

Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Curso de Pós Graduação Lato Sensu em
Direito Constitucional

Renata Ferreira Ramalho

**Máxima efetividade aos direitos sociais
fundamentais: do problema hermenêutico ao
controle judicial.**

BRASÍLIA – DF

2008

RENATA FERREIRA RAMALHO

**Máxima efetividade aos direitos sociais
fundamentais: do problema hermenêutico ao
controle judicial.**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Gonet e Prof Inês Porto.

BRASÍLIA – DF

2008

RENATA FERREIRA RAMALHO

**Máxima efetividade aos direitos sociais
fundamentais: do problema hermenêutico ao
controle judicial.**

Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do título de Especialista
em Direito Constitucional, no Curso de
Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto
Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com
menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

“As leis não bastam: os lírios não nascem da lei”.

Carlos Drummond de Andrade

AGRADECIMENTOS

Um trabalho como este depende, e muito, da colaboração de algumas pessoas. Assim, aproveito o momento para agradecer ao Professor Paulo Gustavo Gonet, pela paciência, atenção e indiscutível competência. Agradeço, também, a Professora Inês Porto, sempre prestativa e atenciosa, pela ajuda incansável. Sem dúvida, sua ajuda foi imprescindível para a elaboração de todo o trabalho.

A todos os funcionários da Biblioteca do Instituto Brasiliense de Direito Público e da Biblioteca do Ministério Público do Trabalho por todo o carinho e zelo.

A Marcello Henrique Almeida Pirri Moreira, por sempre me apoiar e acompanhar todos os momentos do curso, inclusive me ajudando com a formatação.

Por fim, aos meus pais, Luis Sérgio Rabelo Ramalho e Helena Gonzaga de Menezes Ferreira, pela educação privilegiada que puderam me proporcionar.

RESUMO

Define os direitos sociais fundamentais, a historicidade dos direitos humanos e a proibição do Retrocesso Social. Nota que os direitos sociais, ainda, estão a carecer da adequada garantia de efetividade, que encontra obstáculos na invocação cômoda da teoria da reserva do possível, da teoria da separação dos poderes ou da teoria da discricionariedade administrativa e da flexibilização de diversos direitos sociais fundamentais, alterando o seu núcleo intangível e essencial. Aponta, a partir dessas premissas, as conseqüências nefastas de uma interpretação restritiva do artigo 60 § 4º, IV, CF e o problema hermenêutico dos direitos sociais em face da expressão “direitos e garantias individuais” na Constituição Federal. Traça considerações sobre a concepção contemporânea dos direitos humanos – universalidade e indivisibilidade. Faz breve incursão sobre a posição do Supremo Tribunal Federal e sobre a Constituição Federal e o alcance da realidade social. Consagra, em defesa dos direitos sociais fundamentais, o controle judicial e a separação de poderes ante uma dogmática constitucional renovadora à luz do direito fundamental a efetivação da Constituição Federal. Defende que o controle das políticas públicas não afronta o princípio da separação de poderes, pois encontra seu fundamento diretamente na Constituição que confere ao Poder Judiciário ampla função jurisdicional. Constata que as questões orçamentárias e a reserva do possível não podem ser tornar empecilho para a implementação de políticas públicas, devendo funcionar como disciplinadoras da razoabilidade da Administração Pública e auxiliar a efetivação dos direitos positivos. Demonstra objeções da doutrina e da jurisprudência conflitantes com tal entendimento. Busca, por fim, a defesa de um Novo Judiciário. Consagra a máxima efetividade aos direitos sociais fundamentais, como um padrão mínimo e indeclinável de dignidade humana.

