros.

### Direito à Segurança

O direito à segurança, a que se refere o artigo 6º da Constituição Federal é o da segurança pública. (LAZARI, 2012, p. 107)

De acordo com o artigo 144 da CF “é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos”, goza de exígua carga principiológica, não podendo o Poder Judiciário, após o requerimento de uma comunidade de moradores, por exemplo, determinar, isolada e sem analisar prováveis efeitos colaterais, o policiamento de uma região, deixando desguarnecido outro setor da municipalidade. (LAZARI, 2012, p. 108) Assim, de acordo com a conveniência e oportuni-

de, com base em estatísticas, cabe a Administração Pública a obrigação de prestar segurança pública aos cidadãos, sendo a insegurança pública um dos males que mais afligem os brasileiros nas últimas décadas, ante a escalada da violência, e o surgimento e crescimento do crime organizado.

A questão da segurança pública é complexa, o que se verifica é que a doutrina não o admite como direito subjetivo, talvez, até mesmo pela falta de trabalhos científicos nesta área.

### Direito à Previdência Social

O direito à previdência social tem previsão no artigo 6º, e está regulamentado nos artigos 201 e 202 da Constituição Federal, assim com na legislação Lei nº 8213/1991 e nos regulamentos do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS).

O direito à previdência social liga-se ao direito ao trabalho, pois irá se beneficiar aquele que já trabalhou fazendo jus ao recebimento do benefício pleiteado, ou que por um infortúnio não possa mais trabalhar (LAZARI, 2012, p. 110).

O direito à previdência é direito público subjetivo, nos casos em que o trabalhador preencher os requisitos fará jus a ele.

### A Proteção à Maternidade e a Infância

O direito à proteção à maternidade e a infância estão dispersos por todo o texto constitucional. Como se denota dos artigos, 5º, L, art. 7º, XVIII e XX, 201, II e 203, I e II, todos da CF.

O constituinte, de forma equivocada, qualificou os direitos à moradia e à infância como gênero, quando na verdade são espécies dos direitos fundamentais sociais da educação, previdência social e assistência social. Os direitos à proteção da maternidade e a infância não necessitariam de condição autônoma, uma vez que já se encontram dentro de algum grupo maior de direito social (LAZARI, 2012, p. 112).

### A Assistência aos Desamparados ou Direito à Assistência Social

O último direito social previsto no extenso rol do artigo 6º é a assistência aos desamparados ou direito à assistência social, também previsto no artigo 203

da CF, conforme Ana Paula de Barcellos é o “direito tampão”, por representar o último recurso na preservação da dignidade humana. (LAZARI, 2012, p. 113)

## Os Principais Obstáculos à Eficácia e Efetividade dos Direitos Sociais Prestacionais

### Direitos sociais são normas programáticas?

Durante o século XIX predominou conceitos da ideologia liberal, segundo a qual os direitos sociais não eram dotados de qualquer normatividade, devendo ser relegados a normas programáticas. Referidas normas eram dirigidas apenas aos poderes políticos (Executivo e Legislativo), aos quais caberia a função de atribuir efetividade a elas.

Apesar da natureza aberta e indeterminada das normas fundamentais que preconizam direitos sociais prestacionais, estas devem ser concebidas como princípios que emanam mandados de otimização, ou seja, deve-se buscar a maximização dos efeitos da norma, dentro das possibilidades fático-jurídicas do caso concreto (PINHEIRO, 2008, p. 101). A definição de normas programáticas

“Cuida-se, portanto, de normas que apresentam a característica comum de uma (em maior ou menor grau) baixa densidade normativa, ou, se preferirmos, uma normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia, porquanto se trata de normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementados pelo Estado, ou que contêm determinadas imposições de maior ou menor concretude dirigida ao Legislador (SARLET, 2012, p. 292).

Ao se falar em normas programáticas, destaca-se a classificação de normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada (SILVA, 1998, p. 82).

As normas constitucionais de eficácia plena são àquelas que independem de provimento legislativo integrador para que possam gerar efeitos. O exemplo é o art. 7º, inc. XVIII, da CF, que dispõe sobre a licença-gestante com prazo de 120 dias. Nesta hipótese não é necessária à lei, pois os efeitos decorrem automaticamente do texto constitucional. As normas

constitucionais de eficácia contida são aquelas que estão aptas a gerar efeitos até que sobrevenha legislação restritiva. O exemplo é o art. 5º, inc. XIII, da CF que possibilita o livre exercício profissional, até que o legislador regulamente àquela profissão, podendo estabelecer requisitos. Como por exemplo, o art. 8º, da Lei nº 8906/91 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil), o qual estabelece, dentre outros requisitos, a aprovação no exame da Ordem, para que se possa exercer a profissão de advogado.

As normas constitucionais de eficácia limitada são as que necessitam de provimento legislativo ou executivo superveniente para gerar efeitos. O exemplo é o artigo 5º, inc. XXXII, da CF, “O Estado promoverá, na forma da lei, a proteção do consumidor”, o que foi feito posteriormente com o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/1990. Dentro deste último grupo estão as assim chamadas “normas programáticas”, as quais estabelecem programas sociais a serem implementados pelo Estado.

JOSE AFONSO DA SILVA defende que as normas programáticas teriam uma eficácia negativa, podendo o Judiciário atuar apenas nos casos de ação, do Poder Público, contrária à norma, não admitindo a concretização judicial nos casos de omissão do Estado.

No entanto, num tom de crítica às “normas programáticas”, o ex-ministro do STF EROS GRAU, (2012, p. 357/358)

“Pena já ser tempo de abandonarmos o uso dessa expressão “normas programáticas”, que porta em si vícios ideológicos perniciosos. Essas assim chamadas normas “programáticas” são normas dotadas de eficácia normativa, seguramente. O adjetivo não desqualifica o substantivo a que vem acoplado. A propósito, revendo texto que escrevi há mais de 20 anos [Grau 1981] seguidamente pergunto-me por que terá sido esquecida a lição do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, que, em acórdão já de 29 de janeiro de 1969 (NJW 1969, Heft 14, pp. 597-604), assumiu o entendimento nos seguintes termos enunciado, parcialmente, na síntese de Rolando E. Pina: [1973:72 e ss]

(a) Quando a teoria sobre normas constitucionais programáticas pretende na ausência de lei expressamente reguladora da norma esta não tenha eficácia, desenvolve estratégia mal-expressada de não vigência (da norma constitucional), visto que, a fim de justificar-se uma orientação de política legislativa – que levou à omissão do Legislativo – vulnera-

se a hierarquia máxima normativa da Constituição. (b) O argumento de que a norma programática só opera seus efeitos quando editada a lei ordinária que a implemente implica, em última instância, a transferência de função constituinte ao Poder Legislativo, eis que a omissão deste retiraria de vigência, até a sua ação, o preceito constitucional.

(c) Não dependendo a vigência da norma constitucional programática da ação do Poder Legislativo, quando - atribuível a este a edição de lei ordinária -, dentro de um prazo razoável, não resultar implementado o preceito, sua mora implica violação da ordem constitucional.

(d) Neste caso, tal mora poder ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, competindo a este ajustar a solução do caso *sob judice* ao preceito constitucional não implementado pelo legislador, sem prejuízo de que o Legislativo, no futuro, exerça suas atribuições constitucionais.

