

A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS E A DEMANDA POR RECONHECIMENTO E CONSIDERAÇÃO

THE JUSTICIABILITY OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS AND DEMAND FOR RECOGNITION AND CONSIDERATION

Hector Luís Cordeiro Vieira¹

Gabriela C. Amaral Tiago²

Resumo

Este artigo tem como objetivo examinar a concepção adotada pelo Estado Democrático de Direito no que toca os Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. O referencial adotado será o da Constituição Federal de 1988 e as possíveis compreensões que se podem extrair do texto normativo constitucional sobre a natureza das normas que contém expressões daqueles tipos de direitos. Para tanto, é necessário repensar a maneira com a qual tais normas se vinculam e se relacionam aos demais preceitos normativos constitucionais. Para além disso, o texto propõe uma visão da justiciabilidade dessa gama de direitos para além da perspectiva meramente jurídico-legal, isto é, é necessário que a negação aos direitos dessa categoria seja enfrentada como uma demanda por cidadania, a partir de categorias de reconhecimento e consideração daqueles que os exigem.

Palavras-Chave: Justiciabilidade; Direitos econômicos, sociais e culturais; Reconhecimento; Consideração; Cidadania.

Abstract

This article aims to examine the concept adopted by the Democratic State regarding Social Rights, Economic and Cultural Rights. The framework adopted is that of the Federal Constitution of 1988 and the possible insights that can be drawn from the normative text about the nature of constitutional norms that contains expressions of those types of rights. Therefore, it is necessary to rethink the way in which these rules are linked and relate to other constitutional normative precepts. Furthermore, the paper presents an overview of the range of enforceability of such rights beyond merely a legal perspective. It is also necessary that the denial of the rights of this category is addressed as a demand for citizenship, from categories of recognition and consideration of those who require them.

Key Words: Justiciability; Economic, social and cultural rights; recognition; consideration; Citizenship.

¹ Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília, sociólogo e advogado.

² Graduada em Ciência Política pela Universidade de Brasília e especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, IDP.

Introdução

O desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e a estrutura que se encontra nesse tipo de organização político-social são oriundos de uma série de construções fruto de demandas sociais provenientes da evolução histórica. Não se pode olvidar que a evolução principiológica dos ordenamentos jurídicos ocidentais, em sua maioria, consagraram no decorrer de suas concretizações valores que serviram de fundamento para o Estado Democrático de Direito, na forma como genericamente se tem.

Em decorrência da formação dessa estrutura, passaram a ser abarcados nas esferas constitucionais e legais direitos e garantias inegociáveis à condição humana. A busca pela substantivação desses direitos é, sob o prisma constitucional moderno, exemplo sobre as prioridades montadas em torno desses direitos de maneira que alçá-los ao patamar de fundamentais é consequência lógica e evidente no contexto dessa forma de Estado.

É importante ressaltar que os direitos contidos nas constituições, ou mesmo aqueles que compartilham o *status* de "fundamentais" ainda que fora dos respectivos textos constitucionais, não possuem natureza jurídica única. Além disso, o modo como tais direitos são debatidos é resultado de uma construção teórica doutrinária que varia em função da historicidade e espaço nos quais esses direitos estão contidos.

Ressalte-se que o presente artigo tem como foco os direitos sociais, visando um sentido lato do conceito. Podem ser considerados também, numa visão mais específica, os direitos econômicos e culturais como integradores dessa mesma dimensão. Para fins desta análise, os direitos econômicos e culturais serão mencionados como integrantes do grupo ampliado, partícipes, pois, do que se considera doutrinariamente como "direitos sociais".

Sobre o próprio alicerce do Estado Democrático, a mera alusão desses direitos fundamentais não se resolve enquanto balizadores da estrutura democrática se não for possível constatar, no âmbito deste Estado, a possibilidade de suas efetivações. A atividade democrática aduz, necessariamente, à própria idéia de participação e à exigibilidade desses direitos que são garantidos pelo texto constitucional. Então, "conforme expressa previsão do texto constitucional, de direitos fundamentais, a sua implementação é pré-requisito procedimental à prática da democracia"³.

³ PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanziola. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. *Araucaria Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 8, n. 15. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id491.htm>>. Acesso em: jan. 2010.

O problemática do presente artigo, então, pode ser colocada da seguinte maneira: quais são os elementos que evidenciam o distanciamento entre o discurso constitucional/legal dos direitos sociais e o seu processo de efetivação?

Em termos de hipóteses, o artigo trabalhará com duas basicamente. Primeiro, um elemento que evidencia o distanciamento seria a classificação doutrinária que se coloca sobre casos de conflito que envolvem esses direitos. Segundo, outro elemento evidencia-se pela forma que a jurisprudência constrói o argumento da negação de efetivação desses direitos, inviabilizando uma demanda não jurídica de igualdade e reconhecimento.

Nessa esteira, o grau de efetivação e aplicabilidade desses direitos fundamentais torna-se matéria de reflexão tão importante quanto as suas próprias existências no ordenamento jurídico, uma vez que o alcance dos princípios e das estruturas político-democráticas desenhadas na Constituição disso depende. na Constituição Estatal.