ABSTRACT

It defines the fundamental social rights, the history of human rights and the prohibition of Social Backdown. Note that the social rights, still, lack of adequate guarantee of effectiveness, which encounters obstacles in the invocation of the possible reserve theory, the theory of separation of powers or the theory of administrative discretion and flexibility of various fundamental social rights, changing its intangible and essential core. It points out, from these premises, the adverse consequences of a restrictive interpretation of Article 60 § 4, IV, CF and the hermeneutic problem on social rights when dealing with the expression "rights and individual guarantees" in the Federal Constitution. IT traces considerations about contemporary human rights - universality and indivisibility. It makes a brief incursion on the position of the Supreme Court and the Federal Constitution and the extent of social reality. It enshrines, in defence of fundamental social rights, the judiciary control and the separation of powers in relation to a renewed constitutional dogma under the fundamental right effecting of the Federal Constitution. It argues that the control of public policies does not insult the principle of separation of powers, because gets its plea directly from the Constitution that gives the Judiciary broad judicial function. It notes that the issues of budget and the possible reserve may not become obstacle to the implementation of public policies and should serve to discipline of Public Administration reasonableness and help the effect of positive rights. It demonstrates objections of the doctrine and case law conflicting with this understanding. It searches, finally, the defence of a New Judiciary. It enshrines the maximum effectiveness to fundamental social rights, as a minimum standard and indeclinable of human.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS: um padrão mínimo e indeclinável de dignidade humana.....	12
2.1. Os Direitos Sociais Fundamentais	12
2.2. A Historicidade dos Direitos Humanos	16
2.3. A Proibição do Retrocesso Social	19
3. DA INCLUSÃO DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS COMO CLÁUSULA PÉTREA.....	24
3.1. Uma Interpretação Restrita do art 60, § 4º, IV e suas Conseqüências Nefastas	24
3.2. A Interpretação dos Direitos Fundamentais Segundo a Constituição de 1988: o Problema Hermenêutico dos Direitos Sociais em face da Expressão “Direitos e Garantias Individuais” do art 60, § 4º, IV, da Lei Maior.....	31
3.3. A Concepção Contemporânea dos Direitos Humanos: Universalidade e Indivisibilidade	39
3.4. Posição do STF sobre o Conteúdo dos “Direitos e Garantias Individuais”	43
3.5. A Constituição e o Alcance da Realidade Social	47
4. DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS RELACIONADAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	52
4.1. Considerações Preliminares.....	52
4.2. A separação dos Poderes ante uma dogmática constitucional renovadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição Federal.....	53
4.3. Controle judicial: uma defesa dos direitos sociais fundamentais.....	55
4.4. Objeções ao Controle Judicial de Políticas Públicas.....	58
4.5. A polêmica sobre a judicialidade das políticas públicas e posição da jurisprudência sobre o tema.....	62
4.6. O papel do Novo Poder Judiciário.....	66
5. CONCLUSÃO.....	70
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	76

1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais constituem-se mutuamente e jamais devem se eliminar. Desta forma, em face da elevada hierarquia dos valores em questão, historicamente conquistados, mister que toda interpretação principialista dos direitos fundamentais tome na devida conta o imperativo de lhes conferir e outorgar a máxima aplicabilidade, pois de nada adianta que permaneçam como meras abstrações ou normas programáticas sem qualquer eficácia.

O Estado, sem dúvida, só experimenta real sentido e autêntica legitimidade quando apto a viabilizar a concretização ampliada da dignidade da pessoa humana. Assim, na primeira parte desse, conceituar-se-á os direitos sociais, salientando sua importância e destacando que em pleno século XXI já não cabe falar em superioridade de um direito social ou individual, os direitos fundamentais são indissociáveis.

É preciso conhecer a história dos direitos fundamentais para entender que os direitos sociais fundamentais correspondem a anseios referentes a um padrão mínimo e indeclinável de dignidade humana. Nesse sentido, os direitos humanos à proporção que se fazem reconhecidos, objetiva e positivamente, passam a consolidar o próprio Estado.

Na seqüência, a última parte do primeiro capítulo ainda indicará de forma sucinta o princípio da proibição do retrocesso social, que impede a supressão ou restrição de direito social reconhecido no sistema jurídico e definido como direito fundamental. Desta forma, busca-se a proteção dos direitos sociais fundamentais, mesmo ao nível da sua concretização pelo legislador, o que se faz primordial para um trabalho que pretende elucidar a importância de conferir máxima efetividade aos direitos sociais fundamentais.