[...] A Constituição do Brasil é – tem sido – uma Constituição dirigente, e vincula o legislador.

Portanto, nessa perspectiva EROS GRAU defende que as normas de direitos sociais são capazes de gerar direitos subjetivos aos cidadãos, pois são diretamente aplicáveis e vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Também de acordo com SARLET, há quem aceite, dentre os quais o próprio CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO e LUIS ROBERTO BARROSO, um direito subjetivo individual à prestação, nas hipóteses em que a norma definidora de um direito fundamental determine o conteúdo da prestação, e que o procedimento para sua realização esteja expresso ou, no mínimo, implicitamente regulado na Constituição.

FLÁVIA PIOVESAN realça que os direitos econômicos, sociais e culturais são “autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis e exigíveis”, não sendo meras caridades (PINHEIRO, 2008, p. 108).

CANOTILHO estabelece uma distinção entre normas programáticas e os direitos fundamentais sociais, as primeiras são diretrizes ao legislador, mas, que não teriam o condão de gerar direito subjetivo, de exigir sua implementação, a título de exemplo o direito ao emprego. Já os direitos fundamentais sociais conferem aos indivíduos a prerrogativa de exigir do Estado à prestação material, por exemplo, o direito à saúde (PINHEIRO, 2008, p. 105).

ROBERTY ALEXY empreendeu a tentativa de harmonizar os argumentos favoráveis e contrários a direitos subjetivos a prestações sociais numa concep-

ção calcada na ideia da ponderação entre princípios. Assim, se de um lado temos o princípio da liberdade fática (ou liberdade real), do outro se encontram os princípios da competência decisória do Legislativo, o princípio da Separação dos Poderes e os princípios materiais relativos à liberdade jurídica de terceiros, outros direitos sociais ou mesmo bens coletivos.

“O modelo ponderativo de Alexy oferece-nos, para além do exposto, talvez a melhor solução para o problema, ao ressaltar a indispensável contraposição dos valores em pauta, além de nos remeter a uma solução calcada nas circunstâncias do caso concreto (e, portanto, necessariamente afinada com as circunstâncias da proporcionalidade), já que estabelecer, nesta seara, uma pauta abstrata e genérica de diretrizes e critérios efetivamente não nos parece possível. Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do Legislativo (assim como o da separação dos poderes e as demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais, ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão somente um direito subjetivo *prima facie*, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de um tudo ou nada (SARLET, 2012, p. 356).

SARLET defende, ainda, que a exigibilidade dos direitos prestacionais em juízo não se limita à garantia do mínimo social necessário a uma vida digna. De forma que, pode-se inferir que todos os direitos fundamentais sociais prestacionais podem ser demandados em Juízo, e no caso concreto incidirá a ponderação dos princípios.

O princípio da dignidade da pessoa humana, nesse aspecto, assume importante função demarcatória, podendo servir de parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo dos direitos sociais (mesmo como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido.

### Da Legitimidade do Poder Judiciário

No Estado Democrático de Direito os Poderes Públicos estão estruturados de modo a preservarem sua in-

dependência, sem deixarem, contudo, de atuar de forma harmônica, isso é o que está previsto no art. 2º, da CF, “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Ao Judiciário cabe a função de “garantidor dos direitos constitucionais”, ou seja, assegurar os direitos fundamentais, quando os Poderes constituídos forem omissos ou agirem em desconformidade com o preceito constitucional (PINHEIRO, 2008, p. 135).

A nossa Constituição cidadã também prevê no art. 102 “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”, bem como no artigo 5º, inciso XXXV “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”. Também a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no artigo 8º, assim prevê “todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

Portanto, diante da não realização dos direitos sociais prestacionais pelos Poderes Públicos (Executivo e Legislativo), ao Judiciário caberá determinar a sua concretização desde que presentes os requisitos fáticos e jurídicos exigidos (PINHEIRO, 2008, p. 136).

Porém, não há consenso na doutrina e jurisprudência acerca da possibilidade do Poder Judiciário determinar ao Estado o fornecimento de prestações materiais. Nesse contexto, faz-se necessário, ainda que de modo superficial, a análise de duas correntes doutrinárias divergentes: o procedimentalismo e o substancialismo.

A corrente procedimentalista tem nos professores JÜRGEN HABERMAS e JONH HART ELY os seus principais defensores, nessa perspectiva, a visão material da Constituição e o próprio controle de constitucionalidade, enfraqueceriam a noção de democracia, na medida em que magistrados não foram legitimados democraticamente pelo povo, e, portanto, não poderiam determinar as condutas do Poder Público (Legislativo e o Executivo), e por consequência, aos cidadãos.

HABERMAS censura a interpretação construtiva das normas jurídicas por parte dos juízes, porquanto, tal postura abalaria a separação dos poderes, e, por conseguinte, a própria democracia. Ele se coloca contra a politização dos juízes. A Constituição deve ser interpretada apenas de uma concepção procedimentalista, de modo a resguardar a construção de-

mocrática do Direito. Os próprios cidadãos devem chegar a um consenso sobre seus problemas e como resolvê-los (PINHEIRO, 2008, p. 137).

“Diante da visão procedimentalista da Constituição, na qual a preocupação maior reside na busca pela igualdade de participação no debate travado no jogo democrático, exsurge o natural questionamento se tal concepção seria efetivamente capaz de garantir a justiça social. Considerando a indagação acima formulada, defendemos que a corrente procedimentalista, apesar de louvável por objetivar o fortalecimento da democracia, não se revela como a mais adequada para a garantia da justiça social, sobretudo nos países em que a democracia se apresenta frágil pelo fato de a população não gozar de liberdade no sentido real, ou seja, quando a população não tem à sua disposição as prestações materiais básicas para uma existência digna. Assim, quando ausentes os aludidos ingredientes sociais numa democracia, os cidadãos assumem o papel de meros espectadores das decisões políticas, de modo que a democracia passa a apresentar caráter apenas formal (PINHEIRO, 2008, p. 139).

Portanto, a concepção procedimentalista é aceitável em países desenvolvidos, nos quais os cidadãos tem sua plena existência assegurada, com a população escolarizada o suficiente para saber fazer suas escolhas e serem ouvidos politicamente. Já nos países em desenvolvimento, como no caso do Brasil, onde há grande número de analfabetos, incluídos os funcionais, existindo um abismo social, o procedimentalismo deve ser aplicado com reservas.

Por seu turno, a corrente substancialista defende que a Constituição imponha o direcionamento das ações do Poder Público, assim como de todos os cidadãos. Destarte, a Constituição traça os rumos da sociedade, e não é apenas o reflexo desta.

Nesse sentido, “A partir de tais premissas, pode-se inferir que a referida corrente teórica é a que melhor se amolda à concepção do dirigismo constitucional, uma vez que prescreve que o Estado deve se pautar pelas diretrizes fixadas no texto constitucional” (PINHEIRO, 2008, p. 141).

MAURO CAPELLETI defendeu arduamente a concepção material de Constituição, bem como a possibilidade do Judiciário impor ao Poder Público a realização dos direitos fundamentais. Entre nós, destaca-se PAULO BONAVIDES que enaltece o

papel do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, não devendo ser eles só interpretados, mas, principalmente, concretizados. Portanto, no contexto socioeconômico brasileiro, é aceitável maior aplicabilidade da concepção substancialista (PINHEIRO, 2008, p. 141/142).