Levando em conta que "a jurisdição Constitucional brasileira, no vigente Estado Democrático de Direito, tem importante papel na efetivação desses direitos"⁴. este ensaio tem como escopo analisar a justiciabilidade dos direitos sociais como forma de aprimoramento da jurisdição constitucional.

1. Os Direitos Sociais e Econômicos e a Constituição Federal de 1988

Inicialmente, cabe esclarecer que a matéria relativa aos direitos sociais, em sentido amplo, perpassa o âmbito nacional de normas que visam a proteção desses direitos. Não se pode negar que a disposição desses direitos na Constituição Federal de 1988 é fruto do processo de democratização e institucionalização desses tais direitos no país. Dessa forma, também considerados direitos humanos, os direitos sociais e econômicos ganharam proteção especial na Constituição Federal de 1988.

Ressalte-se que tais idéias estão ligadas à disposição de justiça social. Nesse sentido, os direitos sociais e econômicos fazem-se valer em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro na medida em que, como lembra José Afonso da Silva:

Um regime democrático de justiça social não aceita as profundas desigualdades, a pobreza e a miséria. Ora, o reconhecimento dos direitos sociais, como instrumentos de tutela dos menos favorecidos, não tem tido a

⁴ PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. *Araucaria Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 8, n. 15. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id491.htm>>. Acesso em: jan. 2010.

eficácia necessária para reequilibrar a posição de inferioridade que lhes impede o efetivo exercício das liberdades garantidas. Assim, no sistema anterior, a promessa constitucional de realização da justiça social não efetivara na prática. A Constituição de 1988 é mais incisiva no conceber a ordem econômica sujeita aos ditames da justiça social para o fim de assegurar a todos a existência digna.⁵

Ao dispor sobre os direitos, econômicos e culturais, a Constituição Federal de 1988 alça-os à esfera restrita dos direitos fundamentais. De fato, é esta Constituição que acolhe esses direitos na esfera de direitos humanos, adotando a idéia de universalidade⁶. Ao abordar tais direitos enquanto direitos fundamentais, ganha força, então, a idéia de aplicabilidade imediata.

A idéia de aplicabilidade imediata, bem como de universalidade desses direitos, está diretamente ligada à noção que se criou acerca dos direitos constitucionais civis e políticos. É importante acentuar o caráter divisório que cingia esses direitos antes de seus processos de constitucionalização. De um lado encontravam-se os direitos civis e políticos, de outro, os direitos sociais, econômicos e culturais. Como pontua Antônio Augusto Cançado Trindade:

Pressupunha-se, na época, que, enquanto os direitos civis e políticos eram suscetíveis de aplicação "imediata", requerendo obrigações de abstenção por parte do Estado, os direitos econômicos, sociais e culturais eram passíveis de aplicação apenas progressista, requerendo obrigações positivas (atuação) do Estado.⁷

No entanto, o caráter rígido de separação entre esses direitos, como posto acima, foi nitidamente sucumbindo e substituído pela idéia de universalidade, na medida em que a realização de tais direitos só pode ocorrer de forma inter-relacionada. Ainda que se parta da idéia de que os direitos civis e políticos requerem uma ação positiva do Estado, também existem direitos econômicos, sociais e culturais relacionados à garantia do exercício de medida de liberdade, atrelados e integrados, portanto, à natureza de direitos fundamentais.⁸

⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1969.

⁶ PIOVESAN, F. . *Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos: Desafios e Perspectivas*. In: Roberto B. Dias da Silva. (Org.). *Direito Constitucional - temas atuais - homenagem à Professora Leda Pereira da Mota*. São Paulo: ed. Método, 2007, v. , p. 59-74.

⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. "A justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano internacional," in *Presente y Futuro de los Derechos Humanos: Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, San José, Costa Rica: Inter-American Institute of Human Rights, 1998. p. 190.

⁸ PECES-BARBA, G. Reflections on Economic, Social and Cultural Rights. In: *Human Rights Law Journal*. Vol. 2:3/4. 1981, pp. 281-294.

Deve-se ater que o pano de fundo de toda a discussão sobre direitos fundamentais contidos na Constituição Federal está vinculado ao princípio fundante de sua estrutura, o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, os direitos fundamentais estão interligados entre si de forma indissociável para abarcar os conjuntos de proteções que são dadas à dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, ensina Cançado Trindade que existe um núcleo de direitos fundamentais e que esse núcleo não pode ser alterado, como, por exemplo, o direito à vida, a não ser submetido a tortura ou escravidão. Isso porque tais direitos estão estritamente ligados à manutenção da própria existência e dignidade do que se considera pessoa humana. São, portanto, resultado não apenas de uma corrente doutrinária, mas são conquistas da civilização, estando respaldadas pelos tratados gerais de proteção. Tais fatores permitiram nas últimas três décadas reconsiderações acerca da dicotomia entre os direitos econômicos, sociais e culturais e os direitos civis e políticos.⁹

Nessa perspectiva, Ingo Wolfgang Sarlet lembra que "o princípio da dignidade da pessoa humana pode vir a assumir, portanto, importante função demarcatória, estabelecendo a fronteira para o que se convencionou denominar de padrão mínimo da esfera dos direitos sociais".¹⁰

Pode-se dizer que a Constituição de 1988 foi a primeira a integrar explicitamente ao elenco dos direitos fundamentais os direitos sociais e econômicos, que em Constituições passada estavam distribuídos na matéria sobre ordem econômica e social.

