

OS DIREITOS SOCIAIS E A ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA¹

THE SOCIAL RIGHTS AND THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL ORDER

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha²

Resumo

O presente trabalho discute acerca da concretização dos direitos sociais na ordem constitucional brasileira. Objetiva-se analisar a Constituição frente ao cenário mundial e a atuação do Judiciário na implementação dessas garantias fundamentais do homem, muitas vezes, omitidas pelo Estado ou não realizadas plenamente conforme os ideais referendados pela Carta Política. Entende-se necessária a adoção de uma postura ativa e engajada dos magistrados a fim de se enaltecer o papel do Poder Judiciário como fiador das promessas e dos imperativos categóricos da Norma *Normarum*.

Palavras-chave: Ordem Constitucional Brasileira; Direitos Sociais; Poder Judiciário; Garantias Fundamentais.

Abstract

This text deals with the discussion about the social rights concretion on the Brazilian Constitutional Order. The purpose is to analyze the Federal Constitution order in front of the world scenario and the Judiciary action about the implementation of these fundamental guarantees, many times oppressed by the State or not completely done as the ideal in the Constitution. It is necessary to adopt an active and careful attitude of the judges with the intention to praise the function of the Judiciary Power as categorical imperatives and guarantor of the Constitution.

Keywords: Brazilian Constitutional Order; The Social Rights; The Judiciary Power; The Fundamental Guarantees.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Constituição Federal e os direitos sociais. 3. Dignidade da pessoa e o direito à felicidade. 4. Atuação do Judiciário na consolidação de políticas públicas. 5. Reserva do Possível e Mínimo Existencial. 6. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Muito se discute sobre o dever do Estado na concretização dos direitos sociais consagrados nas Cartas Políticas, sabido sua omissão violar frontalmente a ordem constitucional e os princípios universais nelas inseridos.

¹ Artigo recebido em: 23/05/2016. Aceito para publicação em: 28/05/2016.

² Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestra em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica Portuguesa. Professora Universitária do UniCEUB. Ministra do Superior Tribunal Militar. E-mail: <bethgtr@gmail.com>.

Para Andreas Krell, “a negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos” (KRELL, 2002, p. 23).

Mas como conceituá-los? Segundo José Afonso da Silva, “os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais” (SILVA, 2006, p. 286)³.

Imputa-se ao Estado o desenvolvimento e a execução de programas capazes de suprir as necessidades primárias da sociedade, em especial dos indivíduos que se encontram em situação de hipossuficiência, marginalidade e carência (CAMPOS, 1994, p. 49 *et seq.*).

A matéria revela-se de grande importância e deve ser amplamente discutida no meio acadêmico e nos tribunais pátrios. O presente artigo tem como escopo, precisamente, buscar respostas aos questionamentos e anseios sociais, entendendo ser inafastável da apreciação do Poder Judiciário questões dessa natureza e magnitude.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS DIREITOS SOCIAIS

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 as garantias sociais passaram a ser consideradas não como direitos contra a estatalidade, mas sim, direitos que, perpassando-a, demandam do poder público certas prestações materiais.

Paulatinamente se concebe a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais como forma de garantir ideais fundamentalizados, regulados pelas leis e pelos atos administrativos capazes de definir, executar ou implementar as chamadas políticas públicas de interesse coletivo (KRELL, 2002, p. 19).

Efetivamente, a consagração dos direitos sociais encontra-se intimamente ligada à vida e à dignidade da pessoa humana, objetivos primordiais do Estado sem os quais sua existência revela-se inócua.

³ São garantias cujos lastros históricos remontam à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e, mais especificamente, às Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919.

Consabido possuir o legislador uma margem de autonomia na definição da forma e da medida em que dita garantia deva ser assegurada. Contudo, a interveniência congressional não pode ser concebida apenas como função executiva da Constituição. As normas máximas sobre a matéria possuem caráter aberto, devendo ser concretizadas de acordo com a vontade geral, observando-se as possibilidades e os meios para sua efetivação (CAMPOS, 1994, p. 22).

Igualmente relevante destacar que a prestação dos direitos comunitários encontra-se intimamente ligada à capacidade orçamentária do ente federado. Outrossim, ao legislar sobre o contexto interno, os parlamentares são obrigados a considerar o cenário internacional, na medida em que as alterações no panorama mundial refletem-se no país.

Não quer isso significar a vinculação estrita das prestações coletivas às especulações financeiras ou ao resultado da política monetária adotada a nível externo e doméstico. Por serem regras primordiais de uma Nação, enrijecidas pela petrealidade, provêm da determinação legal máxima, garantidora das transformações econômicas.

Não por acaso propôs Gomes Canotilho a ideia de uma Constituição dirigente e a sujeição parlamentar às normas programáticas sobre direitos sociais, econômicos e culturais que impõe sua *voluntas* na criação da legislação ordinária fixadora das prestações positivas. Da mesma forma, elas vinculam o Poder Executivo a oferecer serviços e bens à sociedade⁴.