Quanto à legitimidade do Poder Judiciário para a efetivação dos direitos sociais, para alguns, ela esbarra no princípio democrático, ou seja, os juízes não foram eleitos democraticamente pelo povo para exercer suas funções. Também argumentam que os magistrados não têm conhecimento técnico para implementar as políticas públicas, além disso, suas decisões trarão consequências macroeconômicas. Em que pese esses argumentos, a princípio, serem verdadeiros, a seguir eles serão relativizados.

O princípio da legitimidade democrática dos magistrados merece reflexão, ainda mais em tempos de crise de representatividade, ora, o que vemos atualmente é o Legislativo submetido ao *lobby* de interesses privados e do mercado, descompromissado com a ética e o interesse público, mais interessado em legislar em causa própria. O Executivo, quase sempre, se utiliza do subterfúgio da falta de recursos financeiros, de que o orçamento é curto, para a implementação de políticas públicas.

Nesse diapasão, mesmos que não tenha legitimidade democrática, os magistrados devem atender aos princípios fundamentais estabelecidos nas normas constitucionais, independentemente da concretização pelo legislador ordinário. Nesta direção, EROS GRAU, aduz ter o Judiciário o poder-dever de conferir aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais no caso concreto, de modo assegurar-lhe sua eficácia (PINHEIRO, 2008, p. 145).

Por outro lado, o Poder Judiciário não pode ser o protagonista, que rouba a cena dos atores principais (Poderes Legislativo e Executivo). Assim, é preciso encontrar o ponto de equilíbrio, de modo que as normas constitucionais, que preveem os direitos fundamentais não sejam esvaziadas, e que também não haja a ruptura do princípio da Separação dos Poderes.

Deste modo, em situações excepcionais, é possível ao magistrado avaliar se os meios empregados pelo governante são contrários às finalidades previstas no texto constitucional. A título de exemplo, estão os gastos com as propagandas institucionais dos governos, seja Federal, Estadual ou Municipal, e os recur-

sos destinados às propagandas educativas (doenças, trânsito etc.), estes tem por escopo a proteção dos direitos fundamentais, tais como vida, saúde, educação, enquanto que os primeiros não atendem a nenhum direito fundamental.

O Judiciário somente deverá intervir na formulação de políticas públicas, quando restar evidente que os outros Poderes se abstiveram de cumprir as normas constitucionais de direitos fundamentais.

Portanto, não existe vedação para que o magistrado determine a realização de despesas públicas para satisfazer direitos fundamentais sociais, pois as normas colidentes, obrigatoriamente de previsão orçamentária e direito fundamental social, se encontram em plano hierárquico equivalente, de modo que cabe ao juiz fazer a devida ponderação, sendo que, na maioria dos casos, a balança penderá em favor da realização do direito fundamental social, tendo em vista sua evidente superioridade axiológica.

### Reserva do Possível

A origem da Reserva do Possível é na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, mais precisamente, no célebre caso *Numerus Clausus*, julgado em 1972. O cerne principal desse julgamento não foi a escassez de recursos financeiros, mas, o fato de não ser razoável impor ao Estado a obrigação de garantir a todos os interessados uma vaga no curso de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera.

O Estado Alemão, apesar das liberdades de escolha de profissão que pressupunha o livre acesso às instituições de ensino, não tinha condições de matricular todas as pessoas interessadas no curso de medicina nas referidas universidades, razão pela qual foi garantido pelo menos o tratamento igualitário de acesso ao ensino superior.

No Brasil, contudo, a Reserva do Possível foi adotada numa outra compreensão, ou seja, passou a ser sinônimo de escassez de recursos públicos. Essa transposição dessa teoria da Alemanha para o Brasil não foi a mais adequada, haja vista as gritantes diferenças socioeconômica e cultural desses dois países.

“Não é à toa que os estudiosos do Direito Comparado insistem em lembrar que conceitos constitucionais transplantados precisam ser interpretados e aplicados de uma maneira adaptada para as cir-

cunhâncias particulares de um contexto cultural e socioeconômico diferente, o que exige um máximo de sensibilidade. O mundo “em desenvolvimento” ou periférico, de que o Brasil (ainda) faz parte, significa uma realidade específica e sem precedentes, à qual não se podem descuidadamente aplicar as teorias científicas, nem as posições políticas transladadas dos países ricos. Assim, a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, o Estado Providência nunca foi implantado (KRELL, 2002, p. 54).

Portanto, o que se percebe é que a teoria da Reserva do Possível, criada na Alemanha, foi distorcida no Brasil, e o que é pior, o que era exceção naquele país desenvolvido, virou regra neste país em desenvolvimento, e passou a ser usado como pretexto para de negar a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

### Conceito

A Reserva do possível no Brasil tem como conceito a insuficiência de recursos financeiros, ou seja, a limitação econômico-financeira do Estado para atender aos direitos prestacionais. Ela é uma invocação de um dado econômico da realidade, segundo alguns, um limite fático, e se configura num dos principais obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais sociais.

A Reserva é matéria exclusivamente de defesa do Estado, uma vez que cabe a Administração Pública a efetivação dos comandos prestacionais contidos na norma, em especial os de caráter fundamental, portanto, a ela caberá o ônus de desincumbir dessa obrigação, não pode a Reserva ser alegada pelo particular. O ônus de prová-la é exclusivo do Estado, sem qualquer possibilidade de inversão do ônus. Somente comporta alegação excepcional, o Estado não pode se utilizar da defesa da Reserva para toda e qualquer demanda social que lhe é formulada (LAZARI, 2012, p. 44). A Reserva do possível tem dimensão tríplice:

[...] a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice que abrange: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos

materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra também da razoabilidade (SARLET, 2012, p. 288).

As três dimensões tem de ser equacionadas conjuntamente para que não se tornem barreiras intransponíveis à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

Não existe consenso na doutrina quanto à natureza jurídica da Reserva do Possível, se regra, valor, meta-norma, tendo a prevalecer como condição da realidade.

“A reserva do possível corresponde a um dado de realidade, um elemento do mundo dos fatos que influencia na aplicação do Direito. O Direito corresponde a um fenômeno prescritivo, ou seja, as normas jurídicas têm por fundamento uma determinada realidade fática, a partir da qual prescrevem condutas a serem obedecidas. Dentro desta concepção, é certo que o Direito não pode preservar o impossível – e é neste sentido, em um primeiro momento, que se pode abordar a temática da reserva do possível, embora trazendo a discussão para o campo dos direitos fundamentais sociais a prestações (OLSEN, 2006, p. 212).

Para o Supremo Tribunal Federal a Reserva do Possível não pode ser condicionante de direito fundamental social: nesse sentido está a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF<sup>6</sup>.

### *O uso excessivo do argumento da reserva do possível*

Embora o argumento da Reserva do Possível deva ser reconhecido como obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais sociais. O que se critica, como dito alhures, é o uso excessivo deste argumento, utilizado como subterfúgio para a não prestação dos direitos de cunho social.

<sup>6</sup> STF, ADPF nº 45. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 29/04/2004 e publicado no DJU em 04/05/2004, p. 0012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000072044&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

Por mais que, na maioria das vezes, os direitos fundamentais sociais já terem sido concretizados pelo legislador ordinário (DUARTE, 2011, p. 160).