Sob o prisma da indivisibilidade, é possível afirmar que desde a década de 1980, essa tese ganhou força. Dessa forma, o entendimento de que os direitos humanos se tratam de direitos indivisíveis, permitiu aos direitos econômicos sociais e culturais uma implementação mais eficaz.¹¹

Para Flávia Piovesan, então:

A carta de 1988, no intuito de proteger maximamente os direitos fundamentais, consagra dentre as cláusulas pétreas a cláusula "direitos e garantias individuais". Considerando a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos a cláusula de proibição do retrocesso social, o valor da dignidade humana e demais princípios fundamentais da carta de 1988, conclui-se que esta cláusula alcança os direitos sociais.[...] São, portanto,

⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. "A justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano internacional," in *Presente y Futuro de los Derechos Humanos: Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, San José, Costa Rica: Inter-American Institute of Human Rights, 1998.

¹⁰SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

¹¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. op. cit.

direitos inatingíveis, direitos irredutíveis, de forma que tanto a lei ordinária, como a emenda à Constituição que afetarem, abolirem ou suprimirem os direitos sociais, padecerão do vício de inconstitucionalidade.¹²

Portanto, a Constituição de 1988 constitui um marco na estruturação dos direitos sociais, econômicos e culturais enquanto direitos fundamentais. Não se pode negar a importância que tais direitos possuem na manutenção de um Estado Democrático de Direito, do mesmo modo que os direitos civis e políticos, devidamente já reconhecidos e fonte de menores controvérsias. Igualmente, não se pode, também, relegar pouca importância à preocupação do legislador em alçar a esses direitos o patamar de direitos fundamentais e humanos, uma vez que reconhecidas as teses de indivisibilidade e universalidade, criou-se um sistema engrenado de proteção, observado, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana.

2. A natureza e o enfrentamento doutrinário dos Direitos Sociais, Econômicos e Sociais

A justiciabilidade dos direitos sociais, econômicos e sociais é matéria de controvérsias tanto no plano doutrinário como no plano jurisprudencial das cortes brasileiras. Pode-se dizer que a discussão acerca da justiciabilidade está intimamente ligada à natureza jurídica a qual os debatedores incluem tais direitos face ao ordenamento jurídico.

Não obstante, o posicionamento desses direitos enquanto direitos fundamentais, que gozam de importância profunda na manutenção do ordenamento jurídico, parece ser intelectualmente pertinente. No entanto, outras considerações, de ordem mais práticas, devem ser feitas com o fito de aprimorar a reflexão dessa justiciabilidade.

Preliminarmente, cabe destacar que a categoria justiciabilidade, apesar de ser trabalhada por vários autores com definição ligeiramente diferenciada, será utilizada adiante no sentido de ser a justiciabilidade de um direito a possibilidade de exigí-lo perante o poder judiciário e tê-lo aplicado em decorrência de uma decisão judicial. Em suma, a idéia de justiciabilidade está vinculada ao grau de efetividade de um determinado direito, no presente caso os direitos sociais, no meio social.

¹² PIOVESAN, F. . *Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos: Desafios e Perspectivas*. In: Roberto B. Dias da Silva. (Org.). *Direito Constitucional - temas atuais - homenagem à Professora Leda Pereira da Mota*. São Paulo: ed. Método, 2007, v. 1, p. 59-74.

Os direitos sociais podem ser definidos, nas palavras de José E. Faria, como aqueles que "não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios"¹³.

Dessa forma, cumpre esclarecer, ante a evidente discussão doutrinária, acerca das normas programáticas e direitos sociais que as normas definidoras de direitos sociais não são normas de conteúdo puramente programático necessariamente. Para tanto, basta lembrar a definição de normas programáticas dada por J. H. Meirelles Teixeira que ensina que:

aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhe os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivo, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.¹⁴

Contudo, a diferenciação de normas dessa natureza das normas que explicitam direitos sociais e econômicos adveio, conforme Biscaretti di Ruffia, da transformação sofrida por esses direitos no decorrer do século XX. Essas normas assumiram nas Constituições um caráter concreto e de normas jurídicas positivas, válidas para os indivíduos dos respectivos Estados, subjetivação, como também começaram a fazer parte de outras normas que tinha por escopo a atuação completa e detalhada de regulamentação jurídico-constitucional, como forma de não ser necessário posteriormente a intervenção do legislador ordinário, positivação.¹⁵

Foram dois os fenômenos pelos quais passaram tais direitos: a subjetivação e a positivação. Tais fenômenos dotaram os direitos sociais, econômicos e culturais de uma perspectiva diferenciada, uma vez que esses direitos passaram a ser tidos com um caráter menos abstrato e mais concreto.