A despeito de haver revisado o conceito, pondera o autor lusitano que a Constituição dirigente, antes um projeto da modernidade, surgido em um momento histórico relevante, já teria cumprido seu papel. Contudo, *“isto não pode significar que não sobrevivam algumas dimensões importantes da programaticidade [...] e do dirigismo constitucional”* (COUTINHO; MARQUES NETO, 2003, p.14). A prova da

⁴ Na segunda edição da obra, publicada em 2001, o autor alterou seu posicionamento em virtude da mudança do cenário social mundial e assumiu uma atitude mais pessimista com relação aos ideais do Estado Social de Direito. Defendeu que *“as constituições eram corolários da razão política e humanista e constituíam propostas do devir político e social. Para os quadrantes do nihilismo pós-moderno e da ideologia antimodernista dos neoconservadores, as constituições liberais e sociais, mas mais estas do que aquelas, escondem no seu bojo um pecado mortal – a lógica da narrativa emancipatória, a ideia do progresso do homem, a utopia da desalienação, a promessa da felicidade para as mulheres e homens do presente e das próximas gerações futuras. O desafio que se coloca aos cultores do direito constitucional não pode ser outro que não o de tentar compreender as novas lógicas, as novas razões, os novos mitos. (...) O problema é o de saber se as novas lógicas se desenvolvem matematicamente como verdades axiomáticas ou se elas devem ser inseparáveis dos contextos políticos, econômicos e sociais em que se impõe com crueza a politização do concreto”* (CANOTILHO, 2001, p. VII).

perpetuação dessas dimensões é a vinculação do legislativo aos fins que integram o programa constitucional (COUTINHO; MARQUES NETO, 2003, p.15).

Sob outro prisma, reconhece ele o enfraquecimento das Cartas Políticas de conteúdo ideológico frente aos textos internacionais. Como assevera, *“não faltam vozes a considerar aqueles objetivos como um entulho programático, sem qualquer força vinculativa. Agora quando esses mesmos objetivos constam de tratados internacionais, toda a gente vem dizer que é preciso levá-los a sério, dada a imperatividade e normatividade das cláusulas dos tratados [...]”* (COUTINHO; MARQUES NETO, 2003, p.15-16). Nessa perspectiva, sustenta certa deslocação da normatividade endógena para os estatutos supranacionais.

À evidência, o fenômeno ocorre mais concretamente no marco da União Europeia, considerando a mundialização. No Brasil, a centralidade perdura no âmbito do Estado, pautado sob a égide da *Lex Federal* (COUTINHO; MARQUES NETO, 2003, p.35). Por isso, a interpretação a partir da Constituição ainda norteia toda a atividade exegética, uma vez que ela constitui o *“topoi”* hermenêutico.

Isso posto, mister *“trabalhar o direito como instrumento de resistência a partir de uma perspectiva garantista e de uma releitura constitucional de todo o ordenamento, para que seja possível alcançar uma prática emancipatória”* (COUTINHO; MARQUES NETO, 2003, p. 64-65).

A Constituição dirigente estaria morta⁵ se o dirigismo contratual fosse entendido como o *“normativismo constitucional revolucionário capaz, por si só, de operar transformações [...]”* (COUTINHO; MARQUES NETO, 2003, p. XXIX). Não é o caso. Hodiernamente, direito constitucional, direito internacional e direito supranacional interligam-se, devendo as Leis Maiores dos Estados estabelecerem as premissas materiais fundantes das políticas públicas dos regimes adotados.

⁵ Para Canotilho, *“podemos estar a ser hipócritas quando, em nome de políticas neoliberais, defendemos a democracia. Não estamos a pensar em democracia, estamos a pensar numa governança privada a nível mundial. A experiência histórica mostra que o poder político foi democratizado, o poder político foi domesticado, o poder político foi e é controlado. Mas nunca vimos que houvesse controle democrático da governança privada em termos económicos-internacionais. Portanto, quando coloca essas questões da ‘morte da constituição dirigente’, o importante é averiguar por que é que se ataca o dirigismo constitucional. Uma coisa é dizer que estes princípios não valem e outra é dizer que, afinal de contas, a Constituição já não serve para nada, já não limita nada. O que se pretende é uma coisa completamente diferente da problematização que vimos efectuando: é escancarar as portas dessas políticas sociais e económicas a outros esquemas que, muitas vezes, não são transparentes, não são controláveis. Então eu digo que a constituição dirigente não morreu. (...) A grande questão que se coloca em termos políticos é a de saber se, afinal, devemos ou não acreditar, devemos ou não considerar que estes princípios ainda são imperativos categóricos coletivos”*. (COUTINHO; MARQUES NETO, 2003, p. 30-31).

O atual contexto trazido pelas reações máximas sugere a atuação estatal, assumindo novas responsabilidades, comprometendo-se a intervir ativamente na ordenação das relações comunitárias, de modo a ajustar-se aos valores nelas consagrados⁶.

Nesse sentido, imperioso suas preceituações serem acatadas com respaldo na realidade fático-social existente. Promessas exageradas, sem a possibilidade de real efetivação, desacreditam a *Lex* e abalam a confiança dos cidadãos levando à “frustração constitucional” (KRELL, 2002, p. 26).

A Carta Magna Brasileira é um exemplo fiel de programaticidade quando define fins e propostas de futura ação pública, orientada por valorações éticas. Por isso, muitas vezes, seus enunciados traduzem grandes imprecisões e comprometem sua eficácia e aplicabilidade imediata (SILVA, 1998, p. 137).

Parte da doutrina encara os preceitos programáticos como meros compromissos destituídos de cogência (REIS, 2003, p. 23). Na doutrina italiana, Giorgio Del Vecchio afirmou categoricamente que regras dessa natureza não teriam significado propriamente jurídico, apenas, moral e político (DEL VECCHIO, 1979, p. 382).