[...] quase todos os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição já foram objeto de intervenção do legislador ordinário, ainda que, em alguns casos, de forma insuficiente. Para ficar em três exemplos expressivos, basta conferir a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/96), a Lei de Assistência Social (Lei nº 8742/93) e a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8080/90). A questão da não efetivação dos direitos sociais, pois, está muito mais afeta ao não cumprimento da legislação que já existe. Trata mais de um problema de formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas.

No que discorda Pinheiro (2008, p. 126):

Conforme já deduzidos, os direitos fundamentais sociais estão dispersos pelo texto constitucional (art. 6º, 7º, 203, 205, dentre outros), sendo que alguns deles já foram concretizados pelo legislador infraconstitucional. No entanto, a maioria dos direitos fundamentais a prestações não recebeu a devida conformação pelo legislador, o que não exime o Poder Executivo da sua realização, inclusive com a execução de programas sociais que busquem a efetivação de dignidade da pessoa humana.

Falta vontade política para que esses direitos sociais conformados pelo legislador infraconstitucional sejam efetivamente prestados com qualidade à população, ainda mais se considerado o cenário socioeconômico do Brasil, com gritantes desigualdades sociais, não se pode simplesmente importar uma teoria da Alemanha, país de primeiro mundo, e aplicá-la num contexto social, cultural e econômico muito diferente, no qual está inserido o Brasil.

Logo, a Reserva do Possível não pode ser considerada uma restrição absoluta, uma barreira intransponível, aos direitos fundamentais sociais, visto que está sujeita a um exame de proporcionalidade. O magistrado ao julgar o caso concreto deve analisar, sob o prisma da proporcionalidade, a prestação requerida pelo indivíduo e a alegação estatal da falta de recursos para cumpri-la.

Resumindo, há que ser feita uma ponderação dos direitos (igualmente) fundamentais envolvidos, utilizando como critério o princípio maior da dignidade da pessoa humana. Assim, havendo dúvida, por exemplo, em destinar os sempre escassos recursos públicos em prol da efetivação de um direito social deve a escolha ou opção pender em favor do direito cuja não realização, no caso específico, prevê-se como a mais violadora da dignidade da pessoa humana (DUARTE, 2011, 189).

Destarte, a dignidade da pessoa humana está a balizar as escolhas trágicas do Legislador, o qual traça as diretrizes para realização dos direitos prestacionais sociais, ao Executivo caberá implementá-los, por intermédio de políticas públicas, e ao Judiciário, o guardião da Constituição Federal caberá fazê-los cumpridos.

No Brasil, vive-se um momento de contradição, por um lado é comum por parte do Estado a alegação da Reserva do Possível, já que determinados setores públicos como saúde, educação, segurança, moradia, dentre outros, funcionam precariamente, em face da não alocação de recursos mínimos necessários.

Por outro lado, gastam-se bilhões, como por exemplo, na propaganda institucional, e nos grandes eventos como a Copa do Mundo de 2014, que de acordo com o portal transparência<sup>7</sup>, terá gasto previsto de quase R\$ 27 bilhões de reais, e as Olimpíadas que terá um dispêndio, até a presente data, 2013, em torno R\$ 12 bilhões de reais. Na verdade chega a ser paradoxal, o Estado alegar que não tem recursos para efetivar os direitos fundamentais sociais, mas, o tem para outros fins que não atendem a preceitos constitucionais.

## AS PROPOSIÇÕES DE MEIOS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Neste capítulo final, pretende-se apresentar meios para que sejam superados os obstáculos políticos e econômicos, erigidos no Capítulo 2, na busca de maior efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Com esse fito, serão abordados o Mínimo Existencial, o Ativismo Judicial, os Meios Jurisdicionais de Efetiva-

<sup>7</sup> Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/>>. Acesso em 5 nov. 2013.

ção, a questão da (Re)Distribuição da renda, o Imposto sobre Grandes Fortunas e a Participação Popular.

## Mínimo Existencial

O Mínimo Existencial também surgiu na Alemanha, no início da década de 1950, cujo conceito foi construído pelo Tribunal Federal Administrativo daquele país. O contexto histórico em que o Mínimo foi construído foi o do pós 2ª Guerra Mundial, período no qual havia grande preocupação com a existência humana digna, em oposição às barbáries cometidas durante a guerra.

Na Alemanha os direitos sociais não estão previstos na Constituição, portanto, o Tribunal Federal Constitucional, com base no Estado Social de Direito, foi quem garantiu os direitos sociais aos cidadãos, construindo conceitos que os circundam como o do Mínimo Existencial.

### Conceito

#### O conceito do Mínimo Existencial

Trata-se de subgrupo qualificado de direitos sociais, sem previsão legal específica no ordenamento pátrio (bem como no alemão, onde teve origem), mas fruto de construção hermenêutica, no intuito de salvaguardar direitos fundamentais sociais sem os quais mostra-se impossível a existência digna do homem. Ademais, cuida-se de matéria de mérito, a ser alegada pelo particular em face do Estado, quando da propositura da demanda de cunho assecuratório, e que não comporta utilização, ainda que excepcionalmente, pelo Estado, como matéria de defesa, dado o dever de comprometimento deste, além do mínimo (faixa de subsistência) com aquilo que lhe excede, graças ao postulado da Máxima Efetividade. Sendo assim, tem-se que o Mínimo Existencial não anula a existência de direitos sociais que não integram-no, mas apenas cria observância obrigatória do orçamento estatal e dos agentes implementadores de direito. Por fim, pode o “mínimo” ser excepcionalmente, reconhecido de ofício pelo juiz, via ativismo judicial, desde que clarividente a necessidade, e que tal atividade se dê com critérios os mais objetivos possíveis para seu reconhecimento (LAZARI, 2012, p. 79).

O principal objetivo do Mínimo Existencial é evitar o completo esvaziamento dos direitos sociais, já que sem o Mínimo nada sobraria.

O Mínimo Existencial é matéria de mérito a ser alegada pelo particular em face ao Estado, este não pode se defender alegando que o postulante pleiteia direitos sociais além do Mínimo, tendo em vista que os outros direitos sociais continuam a ser fundamentais, e qualquer cidadão pode pleiteá-los. O Mínimo pode ser reconhecido de ofício pelo juiz via ativismo judicial.

Quanto à natureza jurídica do Mínimo não há consenso na doutrina. Para alguns ele é valor, ou regra ou princípio ou um mix dos três. No entanto, prevalece na doutrina, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que o Mínimo é regra, uma vez que está associado à dignidade da pessoa humana, constituindo-se em barreira intransponível para a alegação estatal de falta de recursos financeiros, portanto, o Estado, em regra, não pode alegar a Reserva do Possível quando o que se pleiteia é a realização de prestações sociais inerentes ao Mínimo Existencial.

Caso o Mínimo fosse considerado como princípio, haveria brecha para que lhe fosse retirado justamente o seu caráter de salvaguarda última, o núcleo intangível dos direitos fundamentais sociais. De modo que, no conflito entre a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial, este poderia ceder em favor daquele.