José Afonso da Silva explica que:

Esse fenômeno de subjetivação e de positivação começa a concretizar-se também em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, pois a ordem econômica e social adquire dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-las sistematicamente, como elementos sócio-ideológicos que revelam o caráter de compromisso das

¹³ FARIA, J. E. O judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação de justiça brasileira, in: FARIA, José E. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 105.

¹⁴ TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 234.

¹⁵ RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Diritto costituzionale*. 15. ed. rev. Napoli: Jovene Editore, 1989. pp. 695 e 696.

constituições contemporâneas entre o Estado Liberal individualista, o Estado Social intervencionista e, mais recentemente, como é o nosso caso, o Estado Democrático de Direito.

O problema que se coloca agudamente na doutrina recente consiste em buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática.¹⁶

Ingo Wolfgang Sarlet pontua que "a carga eficaz será diversa em se tratando de direito fundamental proclamado em norma de natureza eminentemente programática ou sob a forma de positivação que permita, desde logo, o reconhecimento de direito subjetivo ao particular titular do direito fundamental"¹⁷.

Dessa forma, parece claro que os direitos sociais, econômicos e culturais não assumem a forma de simples direitos legais¹⁸. Pelo contrário, nas lições de Gomes Canotilho, esses direitos gozam de uma força dirigente, da qual são dotados os direitos fundamentais, como forma de possibilidade de serem direitos embrionários a prestações.¹⁹

Ainda nesse compasso, para o autor "são direitos originários a prestações fundados na constituição"²⁰. Dessa forma, a força vinculante que se pode dotar certa parte dos direitos fundamentais também pode ser observada no que concerne aos direitos a prestações.

²¹Decorrente disso, Canotilho afirma que:

(...) a força dirigente e determinante dos direitos a prestações (econômicos, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objeto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjetivo: de uma pretensão de omissão dos Poderes Públicos (direito de exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma proibição de omissão (direito de exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos.²²

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1969.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Almedina, 2001. pp. 370 e 371.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit.

²² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 372.

A Constituição em seu artigo 5º, § 1º dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Nesse contexto, o Título II coloca a declaração dos direitos e garantias fundamentais, isto é, direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos sob a ótica da aplicação imediata abarcando também os artigos 6º a 11.

Dessa forma, "por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também"²³. Assim, o disposto no parágrafo 1º do artigo 5º indica que, dentre outras conclusões, "o poder judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes"²⁴.

Cabe ressaltar, ainda, que tributário desse entendimento é Ingo Wolfgang Sarlet que entende os direitos a prestações como autênticos direitos fundamentais, de aplicabilidade imediata, conforme o artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988.²⁵

Para o referido autor, "a exemplo das demais normas constitucionais e independentemente de sua forma de positivação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos (...) inexistente [portanto] norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade."²⁶

3. A efetividade, a consideração e a cidadania

A exigibilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais frente aos órgãos do poder judiciário é, no plano teórico-constitucional, de grande complexidade, tendo em vista que a conclusão acerca dessa possibilidade envolve, como discutido acima, uma gama de análises interdependentes de preceitos constitucionais e definições doutrinárias.

No entanto, a busca pela efetivação desses direitos no plano de demandas judiciais tem sido cada vez mais discutidas, tanto no âmbito doutrinário, como nas cortes pátrias e internacionais. Não se pode negar que o aumento da discussão acerca da possibilidade de se

²³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. Editora Malheiros. 3ª edição.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 259.

²⁶ *Ibidem*. p. 282.

justiciabilizar os direitos sociais é proveniente da ineficácia por parte do Poder Público, via de regra, atrelada à função executiva do Estado, em realizar políticas públicas que atendam à demanda da sociedade.

Por certo, a noção de reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) é a justificativa que ganhou maior projeção para embasar as negativas de justiciar os direitos sociais. Formulado na Alemanha, na década de 70 do século passado, logo quando o Estado Social caía em declínio estrutural, a reserva do possível foi elaborada como a necessidade de que os direitos sociais, econômicos e culturais submetessem-se à capacidade financeira do Estado²⁷.

Dessa forma, o exercício desses direitos ficou associado à idéia de custos financeiros, isto é, o fator custo passou a ser, em alguns entendimentos, argumento impeditivo da efetivação desses direitos. Criou-se assim um grande debate político acerca da possibilidade de se justicializar esses direitos ante a limitação orçamentária do Estado.

Contudo, ao que parece, a tendência doutrinária e jurisprudencial caminha no sentido de afastamento da cláusula da reserva do possível quando da demanda pela efetivação de direitos sociais, econômicos e culturais. Nesse sentido, Piovesan coloca que "não se permite desatenção, no implemento dos direitos constitucionais fundamentais, a questão de seus custos financeiros, pois ao intérprete da Constituição não é permitido interpretá-la em abstração à problemática sociológica, cultural e política que a contorna."²⁸

Dessa forma, a cláusula da reserva do possível tem sido rechaçada quando invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade.