Na doutrina alemã, alguns escritos buscaram a superação desse ideário. Para Konrad Hesse, a Constituição adquire força normativa na medida em que é capaz de efetivar determinada pretensão de eficácia, ou seja: ela se transforma em força ativa quando as tarefas propostas forem realizadas, se existir disposição de orientar a própria conduta, segundo a ordem nela estabelecida e se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, for possível identificar a vontade de concretizá-la (HESSE, 1991, p. 16-19).

Contemporaneamente, as regras programáticas descortinam notável importância porque atribuem fins ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico. Ao assegurar a todos existência digna, por intermédio da intervenção do Poder Executivo na ordem econômica, a Carta de 1988 almeja a justiça social.

Sem embargo da maioria dos constitucionalistas modernos rejeitarem a existência de um direito fundamental individual para concessão de prestações

⁶ Conforme salienta André Rufino do Vale, “o Estado se despe de sua função tradicional de mero garantidor dos direitos e passa a assumir o papel de promotor desses mesmos direitos, impedindo que se convertam em meras fórmulas vazias e possam ser usufruídos por todos. (...) São exigidas do Estado medidas de planejamento econômico e social e uma intervenção direta e dirigente na economia, ensejando-se um sistema completo de prestações nas várias áreas da vida social”. (VALE, 2004, p. 44).

positivas e a interferência ativa em políticas públicas por parte do Judiciário, sob o fundamento de que este não estaria democraticamente legitimado e tecnicamente aparelhado para tal tipo de decisão; aceitam e defendem, em contrapartida, um “mínimo existencial” como garante da dignidade da pessoa humana (KRELL, 2002, p. 60).

Consabido residirem os fundamentos da Nação no respeito ao indivíduo em todas suas dimensões. Se o Estado não o assegura, necessário repensar a engenharia política.

3 DIGNIDADE DA PESSOA E O DIREITO À FELICIDADE

A dignidade da pessoa humana, clausulada como pétrea pela Carta Cidadã, há de ser amplamente utilizada em prol da melhoria dos serviços sociais básicos que garantam condições existenciais basilares ao povo.

No contexto nacional, o desenvolvimento socioeconômico, o “padrão mínimo social”, há de incluir um atendimento eficiente de saúde, o acesso à alimentação, à educação e à garantia de moradia. Não se trata de condições utópicas ou ideologismos⁷.

Partindo do paradigma de a dignidade descortinar uma “*qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano*” diante do Estado e da comunidade – e que esta qualidade implica direitos e deveres fundamentais que resguardem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, bem como sejam-lhe garantidas as condições existenciais para uma vida saudável – depreende-se pressupor, ela, um nível de estabilidade jurídica capaz de afiançar segurança básica e tranquilidade (SARLET, 2004, p. 17).

E dentro desse panorama, a efetividade dos direitos fundamentais sociais converte-se em um instrumento hábil à busca da felicidade individual e coletiva⁸. Sob

⁷ Como bem salienta Dominique Rousseau, em sua obra **Les Libertés Individuelles et la Dignité de la Personne**, os direitos fundamentais adquirem vida e inteligência por meio da dignidade da pessoa, ao passo que esta não se realiza e torna efetiva senão pelos direitos fundamentais. (ROUSSEAU, 1998, p. 70).

⁸ O direito à busca da felicidade vem adquirindo, paulatinamente, repercussão nos textos internacionais. A Organização das Nações Unidas, na Resolução 65/309, de julho de 2011, reconheceu a felicidade como meta fundamental da humanidade e colocou-a na agenda mundial. Então, se foram os americanos os pioneiros da noção de “felicidade” – **the right to pursuit of happiness** –, quem firmaram-na como uma “verdade evidente” desde a Declaração de Independência de Thomas Jefferson, o texto da Resolução aprovada pela Assembleia das Nações Unidas, teve o condão de positivá-la. Nele se lê “*Não é possível haver paz duradoura,*

essa perspectiva, o direito de ser feliz não se funda em referenciais subjetivos, mas em “*uma vida digna, na qual seja assegurada a liberdade, a segurança, a igualdade, o acesso à educação de qualidade, [...] à saúde, alimentação, moradia, dentre outros direitos essenciais [...]*.” (FREIRE, 2012, p. 240).

A ideia de felicidade vincula-se, inexoravelmente, ao ser humano, valor irrenunciável, inalienável e imprescritível. A natureza das prestações positivas dos direitos sociais que dela decorrem perspectiva a igualação da isonomia legal à isonomia real, ainda tão distantes. O direito à felicidade vai ao encontro das aspirações comuns, fruto do **Welfare State**⁹.

Sua métrica emerge da principiologia da Constituição que encarta positavações favoráveis à evolução do bem-estar comum e de cada um¹⁰.

prosperidade, igualdade e fraternidade neste mundo se nossas metas são tão separadas e divergentes, [...] se não aceitamos que, no final, somos pessoas iguais, compartilhando a terra entre nós e também com outros seres, que têm igual papel e risco no estado deste planeta”.

⁹ E é por essa razão e não outra que o Senador Cristovam Buarque apresentou Proposta de Emenda Constitucional para fazer inserir no art. 6º da Lei Maior em vigor - precisamente o que trata dos Direitos Sociais – o direito à busca da felicidade por cada indivíduo e pela sociedade, mediante a dotação pelo Estado e pela própria coletividade das adequadas condições para seu exercício.

Inserida a alteração, o artigo passaria a vigorar com a seguinte redação: “São direitos sociais, essenciais à busca da felicidade, 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”.