No que concerne à segunda questão levantada no começo deste tópico, ou seja, se o argumento da reserva do possível também constitui um obstáculo econômico-financeiro à realização do mínimo social, a resposta é negativa. Há pode-se dizer-se, uma forte convergência – mesmo dentre os entusiastas da teoria da reserva do possível e das limitações fático-financeiras do Estado para fazer frente à totalidade das demandas sociais – no sentido de que, tratando-se de condições mínimas para uma vida digna, não há como negar a realização das prestações sociais inerentes a, pelo menos, um mínimo existencial. O consenso acerca da efetivação dos direitos sociais em um padrão mínimo se reforça quando considerada a realidade de países ditos periféricos, a exemplo do Brasil, onde a grave deficiência de condições básicas para uma vida digna ainda está longe de ser resolvida (DUARTE, 2011, p. 168).

Neste particular, vale estabelecer uma distinção entre os direitos fundamentais sociais relacionados ao mínimo existencial da pessoa humana e

aqueles que, apesar de também importantes, não resguardam parcela essencial da dignidade da pessoa humana. Quanto aos primeiros, não cabe ao Poder Executivo, em princípio invocar a cláusula da reserva do possível, pois devem ser garantidas ao indivíduo as prestações materiais mínimos que lhe assegurem uma existência digna (PINHEIRO, 2008 p. 127).

Logo, quando se tratar do Mínimo Existencial não pode o Estado alegar a Reserva do possível, pois sem o Mínimo haveria o completo desrespeito à dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ademais, isso implicaria no completo esvaziamento dos direitos fundamentais sociais.

### Conteúdo do Mínimo Existencial

Na doutrina não existe consenso quanto ao conteúdo do Mínimo Existencial, alguns autores até lhe dão outra designação, mas, de modo geral, ele representa as condições mínimas para uma vida digna.

Para ALEXY “mínimo vital consiste numa moradia modesta, a educação escolar, a formação profissional e um padrão mínimo de assistência médica”. (DUARTE, 2011, p. 168)

“[...] padrão mínimo social” para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia; o conteúdo concreto desse mínimo, no entanto, variará de país para país. A ideia do mínimo social se manifesta também nos diversos projetos de leis municipais a uma “renda mínima necessária à inserção na sociedade. (KRELL, 2002, p. 63)

Ricardo Lobo Torres (2009, p. 13-14), p. ex, entende que carece o instituto de conteúdo específico, abrangendo qualquer direito, ainda que originariamente não fundamental, bastando que seja considerado em sua dimensão essencial, inalienável e existencial. [...] Ana Paula de Barcellos (2011, p. 291-349) correlaciona o “mínimo”, além dos direitos individuais de liberdade, aos direitos prestacionais à saúde básica, à assistência aos desamparados e à educação fundamental (correspondente aos elementos materiais), e ao acesso ao judiciário (elemento instrumental). (LAZARI, 2012, p. 85)

1) O direito à uma educação básica e em creche e pré-escola (exclui-se, pois, o direito ao ensino

superior; 2) O direito às saúdes preventiva, restauradora e pós-restabelecimento (exclui-se), pois, o direito à saúde experimental e demais questões atinentes à saúde) 3) O direito à alimentação, principalmente em seu enfoque existencial (exclui-se, pois, aquilo que abunda ou é supérfluo); 4) O direito de trabalhar com dignidade e o direito de perceber rendimentos jamais vis pelo trabalho (exclui-se, pois, o direito de ter um trabalho), com especial atenção para o salário mínimo; 5) O direito de não perder um lar e o direito de que este lar seja servido por prestações estatais de absoluta necessidade (exclui-se, pois, o direito de ser proprietário/possuidor de um lar; 6) o direito à previdência social; 7) a assistência aos desamparados, com especial atenção para o salário dignitário prestado ao idoso/portador de deficiência que comprove não ter condições próprias ou por terceiros de subsistência (LAZARI, 2012, p. 116-117).

Sarlet julga importante o salário mínimo, a assistência social, a previdência social, saúde e educação.

Alguns doutrinadores tentaram quantificar o Mínimo, por exemplo, pela tabela do imposto de renda. Porém, prevalece o entendimento de que a dignidade humana não tem preço.

O que esses conteúdos têm em comum, na verdade, é que o Mínimo Existencial representa o básico, o essencial, o fundamental, o imprescindível, o mínimo mesmo, para que haja uma existência digna.

Em razão das mazelas sociais existentes no Brasil, poder-se-ia apontar inúmeros casos em que o Mínimo não é respeitado, mas, dentre vários exemplos, apontam-se o dos moradores de rua, cada vez mais comum nas grandes e médias cidades, e os brasileiros que vivem de salário mínimo, cujo valor atual não atende às necessidades vitais básicas que estão previstas no artigo 7º, inciso IV, da CF.

Em sede de conclusão do subcapítulo, pode-se afirmar que o Mínimo Existencial como subgrupo qualificado de direitos fundamentais sociais, tem autoaplicabilidade e pode ser implantado pelos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo.

### O Ativismo Judicial e a Judicialização

O ativismo judicial é uma expressão surgida nos Estados Unidos entre os anos de 1954 a 1969, utilizada, sobretudo, para se referir à atuação progressista da Suprema Corte em matéria de direitos fundamentais.

“O ativismo é uma atitude, é a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes. [...] Registre-se, todavia, que apesar de sua importância e visibilidade, tais decisões ativistas representam antes a exceção do que a regra (BARROSO, 2013, p. 40).

Pelo ativismo judicial entende-se uma participação mais intensa do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, ou seja, o Executivo e o Legislativo. “Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios”. (BARROSO, 2013, p.244/246). Para alguns o ativismo é negativo,

“Que não se crucifique sem prévio julgamento este que escreve o trabalho, afinal não se defende o retorno ao gendarmismo estatal, mas critérios precisam ser instituídos. Critérios, e não a mera adaptação moderna do “método Robin Hood” de tirar do Estado “rico” para dar ao povo, “pobre”, apenas determinando-se que se cumpra, não importa como, com que dinheiro, e com qual planejamento, em troca de um estado de consciência, digamos “tranquilo, por parte do julgador” (LAZARI, 2012, p. 75).

Como exemplos do ativismo judicial: a) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e não concretizadas pelo legislador ordinário, como exemplo, imposição da fidelidade partidária e da vedação do nepotismo; b) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva da constituição, por exemplo, decisões referentes à verticalização e a cláusula de barreira; c) imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público em caso de inércia do legislador, por exemplo, greve no serviço público ou sobre a criação de município, como de políticas públicas insuficientes, por exemplo, na efetivação do direito à saúde (BARROSO, 2013, p. 246).

É necessário diferenciar a judicialização do ativismo judicial. A judicialização, “significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário”, o qual está atuando nas omissões do Executivo e Legislativo (BARROSO, 2013, p. 39).

A aludida omissão é denominada pela doutrina de síndrome da ineficácia das normas constitucionais, que incidem sobre as normas constitucionais de eficácia limitada, que são as que necessitam de provimento legislativo ou executivo superveniente, bem como de políticas públicas para gerarem efeitos. O Judiciário, por vezes, com o objetivo de garantir a fruição de direitos fundamentais, excede de sua competência, o que se denomina judicialização.

As causas da judicialização são diversas: Judiciário forte e independente, imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais; desilusão com a política tradicional; e para evitar desgastes, algumas vezes os atores políticos preferem que o Judiciário decida por eles (BARROSO, 2013, p. 39).