Não obstante, o reconhecimento de que tais direitos demandam, sim, do Estado o dispêndio de custos financeiro, não se pode utilizar tal premissa como alicerce para se negar ao cidadão a fruição de seu direito fundamental garantido constitucionalmente. Sarlet ensina nesse sentido que:

Assim, não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar "um custo", de tal sorte que essa circunstância não poderia ser

²⁷ REIS, José Carlos Vasconcellos. *As normas Constitucionais programáticas e o Controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 54.

²⁸ PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. *Araucaria Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 8, n. 15. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id491.htm>>. Acesso em: jan. 2010.

limitada aos direitos sociais de cunho prestacional. Apesar disso, seguimos convictos que para o efeito de se admitir a imediata aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário, o corretamente apontado "fator custo" de todos os direitos fundamentais, nunca constituiu um elemento impeditivo da efetivação pela via jurisdicional.²⁹

J. J. Gomes Canotilho também faz menção ao perigo de se estabelecer a negativa dos direitos sociais frente à incapacidade do Estado em gerir seus recursos, de forma que tal incapacidade sirva de base para negar ao cidadão a efetividade de seu direito. Nesse compasso, Canotilho elucida a idéia da ditadura dos cofres vazios. Na mesma direção Piovesan ensina que:

A Constituição federal não depende do orçamento público para a efetivação dos direitos fundamentais (sejam eles individuais ou sociais). Ao contrário, o orçamento, ou as receitas, é que, a partir da preferência constitucional que se deu aos direitos fundamentais, merecem reformulação, caso os recursos financeiros sejam escassos à cobertura geral da demanda financeira do Estado.³⁰

A reserva do possível não pode, portanto, acarretar a ineficácia do direito³¹.

Existem no âmbito do Supremo Tribunal Federal uma gama de julgados no sentido de se reconhecer a justiciabilidade dos direitos sociais. No caso do Recurso Extraordinário 271286, que trata especificamente sobre o direito à saúde, a qual foi reconhecida como consequência constitucional indissociável do direito à vida. Entendeu-se que a distribuição gratuita de medicamentos permitiria "conferir efetividade aos preceitos constitucionais, representando um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente aquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e sua essencial dignidade".³²

Pode-se colocar que o posicionamento que o Supremo Tribunal Federal tem adotado frente às discussões sobre a justiciabilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais tem

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 289

³⁰ PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. *Araucaria Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades*, año 8, n. 15. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id491.htm>>. Acesso em: jan. 2010.

³¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997. p. 498. Cabe ressaltar, ainda, que o referido autor discute de forma bastante elucidativa a questão dos direitos sociais enquanto direitos à prestações, explicando, didaticamente, os vários tipos desses direitos.

³² Nesse mesmo sentido: RE 232335, AI 236644, RE 242859, RE 247900, RE 267612, AI 232469, RE 236200, AI 238328, RE 264269, RE 273042, SS 702 Agr/DF, AI 486816 AgR/RJ, RE 273834, RE 255627 dentre outros.

mudado no decorrer das últimas duas décadas. Especificamente, por exemplo, sobre a universalização do acesso a medicamentos especiais e cirurgias de alto custo, já se manifestaram com maior frequência a favor da universalização os Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Carmen Lúcia³³.

Constata-se, então, que existe, de fato, a tendência a um posicionamento acerca desses direitos. O que é mais importante para fins deste artigo é constatar que o mecanismo da justiciabilidade desses direitos os tem levado a discussão da precisão de efetividade desses direitos à sociedade.

Convém, ainda, explicitar o posicionamento de outra alta corte judicial brasileira, o Superior Tribunal de Justiça. As decisões do STJ, em grande medida e tomando-se o direito à saúde como exemplo, também têm reconhecido tal direito como dever do Estado. O Superior Tribunal de Justiça tem ido além, ou seja, tem rompido, conforme afirma Piovesan, com uma "ótica formalista procedimental"³⁴, a fim de assegurar o direito à saúde.³⁵ Não se pode deixar, por motivos óbvios, de citar que existem posicionamentos no âmbito desse tribunal no sentido de afastar a justiciabilidade desses direitos.

Muito se discute nesse contexto acerca da inadequação de aplicação desses direitos sociais por meio de sentenças coercitivas de forma a afastar o planejamento do Estado, representado pela sua função Executiva, nas políticas públicas. Não se pode negar que, como lembra Victor Abramovich:

Cabe dar razão a algumas das tradicionais objeções efetuadas nessa matéria: o Poder Judiciário é o menos indicado para realizar planejamentos de política pública; a ação judicial é um meio pouco apropriado para discutir medidas de alcance geral; a discussão processual gera problemas de desigualdade em relação às pessoas afetadas pelo mesmo descumprimento que não participaram da ação; o Poder Judiciário carece de meios compulsórios para a execução forçada de uma suposta sentença que condene o Estado a cumprir uma prestação que havia sido omitida para todos os casos envolvidos ou para editar a regulamentação omitida; a substituição de medidas gerais por decisões ad hoc efetuadas pelo juiz no caso particular pode ter também como resultado desigualdades indesejáveis; etc.³⁶

³³ APPIO, Eduardo. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais no País: Populismo Judiciário no Brasil*. Disponível em: www.eduardoappio.com.br, acesso em 25.5.2009.