A segunda parte deste trabalho revelará que interpretar o art 60, § 4º, IV da CF de forma restrita, como se somente os direitos e garantias individuais,

reconhecidos no século XVIII, estivessem sobre o manto da imutabilidade das cláusulas pétreas, é um retrocesso histórico. É desconsiderar toda uma história de lutas pelo reconhecimento das diversas gerações dos direitos fundamentais, todas igualmente salutares e imprescindíveis.

Em resumo, o terceiro capítulo tem como objetivo precípuo defender a partir de uma interpretação ampla, justa e em harmonia com o espírito da Constituição, o verdadeiro alcance do art 60, § 4º, IV, da CF, refutando uma interpretação restrita desse artigo e suas conseqüências nefastas. A partir da interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, e guiando-se também pelos princípios da unidade e da concordância prática – alçados à condição de princípios específicos da hermenêutica das normas constitucionais –, se aduzirá que os Direitos Sociais, assim como os Direitos Individuais e demais conteúdos essenciais da Constituição Federal estão sujeitos à mesma proteção contra reformas constitucionais, na condição de limites materiais, implícitos ou não.

Assim, após analisar o pensamento da hermenêutica moderna e seus princípios, que por si só já justificariam a inclusão dos direitos sociais fundamentais como cláusula pétrea, o terceiro capítulo apresentará a concepção contemporânea dos direitos humanos, baseada na historicidade, universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais. Por conseguinte, se evidenciará que, mesmo no âmbito de uma interpretação meramente literal do artigo em comento, os direitos fundamentais constituem-se mutuamente e jamais devem se eliminar. Todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e interdependentes entre si.

Em suma, afirmar que se os direitos sociais fundamentais pudessem ser abolidos pelo Poder Reformador, acabaria por redundar na própria destruição da identidade da nossa ordem constitucional, que não protege somente os direitos de primeira dimensão (direitos civis e políticos), mas todos os direitos fundamentais. Desta feita, a última parte do terceiro capítulo, ao confrontar a Constituição e a realidade social, revelará que o direito existe para que sejam alcançadas e

viabilizadas concretizações de princípio e valores, que dele necessitam receber o apoio para que se façam eficazes e efetivos, num determinado contexto histórico.

No entanto, não adianta defender uma interpretação dos direitos sociais fundamentais ampla, sistemática e concernente com a principiologia adotada por nossa Constituição, se, na prática, não houver sua efetiva concretização.

Nesse sentido, o último capítulo tem por objeto à atuação do Poder Judiciário no controle das omissões do Poder Público e na efetivação dos direitos sociais fundamentais. Inércias do Poder Executivo e a falta de ação do Poder Legislativo podem ser perfeitamente supridas pela atuação do Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição.

Para isso, é necessário superar velhos dogmas construídos por uma teoria jurídica tradicional, como a separação absoluta dos Poderes e a atuação passiva e auto-restritiva pelo próprio Poder Judiciário. Não cabe ao juiz a função de criar políticas públicas, mas a irrecusável função de impor a execução daquelas previstas e comandadas pela Constituição.

A imperatividade da Constituição Federal reduz consideravelmente a liberdade de conformação do legislador, não tendo este a discricionariedade legislativa quanto ao “se” da atuação, dispondo apenas de certa liberdade de conformação política quanto ao “como” da sua concretização¹

Em suma, no contexto histórico-social vigente, vive-se uma fase na qual a maior preocupação com a teoria do direito é pela efetividade dos direitos humanos. Esse é o desafio desse trabalho. Defende-se a existência de um verdadeiro direito fundamental à efetivação da Constituição Federal.

¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ªed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 326.

Espera-se que esta modesta contribuição possa ser proveitosa para alunos e professores do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e demais interessados na defesa dos direitos sociais fundamentais.

2. DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS: um padrão mínimo e indeclinável de dignidade humana.

2.1. Os Direitos Sociais Fundamentais

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas em 1948, consagra em seu art XXII, que:

Todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, **sociais** (grifo nosso) e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Direitos sociais, portanto, são aqueles que sobrelevam a esfera particular, para alcançar o todo, numa visão de conjunto e generalidade. A adjetivação social, que qualifica o direito, opõe-se, pois, ao individual, para dar predominância ao interesse maior da comunidade. Por isso, funcionam como prestações positivas, vertidas em normas de cunho constitucional. Desta forma, como bem afirma Alexandre de Moraes, os direitos sociais são direitos fundamentais do homem:

(...) caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art 1º, IV da Constituição Federal.²

Tais liberdades ou prestações são positivas, precisamente porque têm por escopo beneficiar os hipossuficientes, assegurando-lhes a realização de uma igualdade real. Deveras, ao menos em tese, incumbe os Poderes Públicos agir para melhorar a vida humana, evitando arbítrios, injustiças e abusos do poder, conforme ressalta J.J. Calmon de Passos:

Porque iguais, livres; e porque livres, iguais. Impossível, assim, legitimar-se qualquer poder que não seja fruto de outorga e retorne, limitado e controlado, em termos de serviço. Necessária consequência desse

² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11º ed. São Paulo: Atlas S/A, 2002, p.202.

entendimento: a determinação de uma esfera do indivíduo colocada a salvo de toda e qualquer investida de todo e qualquer poder além dos limites da outorga deferida.³

Entretanto, nem sempre foi assim. A ordem social, da mesma forma que a ordem econômica, adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as Constituições passaram a discipliná-la sistematicamente, o que se iniciou com a Constituição mexicana de 1917. Sob a influência da Constituição alemã de Weimar (1919), no Brasil, a primeira Constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, o que foi mantido nas Constituições posteriores.

Assim, ao lado dos direitos individuais, que têm por característica fundamental a imposição de uma não fazer ou abster-se do Estado, as modernas Constituições impõem aos Poderes Públicos, a prestação de diversas atividades, visando o bem-estar e o pleno desenvolvimento da personalidade humana, sobretudo em momentos em que ela se mostra mais carente de recursos e tem menos possibilidade de conquistá-los pelo seu trabalho⁴.

Atenta a essa necessidade, a Constituição de 1988 protege e dispõe sobre os direitos sociais de forma ampla. Desta feita, o Capítulo II do Título II do Texto Constitucional arrola os chamados direitos sociais, os dividindo em três partes. Na primeira, há a indicação genérica dos direitos sociais; na segunda, estão enumerados os direitos individuais dos trabalhadores urbanos, rurais e domésticos; e na terceira, estão disciplinados os direitos coletivos dos trabalhadores.

Objetivamente, na visão de Uadi Lammêgo Bulos⁵ divide-se os direitos sociais dispostos na Constituição de 1988 da seguinte forma: a) direitos do trabalhador; b) direitos da seguridade (direitos à saúde, direitos à previdência social e direitos à assistência social); c) direitos da cultura, educação, lazer, segurança e

³PASSOS, J.J. Calmon de. A constitucionalização dos direitos sociais, Apud: BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.410.

⁴ Embora o constituinte de 1988 tenha trazido mecanismos que teoricamente pudessem servir à proteção judicial dos direitos sociais, tais recursos mostram-se ineficazes por inúmeros motivos. Basta ver a ação de inconstitucionalidade por omissão (art 103, § 2º) e o mandado de injunção (art 5º, LXXI), institutos que, até o momento, não contribuíram, da forma como deveriam, para compelir os Poderes Públicos a efetivar a norma constitucional. Desta forma, muitas vezes, os direitos sociais encontram-se amplamente dispostos na Constituição, mas o Estado não os torna efetivos. Urge que os nossos legisladores saiam do período da programaticidade e ingressem na fase da efetividade dos comandos constitucionais positivados.

⁵ BULOS, U. L. op.cit., p.411.

moradia; d) direitos da família, da criança, do adolescente e do idoso; d) direitos dos grupos (liberdade sindical, direito de greve, estipular contrato coletivo de trabalho, co-gestão e auto-gestão).

Enfim, a Constituição de 1988, no que tange aos direitos sociais básicos, define princípios fundamentais, como a livre iniciativa e os valores sociais do trabalho e determina objetivos fundamentais para a república como o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais⁶. Além disso, a Constituição proclama serem direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (art 6º).