Fundamenta a PEC os argumentos adiante expostos: “A busca individual pela felicidade pressupõe a observância da felicidade coletiva. Há felicidade coletiva quando são adequadamente observados os itens que tornam mais feliz a sociedade, ou seja, justamente os direitos sociais – uma sociedade mais feliz é uma sociedade mais bem desenvolvida, em que todos tenham acesso aos básicos serviços públicos de saúde, educação, previdência social, cultura, lazer, dentre outros. [...]”

A alteração no artigo 6º é reflexo, justamente, do escopo principal previsto nesta Proposta de Emenda à Constituição, sendo os direitos sociais (educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados) essenciais para que se propicie a busca, pelos indivíduos, com reflexos na sociedade como um todo, da felicidade.[...]

Todos os direitos previstos na Constituição – sobretudo, aqueles tidos como fundamentais – convergem para a felicidade da sociedade. É assegurado o direito a uma vida digna, direito esse que pode ser tido como fundamental para que a pessoa atinja a felicidade. Também a vida com saúde é fator que leva felicidade ao indivíduo e à sociedade. Uma adequada segurança pública implica em uma vida mais feliz, indubitavelmente. E assim ocorre com um sem-número de direitos encartados na Constituição. [...]

Os critérios objetivos da felicidade podem, no contexto constitucional, ser entendidos como a inviolabilidade dos direitos de liberdade negativa, tais como aqueles previstos no artigo 5º (variantes da vida, ao Estado prestacional – os direitos sociais, como [...] liberdade, igualdade, propriedade e segurança), além daqueles relacionados no artigo 6º do Texto Constitucional. O encontro dessas duas espécies de direitos – os de liberdade negativa e os de liberdade positiva – redundam, justamente, no objetivo da presente Proposta de Emenda à Constituição: a previsão do direito do indivíduo e da sociedade em buscar a felicidade, obrigando-se o Estado e a própria sociedade a fornecer meios para tanto, tanto se abstendo de ultrapassar as limitações impostas pelos direitos de égide liberal quanto exercendo com maestria, observados os princípios do caput do artigo 37, os direitos de cunho social.”

¹⁰ Em sua justificação à PEC apresentada, o Senador Cristovam Buarque pondera que diversas normas positivas contemplam a busca pela felicidade como um direito. “Na Declaração de Direitos

Segundo Kant, a pessoa constitui um fim em si mesma e não pode ser usada como meio da vontade própria e alheia (KANT, 2004, p. 82). Daí, sua “coisificação” ou “instrumentalização” restar vedada, não se concebendo sua desvinculação diante do Estado.

Carece de sentido, portanto, relativizar o princípio da dignidade à reserva do possível.

4 ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA CONSOLIDAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A utilização do Poder Judiciário para questionar e obrigar a Administração a desenvolver políticas públicas tem continuamente frequentado a jurisprudência e impulsionado a doutrina pátria.¹¹ Os direitos sociais, como direitos subjetivos a ditas

da Virgínia (EUA, 1776), outorgava-se aos homens o direito de buscar e conquistar a felicidade; na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789) há a primeira noção coletiva de felicidade, determinando-se que as reivindicações dos indivíduos sempre se voltarão à felicidade geral. Hoje, o Preâmbulo da Carta Francesa de 1958 consagra a adesão do povo francês aos Direitos Humanos consagrados na Declaração de 1789, dentre os quais se inclui à toda evidência, a felicidade geral ali preconizada.

Atualmente, a felicidade está elevada ao grau constitucional em diversos ordenamentos jurídicos. Nesse contexto, como deixar de citar o Reino do Butão, que estabelece, como indicador social, um Índice Nacional de Felicidade Bruta (“INFB”), mensurado de acordo com indicadores que envolvem bem-estar, cultura, educação, ecologia, padrão de vida e qualidade de governo, determinando o artigo 9º daquela Constituição o dever do INFB. O artigo 20, item 1 daquela Carta estabelece, na mesma esteira, que o Governo deverá garantir a felicidade do Estado de promover as condições necessárias para o fomento do povo. [...]

Em linha análoga segue o artigo 13º da Constituição do Japão e o artigo 10º da Carta da Coreia do Sul: o primeiro determina que todas as pessoas têm direito à busca pela felicidade, desde que isso não interfira no bem-estar público, devendo o Estado, por leis e atos administrativos, empenhar-se na garantia às condições por atingir a felicidade; o segundo estatui que todos têm direito a alcançar a felicidade, atrelando esse direito ao dever do Estado em confirmar e assegurar os direitos humanos dos indivíduos.”

¹¹ Nessa esteira, os Tribunais inclinam-se pela possibilidade de intervenção do Judiciário na implementação de políticas públicas. A propósito, decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“DIREITO CONSTITUCIONAL À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NOS ARTS. 7º E 11 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICAS. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA. 1. Ação civil pública de preceito cominatório de obrigação de fazer, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina tendo vista a violação do direito à saúde de mais de 6.000 (seis mil) crianças e adolescentes, sujeitas a tratamento médico-cirúrgico de forma irregular e deficiente em hospital infantil daquele Estado. 2. O direito constitucional à absoluta prioridade na efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em norma constitucional reproduzida nos arts. 7º e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”. “Art. 11. É assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da

prestações, impõem, cada vez mais, a atuação ativa e engajada do Judiciário para o adimplemento dos preceitos constitucionais, enaltecendo seu papel de fiador das garantias e dos imperativos categóricos da Carta da República.