A doutrina costuma distinguir a inefetividade das instituições majoritárias da delegação das instituições majoritárias. A primeira diz respeito à falta de representatividade ou funcionalidade dos Poderes Legislativo e Executivo para atender às políticas públicas de modo eficaz, ficando o Judiciário incumbido de atender às demandas. A segunda ocorre quando o Legislativo para evitar resolver questões polêmicas, por exemplo, casamento homossexual, transfere essa responsabilidade ao Judiciário.

Portanto, a judicialização é um fato, pois o Poder Judiciário tem a obrigação de agir sempre que provocado, a fim de também não incidir no vício omissivo dos demais Poderes. Além disso, há a vedação do “*non liquet*”<sup>8</sup>, ou seja, o juiz não pode se eximir de julgar alegando a falta, lacuna ou obscuridade da lei.

O ativismo judicial é uma faculdade do magistrado, na qual ele busca a expansão dos direitos fundamentais, “inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados)”. (BARROSO, 2013, p. 247).

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial que “procura reduzir sua interferência nas ações dos outros poderes, [...] abrir mais espaço à atuação dos Poderes Políticos deferência em relação às ações e omissões deste último”. (BARROSO, 2013, p. 247)

O ativismo judicial deve ser realizado, como exceção, nas omissões dos Poderes constitucionalmente

8 Código de Processo Civil - Art. 126. 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. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

legitimados, Legislativo e Executivo, com o objetivo de que os direitos fundamentais sociais sejam efetivados, garantindo ao menos o Mínimo Existencial,

“No entanto, em outras situações – e são estas as cognoscíveis de ofício pelo juiz, o estado de necessidade do indivíduo pautado pela miséria, pela pobreza, pela saúde comprometida, pela fome pelo estado familiar crítico, pela ausência de um lar decente, dentre outras deve, autorizar ao magistrado via “ativismo”, a invocação do “mínimo” como salvaguarda última à observância da faixa de sobrevivência (LAZARI, 2012, p. 79).

Quando as normas constitucionais, ditas programáticas, já tiverem sido concretizadas pelo legislador ordinário, por exemplos, a Lei nº 9.394/1996 (Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional), a Lei nº 8.742/1993 (Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências) e a Lei nº 8.080/1990 (Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências), nestes casos, é possível pela judicialização, e por via do ativismo judicial, que o Judiciário vá além do Mínimo Existencial.

Nesse sentido, no subcapítulo seguinte, trataremos de alguns meios jurisdicionais de efetivação, dentre os quais se destaca a Ação Civil Pública, através da qual o Ministério Público pode buscar a efetivação de direitos fundamentais sociais, por exemplo, o fornecimento de medicamento.

## Meios Jurisdicionais de Efetivação

Neste subcapítulo pretende-se ressaltar algumas ações constitucionais para efetivação dos direitos sociais, as quais costumam ser mais abrangentes do que as ações individuais comuns ou ordinárias.

### Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN ou ADI)

A ação direta de inconstitucionalidade foi criada na Alemanha, sofrendo influências da doutrina e jurisprudência italiana, sendo incorporada pela Constituição Federal 1988, no artigo 103, § 2º. De

acordo com o referido artigo possuem legitimidade ativa para propor a ação direta de inconstitucionalidade o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. O sujeito passivo é o órgão responsável, de acordo com a Constituição, a tomar providências, cuja falta gerou a inconstitucionalidade por omissão.

Declarada a inconstitucionalidade no caso de omissão do Legislativo, o STF somente dará ciência àquele Poder, para que tome as providências necessárias, ou seja, não poderá a Suprema Corte impor ao Legislativo a produção do ato normativo a fim de que a omissão seja solucionada. Caso a omissão seja do Executivo, órgão administrativo, o STF está autorizado a fixar termo certo, o artigo fala em trinta dias, para que a inércia seja sanada, pena de responsabilidade do descumpridor da determinação (art. 103, § 2º, da CF).

Assim, predomina o entendimento na jurisprudência do STF, quando a inércia for do Legislador, a ADIN não tem nenhum efeito prático a não ser dar conhecimento da omissão judicialmente reconhecida ao órgão legislativo inadimplente.

### Mandado de Injunção

O mandado de injunção tem previsão no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, com o seguinte texto “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

“Outra polêmica que cerca o mandado de injunção reside na extensão de seus efeitos, caso acolhido. Tal como se dá na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, há os que apregoam que o seu provimento deve cingir-se à declaração da falta legislativa, seguida de mera comunicação ao órgão omisso. De outra parte, enfileiram-se os adeptos

do entendimento segundo o qual, do acolhimento do mandado de injunção, deve resultar um efeito supletivo da omissão normativa (DUARTE, 2011, p. 215).

O Supremo seguia a primeira corrente, ou seja, assim como na ADI por omissão apenas comunicava ao órgão legislativo acerca de sua omissão. Porém, esse entendimento mudou no julgamento dos mandados de injunção 708 e 712 (relatados respectivamente pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau), ambos julgados em 25 de outubro de 2007. O Plenário declarou que em razão da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica a regular o direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, inciso VII, aplicar-se-ia, no que coubesse, a Lei nº 7.783/1989, a qual trata do exercício do direito de greve na esfera privada.

Apesar do direito de greve ter dimensão defensiva, marcado pela abstenção do Estado, o Supremo abriu a possibilidade para que seja o mandado de injunção o instrumento a tutelar, também, os direitos fundamentais sociais.

### Ação Civil Pública

A ação civil pública está prevista na Lei nº 7.347/1985, anterior à Constituição de 1988, a qual traz no artigo 129, inciso III, traz como uma das funções institucionais do Ministério Público promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Também estão legitimados para intentar a ação civil pública a União, Estado, Distrito Federal e Municípios, autarquia, fundação, empresa pública, sociedade de economia mista ou associação, a Defensoria Pública (art. 5º da Lei 7.347/85).

O objeto da ação civil pública é a proteção de interesses ou direitos difusos, que tem sua definição no artigo 81, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 8078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), ou coletivos, quaisquer que sejam eles, ou individuais homogêneos, estes, desde que relacionados ao patrimônio público, social ou cultural (patrimônio cultural, os bens e direitos de valor histórico, artístico, turístico, paisagístico ou estético), ao ambiente, à ordem econômica ou urbanística e ao consumidor. Tendo em vista a ligação e até mesmo a identificação

entre os direitos difusos e coletivos com os direitos sociais a ação civil pública tem sido cada vez mais, utilizada para obrigar a Administração a efetivar políticas públicas realizadoras de prestações sociais ou, mesmo, para controlar a sua execução (DUARTE, 2011, p. 218).

O Ministério Público cada vez mais tem se utilizado desse instrumento, para obrigar o Poder Público a fornecer medicamentos aos que deles necessitam.

### (Re)distribuição da renda e o Imposto sobre grandes fortunas (IGF)

Apesar do crescimento econômico, que levou o Brasil a ultrapassar o Reino Unido e consolidar o sexto maior Produto Interno Bruto (PIB) do mundo, somos o quarto país mais desigual da América Latina em distribuição de renda, ficando atrás, apenas, da Guatemala, Honduras e Colômbia, segundo relatório, sobre as cidades latino-americanas, feito pelo Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (ONU-Habitat) divulgado em agosto de 2012.

A concentração de renda no Brasil é uma das piores do mundo, longe da média da União Europeia, apesar de ter diminuído nos últimos dez anos, segundo pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2012<sup>9</sup>.