A Constituição ainda especifica, em seu artigo 7º, os direitos sociais em favor dos trabalhadores, como por exemplo: o seguro-desemprego, o fundo de garantia de tempo de serviço, o salário mínimo, o piso salarial, o décimo terceiro salário, a participação nos lucros, a jornada semanal de quarenta e quatro horas de trabalho, o repouso semanal remunerado, a licença à gestante com duração de cento e vinte dias, a licença-paternidade, o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

No mais, os direitos sociais são atribuídos, em igualdade, aos trabalhadores rurais e urbanos, sendo certo, no entanto, que o rol de direitos constante do art 7º do Texto Constitucional não é exauriente dos direitos trabalhistas, pois o caput do dispositivo é literal ao consignar a existência daqueles, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Logo, a normatização infraconstitucional pode ampliar esse rol de direitos, embora, de evidência, não tenha o condão de reduzi-los.

⁶ Deve-se observar que a Emenda Constitucional nº 31 de 14 de dezembro de 2000, atenta, visando garantir maior efetividade aos direitos sociais, a um dos objetivos fundamentais da República: erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Desta forma, foi criado o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído no âmbito do Poder Executivo Federal, para vigorar até 2010, tendo por finalidade precípua viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, devendo a aplicação de seus recursos direcionar-se às ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para a melhoria da qualidade de vida.

Importa ressaltar, portanto, que os direitos sociais são enumerados exemplificadamente nesse capítulo. Desta forma, o Capítulo II do Título II não esgota os direitos fundamentais constitucionais dos trabalhadores, que se encontram também difusamente previstos na própria Constituição.

Em suma, os direitos sociais fazem parte dos direitos fundamentais do homem classificando-se como normas de ordem pública. Nas palavras de Walber de Moura Agra, são

invioláveis e indisponíveis, devendo ser obrigatoriamente observadas dentro de um Estado Democrático de Direito. Sua finalidade é a de garantir direitos mínimos para a coletividade, propiciando condições para o estabelecimento de um Estado Social de Direito.⁷

Como se vê, a Constituição de 1988 imprime uma latitude sem precedentes aos direitos sociais básicos, dotados agora de uma substantividade nunca conhecida nas Constituições anteriores, a partir da de 1934. Esses direitos formam, assim, a espinha dorsal do Estado Social brasileiro na última versão que lhe é dada por uma constituinte republicana.

Enfim, são, portanto, direitos que apresentam conexão com o direito de igualdade. Como bem definiu José Afonso da Silva, “valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”⁸

Não obstante tal afirmação indubitável, a doutrina ainda se divide entre os que sustentam uma superioridade dos direitos individuais sobre os direitos sociais ou aqueles que, ao contrário, sustentam uma importância maior dos direitos sociais em face dos direitos individuais. No primeiro caso, proclama-se o primado da liberdade com base no direito natural e reduzem-se os direitos sociais básicos a um simples direito social, matéria de legislação ordinária ou quando muito de um direito trabalhista constitucionalizado. Já no segundo caso, o primado cabe à igualdade e os direitos sociais básicos fruem uma dignidade constitucional de princípio, a qual

⁷ AGRA, Walber de Moura. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.30.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p.258.

nos ordenamentos democráticos do Estado social compõe o centro axiológico da Constituição.

Ora, trata-se de uma divergência doutrinária anacrônica. Sabe-se que os direitos fundamentais são dotados de historicidade e cumulatividade. Dizer que os direitos fundamentais foram classificados em dimensões não é afirmar que as dimensões superam as outras como se fossem gerações findas e esgotáveis.

Os direitos fundamentais complementam-se e influenciam-se mutuamente. Sua importância vital está no reconhecimento dos direitos de primeira, segunda e terceira dimensão. Em pleno século XXI já não cabe mais falar em superioridade de um direito social ou individual, os direitos fundamentais são indissociáveis, não há como medir uma importância maior a esse ou àquele direito.