Busca-se, por intermédio da inafastabilidade da jurisdição, a materialização do Capítulo II, art. 6º, da CF, do qual emergem a educação, a saúde, o lazer, a moradia digna e condizente com o necessário para o desenvolvimento saudável e harmônico da vida humana, dentre outros.

saúde." 3. Violação de lei federal. 4. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. **Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à saúde, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria que assola o país. O direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.** 5. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Conseqüentemente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública. 6. **A determinação judicial desse dever pelo Estado não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegeze que vise afastar a garantia pétrea.** 7. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à saúde das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais. 8. **Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.** 9. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação. 10. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. 11. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no Estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional. 12. **O direito do menor à absoluta prioridade na garantia de sua saúde insta o Estado a desincumbir-se (sic) do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.** 13. Recurso especial provido para, reconhecida a legitimidade do Ministério Público, prosseguir-se no processo até o julgamento do mérito." (RESP nº 577.836, Relator: Min. Luiz Fux, DJe 28/2/2005).

Seu acatamento traduz-se em legítimo dever do Poder Executivo que, uma vez inadimplente, pode ser compelido na esfera judicial.

Embora ainda seja reduzido o grau de provocação para demandas relacionadas à implementação de tais garantias (proporcionalmente às necessidades populares), há avanços significativos em ações baseadas no Código de Defesa do Consumidor ou envolvendo temas inegavelmente relevantes, como a prestação de serviços e o fornecimento de medicamentos.

Isso porque a Lei Maior instituiu a efetividade da tutela individual, coletiva e metaindividual, sendo várias as possibilidades abertas para permitir que políticas públicas sejam determinadas consoante dispõe a positividade magna.

A ação civil pública, os *writs* constitucionais, em especial o mandado de injunção, as lides específicas previstas no controle concentrado junto ao Supremo Tribunal Federal, são exemplos das possibilidades processuais para que entidades ou grupos de legitimados possam questionar o vácuo congressual ou executivo, com vistas a ajustar as condutas aos desideratos e fins previstos na Norma *Normarum*.

Em comum, todas pretendem obrigar o administrador público e o legislador a alterar determinado padrão de comportamento, fundado em alegada ilegalidade ou eventual inconstitucionalidade, como também objetivam corrigir desvios e alterar concepções e metas na implantação de medidas governamentais envolvendo gama enorme de segmentos.

Merecem, ainda, menção, os tratados internacionais, nomeadamente os de Direitos Humanos que detêm *status* constitucional ou infralegal, a depender de como foram incorporados no ordenamento doméstico. A relevância justifica-se porque vários desses documentos exógenos instituem disposições assecuratórias, metas de desenvolvimento, que se manifestam como latente fonte de garantias ao indivíduo, tais como o trabalho, a proteção à maternidade, à infância, a demandar postura ativa do Estado na distribuição de bens tangíveis e intangíveis aos cidadãos.

Não obstante as reformas liberais vivenciadas em passado recente pelo Brasil, remanesce o ideário do Estado Social e Democrata, a impor o acatamento das determinações do art. 3º da Carta Republicana. Decorre, daí, a incumbência da Judicatura em assumir a parcela de responsabilidade social que lhe é devida na fiscalização do atuar público¹².

¹² Dúvidas não restam que o Poder Judiciário, durante largo período, foi o sustentáculo dos direitos civis e da liberdade individual. É ele o garante da legalidade, da igualdade perante a lei e,

Cinco são os objetos que podem sofrer aferição jurisdicional: 1) a fixação dos objetivos e prioridades por parte do Poder Público em matéria de direitos fundamentais; 2) o resultado final esperado das políticas públicas adotadas; 3) a quantidade de recursos investidos em termos absolutos ou relativos; 4) o alcance ou não das metas estabelecidas; e 5) a eficiência mínima - entendida como economicidade - na aplicação financeira destinada à determinada finalidade.

Revela-se, por conseguinte, plenamente possível o controle judicial dos programas governamentais, no tocante à sua adequação ao conteúdo e aos fins estabelecidos na Constituição. Ao interpretar a *Lex Magna* procurando dela sacar todas as suas potencialidades, verifica-se que a exegese concretizadora das garantias não configura exercício retórico ou demagógico, mas verdadeiro poder-dever do Estado-juiz a ser aferido com prudência e razoabilidade.

Cabe, pois, ao magistrado, exercitar o princípio da ampla tutela jurisdicional com os olhos voltados à máxima eficácia do comando maior a fim de, vg: contrastar se o projeto adotado pela estatalidade apresenta ineficiência ou lacunas em seu cumprimento, sindicando as causas e motivos que levaram àquela situação e apurar se direitos estão sendo ameaçados ou lesados.

O primeiro caso discutido no Supremo Tribunal Federal foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45, de abril de 2004, relatada pelo Ministro Celso de Mello. Em síntese, ela averiguou a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário em temas de implementação de programas sociais consagrando que, em caráter excepcional, poder-se-á invocar a jurisdição diante da inércia dos órgãos competentes em cumprir tais encargos.

De igual modo, sob a égide do Recurso Extraordinário nº. 410.715/SP – atinente ao acesso de crianças de até seis anos de idade em creche e pré-escola – a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, decidiu que a educação infantil representa prerrogativa magna indisponível, nos termos do art. 208, IV, da *Lex Magna*. Nesses termos, entendeu ser viável a ingerência do *iuris dicere* para compelir os entes estatais inadimplentes.

independentemente do modelo de Estado ou de suas peculiaridades, constitui o garante das aspirações sociais. O Direito do Consumidor, o Direito Urbanístico, o Direito Ambiental são exemplos de como a controvérsia judicial assume papel destacado e amplo, que transcende as partes para adequar e ajustar as relações comunitárias.