³⁴ PIOVESAN, F. *Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos: Desafios e Perspectivas*. In: Roberto B. Dias da Silva. (Org.). *Direito Constitucional - temas atuais - homenagem à Professora Leda Pereira da Mota*. São Paulo: ed. Método, 2007, v. , p. 59-74.

³⁵ Nesse sentido: Resp 684646, AgRg na STA 59, RMS 13452, RMS 11129, Resp 212346, Resp 57608, Resp 656979, entre outros.

³⁶ ABRAMOVICH, Víctor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. *Revista internacional de direitos humanos: SUR*, São Paulo, v. 2, n. 2, 1 sem. 2005, pp. 189-223. Disponível em: <<http://www.surjournal.org>>. Acesso em: 08 jun. 2009.

De fato, a ingerência do Poder Judiciário na efetivação imediata dos direitos sociais objeto de políticas públicas formuladas acarreta grande debate na esfera da separação de poderes. No entanto, há que se ressaltar que o debate que interessa não é acerca da separação de funções do Estado, mas, sim, da efetivação dos direitos sociais. Cabe lembrar Abramovich:

A resposta da administração judicial às ações coletivas e diretas de direitos sociais obtidas pela inação do Estado pode assumir diversos perfis. Em princípio, a atuação judicial pode consistir em declarar que a omissão estatal constitui uma violação do direito em questão, e assim intimar o Estado para que assuma a conduta devida. Nesses casos, cabe ao órgão judicial indicar ao poder público o caráter da conduta devida: seja a partir do resultado concreto requerido, sem considerar quais meios empregar (por exemplo, o acesso de uma parcela da população a serviços médicos ou o remanejamento de pessoas despejadas arbitrariamente); ou ainda, no caso de existir uma única medida possível para obter-se o resultado requerido, descrevendo com precisão a ação que deve ser adotada. Em tais hipóteses, a informação pública disponível e a conduta prévia do Estado, seus “atos próprios”, se revestem de enorme importância, pois contribuem para amparar a discussão sobre assuntos de “política pública” ou de índole técnica – por exemplo, acerca das prioridades orçamentárias ou de formulação, projeto ou implementação de medidas oficiais específicas. É nesse tipo de caso, em que os obstáculos à exigibilidade dos direitos sociais são mais evidentes, que o Poder Judiciário costuma agir com maior reticência.³⁷

Porém, o agir reticente do Poder Judiciário pode estar associado ao baixo grau de demandas que busquem a justiciabilidade desses direitos, ou seja, o grau de provocação do Poder Judiciário para demandas relacionadas ao implemento dos direitos sociais e econômicos é reduzido.³⁸ Detidamente, no que toca o direito à saúde, a tendência majoritária das decisões é no sentido de efetivar a proteção constitucional do direito à saúde, apesar da tendência minoritária que, embasada em uma visão liberal clássica, cláusula de separação dos poderes e reserva do possível, afasta a justiciabilidade do direito à saúde.

É interessante notar a perspectiva de Piovesan que afirma que constata que “o incipiente grau de provocação do Poder Judiciário para demandas envolvendo a tutela dos direitos sociais e econômicos revela a apropriação ainda tímida pela sociedade civil dos

³⁷ ABRAMOVICH, Víctor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. *Revista internacional de direitos humanos: SUR*, São Paulo, v. 2, n. 2, 1 sem. 2005, pp. 189-223. Disponível em: <<http://www.surjournal.org>>. Acesso em: 08 jun. 2009.

³⁸ PIOVESAN, F. *Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos: Desafios e Perspectivas*. In: Roberto B. Dias da Silva. (Org.). *Direito Constitucional - temas atuais - homenagem à Professora Leda Pereira da Mota*. São Paulo: ed. Método, 2007, v. 1, pp. 59-74.

direitos econômicos, sociais e culturais como verdadeiras direitos legais acionáveis e justiciáveis.”³⁹

Para a autora,

O incipiente grau de provocação do Poder Judiciário para demandas envolvendo a tutela dos direitos sociais e econômicos no Brasil reflete ainda um "estranhamento recíproco" entre a população e o Poder Judiciário, tendo em vista que ambos apontam o distanciamento como um dos maiores obstáculos para a prestação jurisdicional.⁴⁰

Obviamente, não se pode negar que o grau de justiciabilidade dos direitos sociais tem aumentado substantivamente. Esse aumento, certamente, é fruto de um processo de conscientização dos indivíduos, enquanto cidadãos e a partir da evolução da perspectiva sobre os direitos sociais, enquanto fundamentais, universais, indivisíveis e humanos.