No ano de 2011, segundo o IBGE, os 40% mais pobres ganhavam apenas 11% da riqueza nacional. De acordo com o índice de Gini<sup>10</sup>, desde a década de 1990, tem havido redução das desigualdades no Brasil. O país chegou a registrar 0,602 nos anos 1990, no ano de 2011 foi registrado 0,508, quanto menor o índice, menos desigual é o país, apenas para comparações a Suécia o país menos desigual do mundo tinha o índice de 0,250.

Noutras palavras, o problema, em muitos casos, não é a insuficiência de recursos, mas a concentração deles, este um dos maiores (se não a maior) dificulda-

9 <http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/noticia/2012/11/concentracao-de-renda-caiu-no-brasil-nos-ultimos-dez-anos-diz-ibge.html>, acesso em 18 de Nov. de 2013.

10 O Índice de Gini, criado pelo matemático italiano Conrado Gini, é um instrumento para medir o grau de concentração de renda em determinado grupo. Ele aponta a diferença entre os rendimentos dos mais pobres e dos mais ricos. Numericamente, varia de zero a um (alguns apresentam de zero a cem). O valor zero representa a situação de igualdade, ou seja, todos têm a mesma renda. O valor um (ou cem) está no extremo oposto, isto é, uma só pessoa detém toda a riqueza. (<[http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2048:catid=28&Itemid=23](http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2048:catid=28&Itemid=23)>), acesso em 18 de Nov. de 2013.

de que envolve o problema da efetivação dos direitos fundamentais sociais (DUARTE, 2011, p. 196).

Os direitos a prestações sociais encontram-se estritamente vinculados, dentre outros fatores, à distribuição dos recursos existentes, muitas vezes isso não é suscitado ou mesmo é camuflado.

“[...] Ao cuidar daquilo que denominou de “colisão entre os direitos fundamentais sociais de uns e os direitos de liberdades de outros”, Alexy lembra que na realização dos direitos a prestações em sentido estrito, o poder público só pode distribuir aquilo que extrai mediante a cobrança de tributos. Porém, os limites financeiros do Estado derivam não apenas dos bens que este já dispõe, mas também daquilo que o poder público pode tirar dos particulares para “fins distributivos”, sem lesionar seus direitos fundamentais (DUARTE, 2011, 191).

A acepção “neoliberal” de que o Estado não deve intervir no domínio privado, não pode prevalecer num país com uma das piores distribuições de renda do mundo. Logicamente, a (re)distribuição de renda deve ser feita respeitando-se direitos e garantias fundamentais, e não de modo arbitrário, com abusos estatais, de modo a preservar o Estado Democrático de Direito.

Muitos apontam, como forma de melhorar a distribuição de renda, a regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF), previsto no artigo 153, inciso VII, da Constituição Federal, que diz ser competência da União instituí-lo nos termos de lei complementar, a qual até hoje não existe.

O IGF também tem previsão nos Atos e Disposições Constitucionais Transitórias, no artigo 80, inciso III, em que se lê “Compõem o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza: o produto da arrecadação do imposto de que trata o Art. 153, inciso VII, da Constituição”.

Os projetos de Lei Complementar que rejeitaram o IGF caracterizavam-se por terem poucos artigos, poucos detalhes e poucas medidas antievasivas, divergindo entre si apenas com relação ao limite de isenção e a estrutura de alíquotas. Esses dois últimos aspectos são fundamentais na tributação efetiva da fortuna, e conseqüentemente, no potencial arrecadatório e distributivo da mesma. As rejeições, dos mencionados projetos, apontaram baixa arrecadação, alto custo administrativo e a sua extinção em diversos países europeus (CARVALHO, 2011, p. 3).

Apesar das críticas, o IGF representa segundo especialistas, em experiências bem sucedidas na França e Argentina, que se bem aplicado poderá trazer bons resultados fiscais, e principalmente sociais, com diminuição da concentração de renda (CARVALHO, 2011, p. 3).

## Participação Popular

A participação popular tem papel importante na efetivação (não jurisdicional) das prestações sociais. O ano de 2013, no qual a Constituição cidadã comemorou 25 anos, foi considerado histórico, em decorrência das manifestações populares, a maioria delas pacíficas, que ocorreram por todo o país.

Inicialmente os protestos, combinados pelas redes sociais, eram contra o aumento das tarifas de transporte público, mas, as reivindicações passaram a serem as mais variadas possíveis, como por exemplo, contra a corrupção, o lema pode ser resumido em “serviço público com qualidade FIFA”, em alusão aos serviços públicos de péssima qualidade, não obstante, o dispêndio de recursos públicos com a Copa das Confederações, que foi realizado no mês de junho do ano 2013, e a Copa do Mundo de 2014.

Devido aos protestos, o Executivo, principalmente na esfera federal, e o Legislativo, especialmente o Congresso Nacional, tiveram de se mexer, e foram propostos: a reforma política, de pronto considerada inconstitucional por juristas, investimentos no transporte público, na saúde e na educação, a qual receberia cem 100% dos royalties do petróleo e 50% do pré-sal, e a responsabilidade fiscal.

Portanto, a participação popular, por meio de manifestações pacíficas, é de suma importância, como forma de pressão, principalmente, ao Executivo e Legislativo, para que sejam criados os mecanismos, políticas públicas, e a regulamentação de direitos sociais, só para ficar num exemplo, o artigo 7º, inciso I<sup>11</sup>, da Constituição Federal, que garantam maior efetivação dos direitos fundamentais sociais.

“Trata-se da edificação de uma cidadania reivindicatória, a exercer um importante papel no processo social (complexo e gradual) de melhoramento da realidade socioeconômica, com significativo incremen-

11 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;

to na qualidade de vida” (DUARTE, 2011, p. 220). Outra forma, é a participação popular no orçamento público, ou seja, a própria comunidade participa diretamente da destinação das receitas públicas.

## CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais sociais podem ser resumidos em dois grandes grupos: os que dependem de prévia concretização ou conformação legislativa dos preceitos constitucionais, denominados normas programáticas, que resulta na inaplicabilidade imediata e compromete o reconhecimento dos direitos sociais como direitos subjetivos, bem como sua justiciabilidade.

Além disso, a impossibilidade em princípio, de o Judiciário satisfazer pretensões prestacionais, já que estas representam decisões políticas a cargo, primeiramente, do Legislativo, que deve conformá-las e concretizá-las através de lei, e posteriormente, à Administração Pública na execução de políticas públicas, ao que se denomina a eficácia jurídica da norma.

O segundo grupo refere-se à insuficiência de recursos para a efetivação dos direitos a prestações sociais, o que leva ao reconhecimento, com ressalvas, da chamada teoria Reserva do Possível, que guarda relação com a eficácia social ou efetividade dos direitos sociais.

Quanto à eficácia jurídica, as normas que preveem direitos sociais prestacionais não podem ser vistas como regra, ou seja, “tudo ou nada”, sendo mais bem alocadas como princípio, o qual determina que a realização do direito seja no seu máximo, contudo, condicionado às possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Assim, caberá ao Judiciário, caso a caso, analisar a eficácia de determinada norma fundamental.

Diante da colisão de princípios deve-se realizar a devida ponderação, na esteira do proposto por Alexy, quanto maior for a restrição a um princípio, maior deve ser a importância do princípio contraposto.