Outro dado que não merece esquecimento concerne ao fato de ter a Constituição brasileira vinculado muitas das prestações estatais aos direitos fundamentais, de aplicação imediata. Indene de dúvidas que o tema *políticas públicas* encontra-se intimamente ligado à realização desses direitos considerados imprescindíveis a uma existência livre e plena.

No plano internacional, a matéria tem sido objeto de apreciação e infundáveis questionamentos. Rememore-se ter a Organização dos Estados Americanos (OEA), por meio da Assembleia Geral, em maio de 1948, aprovado a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. O documento positivou direitos tanto civis e políticos quanto econômicos, sociais e culturais. A Declaração intensificou o direito à saúde, o acesso à educação e à cultura, enalteceu a força do trabalho e acrescentou a previdência social no rol das prerrogativas essenciais à condição humana.

Num segundo momento, em 1969, celebrou-se a Convenção Americana de Direitos Humanos. Esta, porém, falhou ao não especificá-los tal qual fez a Declaração de 1948. Todo o tema voltado às prerrogativas econômicas, sociais e culturais resume-se a um único e solitário dispositivo: o art. 26. Por essa razão, a doutrina internacionalista afirma ser lastimável o fato de não se ter imposto obrigações mais concretas aos Estados-partes, limitando-se a Convenção a requerer que providências sejam tomadas para se alcançar, progressivamente, a efetividade dos direitos elencados no bojo do art. 26.

Ora, não estando os Estados-membros obrigados a adotarem medidas imediatas em casos individuais de violação à retrocitada norma, não podiam eles ser apreciados pelo sistema interamericano. A lacuna foi suprida com o acolhimento do Protocolo Adicional à Convenção em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecido como Protocolo de San Salvador.

Nele se prevê direitos trabalhistas, direito à seguridade social e à saúde, direito ao ambiente saudável, à alimentação e educação, direito aos benefícios da cultura, à proteção das famílias e da criança, além da assistência aos idosos e aos portadores de deficiência física. O art. 19, por outro lado, autoriza que a infração às fianças ora em destaque enseja petição individual à Comissão e à Corte Interamericana, possibilitando a exigibilidade das conquistas petrificadas no Protocolo de San Salvador¹³.

¹³ Deveras elucidativa a decisão datada de 1985, quando a aludida Comissão tratou da polêmica envolvendo os índios *yanomamis* brasileiros e a política adotada pela União. Naquele episódio, plano governamental de desenvolvimento que visava explorar recursos na Amazônia levou à construção de rodovia que atravessava parte considerável do território indígena. A entrada maciça de civis nas tradicionais adjacências das terras *yanomami* provocou consequências deletérias no modo de vida daquela população tradicional, a exemplo da prostituição, da proliferação de doenças até então desconhecidas, destacando-se a inevitável e frustrante perda territorial. A Comissão – que embora não seja organismo judicial inegavelmente a ele se assemelha – determinou que o governo brasileiro violara os direitos à vida, à segurança, ao domicílio, à locomoção, à preservação da saúde e ao bem-estar da comunidade, todos garantidos

5 RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

E, nesta altura, sensível esclarecer dois temas marcados pela controvérsia: a ‘reserva do possível’ e o ‘mínimo existencial’, referidos alhures.

É fato não ter o Supremo Tribunal Federal enfrentado a matéria de forma exaustiva ou mesmo adotado posição firme a respeito, já que poucas foram as vezes que a questão ascendeu àquela Corte.¹⁴ Na emblemática ADPF nº. 45, dantes mencionada, sustentou-se que a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada pelo Estado Brasileiro com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente, quando a conduta negativa puder resultar na nulificação ou mesmo na aniquilação de garantias impregnadas de um sentido essencial de fundamentalidade.

Concernente à convivência da reserva do possível com o mínimo existencial, asseverou que ao se apurar os elementos intrínsecos da dignidade humana, devem ser estabelecidos os alvos prioritários dos gastos públicos. Tão somente após atingi-los é que se poderia discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos poder-se-ia investir.

Paralelo ao tema, permeia o princípio do não retrocesso social, expressamente acolhido pelo ordenamento jurídico pátrio por meio da ratificação do Pacto de São José da Costa Rica. Caracteriza-se pela impossibilidade de redução dos direitos sociais amparados na Constituição Federal, garantindo ao cidadão o acúmulo de patrimônio jurídico.

Quando em evidência a ordem democrática, a vedação ao retrocesso social, mormente em matéria de direitos coletivos e metaindividuais, pretende evitar que o legislador venha a negar, no todo ou em parte, a essência do comando magno que tutelou o preceito garantidor em sua *ratio*. A inclusão de tal proibição obsta a violação de núcleo normativo vital e, conseqüentemente, a supressão de regras de justiça social.

na Declaração Americana. Sob esse prisma, evidenciada a proeminência que vem adquirindo a jurisdição internacional de Direitos Humanos.

¹⁴ Na verdade, as questões que chegam ao STF aguardam longo tempo para serem julgadas, a exemplo da que versa sobre a obrigação do Estado em oferecer medicamentos de alto custo não listados pelo Sistema Único de Saúde, matéria reconhecida pela Corte Pretoriana como de repercussão geral em 2007, porém pendente de apreciação. Tal inércia levou os ministros do Superior Tribunal de Justiça a anunciarem, em 7/5/2014, que definirão os processos atinentes ao direito à saúde por meio de recurso repetitivo.