Essa é a lição preconizada por Cançado Trindade ao dizer que:

São consideráveis os esforços que se vêm envidando, neste final de século XX, no sentido de assegurar uma proteção mais eficaz dos direitos econômicos, sociais e culturais. Cabe ter sempre presente que, assim como ocorreu, há pouco mais de dois séculos, com os direitos civis e políticos em muitos países, também os direitos econômicos e sociais, seguidos dos culturais, gradualmente evoluíram a partir de reivindicações em direitos (e.g., a previdência social, a partir dos anos trinta). Pouco a Pouco se articularam como verdadeiros direitos, a partir da formação de uma consciência social neste sentido, para o que contribuiu o fato de se atribuir a eles um valor fundamental (mais além de consideração de ordem meramente pragmática).⁴¹

Assim, mesmo diante dos esforços feitos na conscientização da justiciabilidade dos direitos sociais, a tomada de poder da sociedade civil por meio da maior recorrência ao Poder Judiciário, ante a evidente ausência de cumprimento do texto constitucional por parte do poder público, seja em sua função executiva ou legislativa, se faz necessária e inegociável para a ampliação da compreensão do que, realmente, significa a dignidade da pessoa humana.

³⁹ PIOVESAN, F. *Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos: Desafios e Perspectivas*. In: Roberto B. Dias da Silva. (Org.). *Direito Constitucional - temas atuais - homenagem à Professora Leda Pereira da Mota*. São Paulo: ed. Método, 2007, v.1 , p. 72-73.

⁴⁰ PIOVESAN, F. *Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos: Desafios e Perspectivas*. In: Roberto B. Dias da Silva. (Org.). *Direito Constitucional - temas atuais - homenagem à Professora Leda Pereira da Mota*. São Paulo: ed. Método, 2007, v.1 , p. 72-73.

⁴¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. "A justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano internacional," in *Presente y Futuro de los Derechos Humanos: Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, San José, Costa Rica: Inter-American Institute of Human Rights, 1998.

É relevante notar que a dificuldade de reconhecimento desses direitos enquanto direitos aptos a serem plena e imediatamente aplicáveis pelo sistema jurídico envolve uma dimensão quase sempre negligenciada pela leitura doutrinária ou lógico-formal da situação. Isto é, há um déficit de reconhecimento desses direitos enquanto parte integrante de uma cidadania do indivíduo ou indivíduos que os demandam.

Parece fazer mais sentido quando se parte da observação de que há na vida cotidiana precedência da noção de consideração à pessoa sobre o indivíduo. Cabe ressaltar que pessoa aqui é tomada no significado de ser singularizável, enquanto que indivíduo no sentido de ser genérico. Neste ponto, Cardoso de Oliveira evidencia que há a incidência da discriminação cívica no Brasil.⁴²

O autor problematiza ainda que

Em outras palavras, ainda que os direitos básicos de cidadania estejam constitucionalmente garantidos no Brasil, eles não são, de fato, acessíveis a contingentes expressivos da população na vida cotidiana. Aqui, não estou me referindo apenas àqueles aspectos das condições de vida da população carente em dissintonia com as garantias constitucionais (e.g., direito à moradia) devido às limitações orçamentárias do Estado, a políticas sociais ineficazes implementadas pelo governo, ou à crise econômica em sentido amplo, mas a atos de discriminação cívica que negam direitos em princípio acessíveis, agravando substancialmente as iniquidades vigentes.⁴³

A partir disso, fica claro que toda a discussão doutrinariamente proposta acerca da negação da efetivação desses direitos não é o suficiente para compreender adequadamente o mecanismo jurídico criado para a justificativa de tornar esses direitos inacessíveis. Na verdade, toda a explicação que gira em torno da argumentação estritamente jurídica parece padecer de sentido se analisada frente ao modo como os indivíduos demandantes desses direitos enxergam a negativa de acesso a eles. Não apenas isso, pode-se dizer também a própria justificativa não-jurídica para sustentar a posição do poder judiciário ao negar a efetivação desses direitos está assentada sobre essa mesma perspectiva de falta de reconhecimento.

⁴² CARDOSO DE OLIVEIRA, L. R. *Direito legal e insulto moral* — Dilemas da cidadania no Brasil, Québec e EUA. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 2001.

⁴³ CARDOSO DE OLIVEIRA, L. R. . *Racismo, Direitos e Cidadania. Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n.50, p. 81-93, 2004. p. 83.

Logo, “a falta de reconhecimento é percebida como um ato de desconsideração por meio do qual a identidade do grupo seria negada ou rejeitada, caracterizando uma atribuição de indignidade que não permitiria sua aceitação plena.”⁴⁴

Desse modo, associado à idéia do desenvolvimento da justiciabilidade, "cabe situar a pessoa humana no centro de todo o processo de desenvolvimento, o que requer um espírito de maior solidariedade em cada sociedade nacional, e a consciência de que a sorte de cada um está inexoravelmente ligada à sorte de todos"⁴⁵. Esse processo de desenvolvimento apenas pode ser compreendido adequadamente na medida em que ele leva em consideração inclusive os aspectos não-jurídicos da produção do discurso, como as demandas por consideração e reconhecimento.