Quanto à eficácia social, a maioria dos direitos sociais previstos na Constituição já foram objetos de conformação, ponto que não é pacífico na doutrina, a exemplo da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/96), Lei de Assistência Social (Lei 8.742/93) e a da Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90), podendo-se afirmar a existência de direitos subjetivos a prestações sociais na medida e nos moldes de ato legislativo.

No entanto, por vezes, essas leis não são cumpridas pelo Executivo ao argumento da insuficiência de recursos, ou seja, a teoria da Reserva do possível. Apesar do reconhecimento da Reserva como um obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais sociais, ela não pode se configurar intransponível, tal argumento se alegado pelo Estado, deve ser provado por ele e apurado criteriosamente pelo magistrado.

Também aqui, a ponderação entre princípios proposta por Alexy, ou seja, o Mínimo Existencial, o direito fundamental a condições mínimas para uma vida digna afasta a Reserva do Possível.

O argumento da Reserva do Possível usado excessivamente como desculpa genérica deve ser relativizado em países em desenvolvimento como o Brasil, com contexto social, cultural e econômico, muito diferente, da Alemanha, onde essa teoria foi criada.

Quanto à falta de legitimidade democrática dos magistrados para implementar políticas públicas, esta implementação deve ser feita de modo excepcional, na omissão dos demais Poderes(funções) e para resguardar o Mínimo Existencial.

Conclui-se que com base na ponderação, no caso concreto, no conflito de princípios, eventualmente envolvidos, a dignidade da pessoa humana funcionará como balizador na determinação do direito a prevalecer.

Assim, a partir do Neoconstitucionalismo, quando houver conformação ou concretização de norma proclamadora de direitos a prestações sociais pelo Legislador, o Judiciário pode ir além do Mínimo Existencial, caso não haja essa concretização, o Judiciário pode, de ofício, via ativismo judicial, garantir o Mínimo Existencial, sob pena do completo esvaziamento dos direitos sociais.

É plenamente possível a maior efetivação dos direitos fundamentais sociais, a despeito dos argumentos que lhe são contrários. Muitas vezes essa efetivação não ocorre por falta de vontade política, o que passa pela resolução do problema da distribuição de renda, podendo auxiliar nessa resolução a regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF), com previsão constitucional, e com políticas de transferência de renda.

Por fim, a participação popular, como por exemplo, através de manifestações pacíficas, e participação no orçamento público, é uma das formas mais importantes para a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Assis; CHRISTMANN, Martha Ochsenhofer. **Ética e direito: uma perspectiva integrada**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ALVES, Cleber Francisco. **Pobreza e direitos humanos. O papel da Defensoria Pública na luta para a erradicação da pobreza**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2526, 1 jun. 2010. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/14957/pobreza-e-direitos-humanos/2> >. Acesso em: 4 jan. 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. Revista de Direito Administrativo, v. 240, p. 83-103, 2005. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. 2ª. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CARVALHO, Pedro Humberto Bruno de Carvalho. **Nota técnica: As discussões sobre a regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas: a situação no Brasil e a experiência internacional**. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

DUARTE, Leonardo de Farias. **Obstáculos econômicos à efetivação Dos Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FONSECA, Maria Hemília. **Direito ao trabalho: Um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católi-

ca de São Paulo – PUC, 2006. Disponível em: <[http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_arquivos/9/TDE-2006-08-08T13:53:41Z-2445/Publico/MariaHemiliaFonseca.pdf](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2006-08-08T13:53:41Z-2445/Publico/MariaHemiliaFonseca.pdf)>. Acesso em 15 de setembro de 2013. pag. 245-267.

FRANCO, Lafaiete Reis. A judicialização do direito constitucional à saúde no Brasil: a busca pela efetivação de um direito fundamental. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3735, 22 set. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25377>>. Acesso em: 22 set. 2013.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

KHAIR, Amir. **Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF)**. Disponível em <[http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/akhair190308\\_2.pdf](http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/akhair190308_2.pdf)>. Acesso em 13 nov. 2013.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: um necessário estudo dialógico**. Dissertação de Mestrado. Marília: Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília/SP – Univem, 2012. Disponível em: <[http://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/850/Disserta%C3%A7%C3%A3o\\_Rafael%20Jos%C3%A9%20Nadim%20de%20Lazari\\_2012.pdf?sequence=1](http://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/850/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Rafael%20Jos%C3%A9%20Nadim%20de%20Lazari_2012.pdf?sequence=1)>. Acesso em 6 de agosto de 2013.

\_\_\_\_\_. Rafael José Nadim de. Da possibilidade de implementação de normas sociais programáticas pelo Poder Judiciário: análise programática. *In: Revista da Faculdade de Direito da UERJ – RFD*, v. 1, n. 20. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj>>. Acesso em 19 de agosto de 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, UFPR, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf>>. Acesso em 23 de setembro de 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7ª ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcos Oriane Gonçalves; CORREIA, Erica Paula Barcha (Coord.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 53-69.

PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A eficácia e a efetividade dos Direitos Sociais de caráter prestacional: em busca da superação dos obstáculos**. Dissertação de Mestrado. Brasília: Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nacional de Brasília, UNB, 2008. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5143/1/2008\\_MarceloRebelloPinheiro.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5143/1/2008_MarceloRebelloPinheiro.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2013.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1192, 6 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9014>>. Acesso em: 6 out. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11 ed, rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

\_\_\_\_\_. Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163- 206 Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo\\_Ingo\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLIS\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf)>

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: na Constituição Federal de 1988**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. O direito à moradia e penhora do imóvel do fidejutor: Breves notas a respeito da atual posição Supremo Tribunal Federal Brasileiro. In: **Direitos Fundamentais e Justiça**, nº 2. Porto Alegre: HS Editora, jan-mar/2008. Disponível em <[http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/comentario\\_jurisp2.pdf](http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/comentario_jurisp2.pdf)>. Acesso em 14 de setembro de 2013.

SILVA, Edna Lúcia da; MENEZES, Estera Muszkat. **Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação**. 4. ed. rev. atual. Florianópolis: UFSC, 2005. Disponível em <[http://www.tecnologiadeprojetos.com.br/banco\\_objetos/%7B7AF9C03E-C286-470C-9C07-EA067CECB-16D%7D\\_Metodologia%20da%20Pesquisa%20e%20da%20Disserta%C3%A7%C3%A3o%20UFSC%202005.pdf](http://www.tecnologiadeprojetos.com.br/banco_objetos/%7B7AF9C03E-C286-470C-9C07-EA067CECB-16D%7D_Metodologia%20da%20Pesquisa%20e%20da%20Disserta%C3%A7%C3%A3o%20UFSC%202005.pdf)>. Acesso em 2 de setembro de 2013.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2000.

## LEGISLAÇÕES

BRASIL. **Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil promulgado em 5 de outubro de 1988, com alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html)>. Acesso em: 6. Ago.2013.

## SITES CONSULTADOS

<<http://www.portaltransparencia.gov.br/>>. Acesso em: 5 de Nov. 2013.

<<http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/noticia/2012/11/concentracao-de-renda-caiu-no-brasil-nos-ultimos-dez-anos-diz-ibge.html>>. Acesso em: 18 de Nov. 2013

<<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>.. Acesso em: 10 de Out. 2013.

<<http://www.tvjustica.jus.br/index/ver-detalleprograma/idPrograma/212891/youtubeid/pagina/2>>. Acesso em: 26 de Jun 2013.