6 CONCLUSÃO

Perceptível descortinar a questão indagações e dúvidas. Por isso, indubitável avultar ao Poder Judiciário destacado papel na garantia e tutela de tais direitos coletivos, especialmente, se não regulamentados. Assim, a atuação da magistratura faz-se imperiosa, em especial, à luz do art. 5º, XXXV, da Constituição, que estabelece a plenitude da jurisdição a qualquer lesão ou ameaça a direito legitimamente tutelado.

Por certo, significativas decisões pretorianas, nomeadamente as da Suprema Corte, revestem-se de caráter excepcional, uma vez que não pretendem substituir o Poder inadimplente, mas suprir a omissão violadora ao patrimônio jurídico do indivíduo.¹⁵

¹⁵ A propósito, destaque-se recente decisão do Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO DE GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO-MEMBRO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE PROMOVER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 196, 197 E 227) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” (CPC, ART. 461, § 5º) COMO MEIO COERCITIVO INDIRETO – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO “DEFENSOR DO POVO” (CF, ART. 129, II) – DOUTRINA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO (RE 581352 AgR/AM, Min. Relator Celso de Mello, DJe 22/11/2013).

Nesse conspecto, a reserva do possível vem sendo adotada sob o prisma da razoabilidade, em consonância com o critério da proporcionalidade.

Nesse processo de avaliação, a racionalidade econômica – entendida como limitação de recursos e sua capacidade de disposição – incorpora-se à racionalidade do julgador, de forma a constituir um elemento a mais na conjugação do equilíbrio de recursos diante das demandas às prestações materiais¹⁶.

Válido e de extremo relevo, portanto, o Projeto de Lei nº 5.139/2009, em trâmite na Câmara dos Deputados, de autoria da renomada processualista, Ada Pellegrini Grinover, com vistas a instituir um sistema único de ações coletivas, consubstanciado em um Código de Processo Coletivo, que homogeneizará as normas vigentes sobre o assunto.

A utilização de ações coletivas para salvaguardar direitos sociais, inexplicavelmente postergados pela governança e pelo legislativo, é a melhor maneira de se garantir uma decisão justa e equânime. Alie-se a elas, uma quantidade maior de informações prestadas pelos interessados e por expertos aos tribunais, cujo escopo é fornecer-lhes subsídios sobre o impacto orçamentário das decisões judiciais (MENDES; BRANCO, 2013, p. 632).

Por isso as audiências públicas elevam-se como meio necessário para compatibilizar a atividade pretoriana com as reivindicações suscitadas pelos atores envolvidos no debate. Por abarcar questões complexas, muitas vezes envoltas em tecnicismos, imperioso o diálogo para apaziguar tensões eventualmente existentes entre os elaboradores, executores e partes interessadas (MENDES; BRANCO, 2013, p. 637).

Consoante destaca Peter Häberle, as normações acerca dos direitos fundamentais de caráter geral devem ser regulamentadas pela interveniência legislativa, incumbida à jurisdição constitucional sua efetivação, na medida em que é

¹⁶ Conforme salienta Gilmar Ferreira Mendes, “se não cabe ao Poder Judiciário formular políticas sociais e econômicas na área da saúde [por exemplo], é sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário” (MENDES; BRANCO, 2013, p. 630).

Observa o autor que a judicialização do direito à saúde deveria se dar, preferencialmente, no marco das ações coletivas e não no contexto de milhares de litígios individuais, ao contrário do que atualmente ocorre.

Destaca um estudo no qual se pesquisou processos envolvendo o direito à saúde e à educação em cinco Estados brasileiros, onde se constatou que 96% deles referiam-se à saúde, enquanto 4% versavam sobre direito à educação. Destes, somente 2% dos casos de direito à saúde eram ações coletivas em contrapartida aos 81% das lides relativas ao direito à educação demandados coletivamente (MENDES; BRANCO, 2013, p. 631).

assim que a Carta alcança vigência real e as garantias nela consagradas se adaptam à sociedade (HÄBERLE, 2003, p. 172-173).

A atividade criativa jurisprudencial expressa uma *novel* realidade jurídica pautada na responsabilidade do Poder Judiciário com o contexto social, econômico e cultural do país.

Quanto ao suposto déficit de legitimidade do ativismo, sobretudo, se exercitado no âmbito do controle de constitucionalidade, Cappelletti ressalta que:

os cientistas políticos amplamente demonstraram que, mesmo no melhor dos mundos possíveis, a liderança legislativa e executiva, embora tradicionalmente considerada 'diretamente responsável perante o povo', nunca constitui, diferentemente do judiciário, perfeito paradigma de democracia representativa (CAPPELLETTI, 1993, p. 94).

Grupos variados procuram vantagens, manobrando interesses entre diversos centros de poder, cujos resultados não necessariamente manifestam a vontade da maioria, mas sim, de segmentos sociais e econômicos específicos (CAPPELLETTI, 1993, p. 95).

À evidência, a carência de legitimidade de um Poder constituído não valida a deficiência de outro, porém, inegável que a obrigatoriedade de fundamentar as decisões consubstancia *“uma forma concreta de legitimação racional da atuação judicial, através do convencimento social acerca dos motivos de decidir explicitados pelo magistrado”* (MOREIRA, 2004, p. 93).

Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari:

Sendo mais do que simples guardião e executor de meras formalidades legais, assegurando os direitos de todos e não os privilégios de alguns, ele [Poder Judiciário] será realmente útil na implantação e preservação de uma sociedade democrática. E daí virá, naturalmente, a autoridade dos juízes (DALLARI, 1996, p. 79).