Desta forma, não há como restringir o alcance da norma contida no art 60, § 4º, IV da CF, os direitos fundamentais, ou seja, os direitos individuais, sociais, difusos e coletivos gozam de igual proteção constitucional, ou seja, são núcleos imodificáveis da Constituição Federal de 1988. Ademais, merecem toda a proteção contra a arbitrariedade e a omissão dos Poderes competentes, questões que serão vistas nos próximos capítulos

2.2. A Historicidade dos Direitos Humanos

Além da ideia inicial de que não existe uma hierarquia entre direitos individuais e sociais, deve-se buscar esclarecer a conexão destes direitos com a dimensão histórica e suas consequências inevitáveis.

Neste ponto, algumas das ideias do jusfilósofo italiano Norberto Bobbio⁹ expostas em sua obra *A Era dos Direitos* são significativas para a investigação e podem servir como ponto de partida para o desenvolvimento das posições aqui sustentadas, merecendo ser expostas, ainda que em breve resumo.

⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.15-45.

Com efeito, para o autor haveria uma contraposição entre a concepção dos direitos humanos como históricos e a que os reputa direitos naturais, inerentes à condição humana e por isso eternos, como defendiam os jusnaturalistas. Ele defende a primeira teoria, afirmando que os direitos humanos seriam de natureza histórica, surgidos de forma gradual em meio a lutas e anseios por novas liberdades contra velhos poderes. Na realidade social da época, em suas contradições e mudanças em cada oportunidade concreta, travam-se lutas e movimentos sociais que serviram à proteção estatal daqueles direitos como fonte e alimento.

Afirmando-se, pois, históricos, Bobbio enfrenta a crítica daqueles que defendem a fundamentalidade absoluta dos direitos humanos, isto é, sua legitimação independe de uma circunstância histórica específica. Não se trata de encontrar o fundamento absoluto, mas, diante de cada caso em concreto, os inúmeros fundamentos possíveis para os direitos do homem. Portanto, tais direitos não seriam subtraídos do fluxo da história, não seriam produtos da natureza, mas da civilização humana; enquanto históricos, seriam mutáveis, suscetíveis de transformação e ampliação.

No que tange aos direitos sociais, pode-se dizer que seu peso histórico identifica o sentido da necessidade da intervenção estatal positiva de modo a preservar a igualdade material entre os indivíduos, fazendo com que possam, efetivamente se valer de suas liberdades negativas. Deve-se levar em conta, portanto, que a tutela estatal de uma igualdade meramente formal não é suficiente para evitar que o homem seja submetido a tratamentos indignos, assim, afirma Daniel Lima Ribeiro:

As conquistas do liberalismo quanto à consagração dos direitos de primeira geração conferiam ao trabalhador inútil igualdade, pois apenas formal. As condições econômicas intensificaram a pobreza e a miséria. Diante da necessidade de sobrevivência mas sem qualquer proteção estatal e desprovidos de meio de produção, implantaram-se condições subumanas de trabalho, horas excessivas e baixíssima remuneração¹⁰

¹⁰ RIBEIRO, Daniel Lima. *Os direitos sociais e o diálogo metodológico multidimensional. A hipótese da historicidade*. In: *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumes júris, 2004, p. 42.

A luta pelos novos direitos de segunda dimensão somente começou a se delinear de forma homogênea e consistente a partir dos movimentos sociais do século XIX. A Constituição Mexicana de 1917 foi a primeira a consagrar direitos trabalhistas, em nível constitucional, como direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos. Foi, desta forma, a pioneira em desmercantilizar o trabalho, ou seja, em proibir sua equiparação com uma mercadoria qualquer, sujeita à lei da oferta e procura no mercado.

Desta feita, a Constituição Mexicana (1917) deslegitimou as práticas de exploração mercantil do trabalho e, portanto, da pessoa humana, cuja justificativa para a classe burguesa residia na liberdade de contratar. Para completar essa proteção, a Constituição de Weimar (1919) delineou o Estado da democracia social tão almejado e quisto.