Portanto, a partir dessas considerações, é possível concluir há um potencial transformador e emancipatório frente à manutenção da estrutura conservadora e formalista do poder judiciário.⁴⁶ É necessário que essas demandas sejam vistas não apenas como demandas por sentenças favoráveis, posto elas por si não possuem um potencial transformador profundo, mas sejam encaradas como fatores de produção de cidadania no espaço social.

Conclusão

A Justiciabilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais é assunto de pertinência bastante clara no âmbito da jurisdição constitucional e da efetividade de direitos. A busca pela exigibilidade e efetivação desses direitos é parte integrante e inegociável de um Estado Democrático de Direito.

Pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 propiciou um caminho límpido para a justiciabilidade desses direitos, na medida em que os colocou como direitos fundamentais e humanos, de caráter universal e indivisível, sendo, portanto, dignos de toda a atenção da sociedade civil e dos Poderes Públicos.

⁴⁴ CARDOSO DE OLIVEIRA, L. R. . *Racismo, Direitos e Cidadania. Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n.50, p. 81-93, 2004. p. 86

⁴⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. "A justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano internacional," in *Presente y Futuro de los Derechos Humanos: Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, San José, Costa Rica: Inter-American Institute of Human Rights, 1998.

⁴⁶ PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanziola. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. *Araucaria Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 8, n. 15. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id491.htm>>. Acesso em: jan. 2010.

É preciso ter em mente que:

(...) os direitos sociais não são nenhuma solução imediata e pré-fabricada para os problemas com os quais constantemente nos deparamos na busca da igualdade e da justiça, também não constituem uma ameaça de natureza totalitária e desintegradora às liberdades e à Constituição do Estado de Direito, impondo-se, de tal sorte, a busca do meio termo e da justa medida.⁴⁷

Nesse contexto, a efetivação dos direitos sociais por intermédio de demandas surgidas frente ao Poder Judiciário é necessária não só para o desenvolvimento da noção que se tem acerca desses direitos, como também, como forma de aprimoramento da jurisdição constitucional sobre o assunto. Assim, "a possível intromissão em áreas ou esferas de atuação reservadas aos demais poderes não é uma questão que possa ser colocada de forma válida nesses casos. A justiça se limita a fazer cumprir obrigações da administração determinadas por uma lei, ou pela própria administração, no exercício de suas competências regulamentares".⁴⁸

De outro lado, é preciso entender que o discurso meramente legalista não proporciona um entendimento adequado dessas demandas. É só por intermédio da perspectiva das subjetividades dos indivíduos que se pode entender qual é o real impacto da negação ao acesso dos direitos dessa natureza aos cidadãos que os buscam.

Portanto, a justiciabilidade dos direitos fundamentais, sobretudo nas suas esferas social, econômica e cultural, é questão não apenas de aprimoramento da tutela jurisdicional, mas, sobretudo, de ampliação da cidadania.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 358.

⁴⁸ ABRAMOVICH, Víctor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. *Revista internacional de direitos humanos: SUR*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 189-223, 1 sem. 2005. Disponível em: <<http://www.surjournal.org>>. Acesso em: 08 jun. 2009.

Referências Bibliográficas

ABRAMOVICH, Víctor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. **Revista internacional de direitos humanos: SUR**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 189-223, 1 sem. 2005. Disponível em: <<http://www.surjournal.org>>. Acesso em: 08 jun. 2009.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudos Constitucionales. Madrid. 1997.

APPIO, Eduardo. **A Justiciabilidade dos Direitos Sociais no País: Populismo Judiciário no Brasil**. Disponível em: www.eduardoappio.com.br, acesso em 25.5.2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Almedina, 2001.

DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1969.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Diritto costituzionale**. 15. ed. rev. Napoli: Jovene Editore, 1989.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. "A justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano internacional," in **Presente y Futuro de los Derechos Humanos: Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez**, San José, Costa Rica: Inter-American Institute of Human Rights, 1998.

FARIA, J. E. O judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação de justiça brasileira, in: FARIA, José E. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1996.

PECES-BARBA, G. Reflections on Economic, Social and Cultural Rights. In: **Human Rights Law Journal**. Vol. 2:3/4. 1981, pp. 281-294

PIOVESAN, F. . **Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos: Desafios e Perspectivas**. In: Roberto B. Dias da Silva. (Org.). **Direito Constitucional - temas atuais - homenagem à Professora Leda Pereira da Mota**. São Paulo: ed. Método, 2007, v. , p. 59-74.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista Iberoamericana de Filosofía Política y Humanidades**, Espanha.

REIS, José Carlos Vasconcellos. **As normas Constitucionais programáticas e o Controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.