O atual cenário social brasileiro, no qual se vislumbram significativas mudanças nas áreas de assistência social – a exemplo da Bolsa Família, estabelecida pela Lei nº 10.836/2004; do Programa Nacional de Acesso à Alimentação, criado pela Lei nº 10.689/2003; e da Bolsa Escola, instituída pela Lei nº 10.219/2001 –, dá mostras da transcendência da *legis* para a vida do cidadão.

A economia nacional apresenta mudanças expressivas nas últimas duas décadas que ensejaram reformas legais e administrativas atentas ao controle da

inflação, ao disciplinamento dos gastos públicos enquadrados na Lei de Responsabilidade Fiscal e à modificação do sistema de previdência social, tudo a denotar uma visível melhoria na distribuição de renda.

Segundo o Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil de 2013, elaborada pelo PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), o Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM) aumentou 47,5% entre 1991 e 2010. Mais, em 20 anos, 85% dos municípios brasileiros saíram da faixa de “muito baixo desenvolvimento humano” (ACAYABA; OLIVEIRA, 2013).

Observa-se, então, que as políticas públicas adotadas em todos os níveis federativos resultaram positivamente, conquanto haja muito a se construir¹⁷. Ainda que não seja atribuição do Poder Judiciário universalizar direitos, sua atuação na solução dos conflitos é preponderante para o aperfeiçoamento dos programas adotados pelos agentes públicos.

Atual e pertinente a colocação de Abramovich e Courtis:

[...] a adequação dos mecanismos processuais para fazer com que o Estado cumpra direitos econômicos, sociais e culturais, pela via judicial, requer um esforço imaginativo que envolve novas formas de utilização dos mecanismos processuais tradicionais; consideração ampliada dos direitos econômicos, sociais e culturais como direitos; um certo ativismo judicial que inclua uma dose de criatividade pretoriana; e uma proposta legislativa de novos tipos de ações capazes de viabilizar os reclames coletivos e as demandas de alcance geral perante os poderes públicos¹⁸.

Nesse diapasão, a atuação pretoriana na concretização dos direitos coletivos amplia o cenário republicano, ao conferir-lhes visibilidade e projetá-los sob uma perspectiva viável de realização. Inconcebível a compreensão de a efetividade material dos direitos fundamentais dar-se unicamente no plano da Administração Pública e do Legislativo, descomprometendo o Poder Judiciário (PEREZ, 1995, p. 237).

¹⁷ Para Gilmar Mendes, no que se refere às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, os problemas de eficácia social desse direito fundamental relacionam-se muito mais com questões ligadas à implementação e manutenção das políticas públicas de saúde já existentes, do que com a falta de legislação específica para o caso (MENDES; BRANCO, 2013, p. 624).

¹⁸ Na língua original: “[...] *la adecuación de los mecanismos procesales para hacer que el Estado cumpla con derechos económicos, sociales Y culturales por vía judicial requiere un esfuerzo imaginativo que involucre nuevas formas de utilización de mecanismos procesales tradicionales; la expandida consideración de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos; un cierto activismo judicial, que incluya una dosis de creatividad pretoriana; y la propuesta legislativa de nuevos tipos de acciones capaces de vehicular reclamos colectivos y demandas de alcance general frente a los poderes públicos.*” (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 46-47. Versão livre).

Na lição de Häberle, “*o tema do Estado constitucional toca, ao mesmo tempo, a ratio e a emotio e traz consigo o princípio-esperança*” (HABERLE, 2001, p. 7). Afinal, tanto a dogmática jurídica quanto o Estado Democrático devem conceder ao indivíduo um espaço para o “*quantum de utopia*”, a fim de que ele possa conceber uma nova realidade pautada na felicidade (MENDES; BRANCO, 2013, p. 649).

7 REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.
- ACAYABA, Cíntia; OLIVEIRA, Mariana. IDH municipal do Brasil cresce 47,5% em 20 anos, aponta Pnud. **G1**. 29/07/2013 15h44 – Atualizado em 09/09/2013 16h07. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/07/idh-municipal-do-brasil-cresce-475-em-20-anos-aponta-pnud.html>>. Acesso em: 01 maio 2014.
- CAMPOS, Germán J. Bidart. **La Interpretación del Sistema de Derechos Humanos**. Buenos Aires: Ediar, 1994.
- CANOTILHO, Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MARQUES NETO, Agostinho Ramalho (Orgs.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. Trad. Antônio José Brandão. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.
- FREIRE, Dorabel Santiago dos Santos. A judicialização do direito à felicidade à luz da cláusula da reserva do possível. **Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás**, n. 2, p. 235-250, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://issuu.com/esmpgo/docs/12-artigo24_a_judicializacao_do_direito>. Acesso em: 01 maio 2014.
- HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.
- HÄBERLE, Peter. **La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales**. Trad. Joaquin Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. In: **Textos Filosóficos**. Trad. Paulo Quintela. Portugal: Edições 70, 2004.
- KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil: crise de eficiência**. Curitiba: Juruá, 2004.

PEREZ, Marcos Augusto. O papel do Poder Judiciário na efetividade dos direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais – Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**, a. 3, v. 11, abr./jun. 1995.

REIS, José Carlos Vasconcelos dos. **As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado**. São Paulo: Renovar, 2003.

ROUSSEAU, Dominique. **Les Libertés Individuelles et la Dignité de la Personne**. Paris: Montchrestien, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Social**, Porto Alegre, v. 4, n.14, abr./jun. 2004.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VALE, André Rufino do. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.