Em 1966, após tais valores sociais terem sido evidenciados por meio das lutas e sofrimentos de inúmeras pessoas, como dignos de proteção, os direitos sociais alcançaram o consenso internacional com a adoção do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, afirmando Daniel Lima Ribeiro:

O Estado arbitrário – no que tange à violação dessas normas – não é mais o que invade a liberdade, mas aquele cujos órgãos públicos se negligenciem ou recusem a limitar ou a controlar o poder econômico ou a prestar serviços básicos como a educação e saúde, indispensáveis para a formação do indivíduo e para a fruição de seus demais direitos”¹¹

Desta forma, os chamados direitos fundamentais correspondem a anseios referentes a um padrão mínimo e indeclinável de dignidade humana. Os direitos sociais, assim como os direitos e garantias individuais, foram consagrados a partir do sofrimento que motivou os movimentos históricos e lutas sociais responsáveis pelo seu reconhecimento jurídico e garantia estatal.

¹¹RIBEIRO, Daniel Lima. op cit, p 43

2.3. A Proibição do Retrocesso Social

Admitindo-se a historicidade dos direitos fundamentais, faz-se necessário demonstrar a estreita ligação entre uma proibição do retrocesso social e os direitos fundamentais. Por essa concepção, busca-se defender a proteção desses direitos, mesmo ao nível da sua concretização pelo legislador, contra as reformas enviadas pelo Poder Constituinte derivado, o que se faz primordial para um trabalho que pretende elucidar a importância da proteção dos direitos sociais fundamentais.

Conforme já exposto, os direitos fundamentais sociais correspondem a posições jurídicas apenas realizáveis em um contexto político que priorize as bases ideológicas de um Estado Social e Democrático de Direito, sendo frutos de uma árdua evolução social. Em razão de tais fundamentos e todos os demais que serão consignados nesse trabalho, um eventual recuo no reconhecimento destes direitos incompatibiliza-se com a sua própria essência. Conseqüentemente, estipulou-se no universo jurídico o princípio da proibição do retrocesso social, também conhecido como não retorno da concretização¹².

Pois bem, no âmbito da doutrina, constata-se, de modo geral, uma postura amistosa relativamente ao princípio da proibição de um retrocesso social, com destaque para a posição de Gomes Canotilho¹³, que defende que após sua concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal modo que não se encontram mais na esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não podem mais ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração ao princípio da proteção e da confiança, que, de sua parte, implica a inconstitucionalidade de todas as medidas que inequivocadamente venham a ameaçar o padrão de prestações já alcançado.

¹² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais*. Lisboa: Coimbra, 1988, p 397-400 conhece o fenômeno por tal nomenclatura.

¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ªed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 474-475.

O princípio da proibição do retrocesso social proclama que uma vez conformado pelo legislador infraconstitucional o direito fundamental social, o que se faz com que se integre por completo o seu conteúdo, incabível é a reversão desta medida. Em outras palavras, Patrícia do Couto Villela Abbud Martins o define da seguinte maneira:

Cumprida a deliberação constitucional no sentido da concretização dos direitos fundamentais sociais, o legislador infraconstitucional torna-se vinculado, não lhe sendo lícito eliminar os direitos implementados, sem oferecer mecanismos de recomposição do respectivo direito social. Este já se engloba no patrimônio social daquela coletividade ou categoria¹⁴.

No entanto, Vieira de Andrade¹⁵, assumindo posição cautelosa nessa matéria, apontou para a circunstância de que a proibição de retrocesso social não pode ser tida como uma regra geral, sob pena de colocar-se seriamente em risco a indispensável autonomia da função legiferante, já que não se pode considerar o legislador como órgão de mera execução das decisões constitucionais. Ademais, parcela significativa da doutrina tem analisado o fenômeno sob o ponto de vista da irreversibilidade relativa, é o que afirma Sarlet:

Em se levando em conta que o postulado da proibição do retrocesso social, por não ter caráter de regra geral e absoluta, mas, sim, de princípio, não admite solução baseada na lógica do tudo ou nada, aceitando determinadas reduções no âmbito das conquistas sociais ao nível infraconstitucional, encontrando-se vedada, por evidente, sua supressão pura e simples. Por outro lado, não se poderá desconsiderar que estas restrições não poderão, em hipótese alguma, ferir o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais legislativamente concretizados, além da necessidade de se situarem sempre dentro dos limites fixados pelo princípio da proporcionalidade.¹⁶

Como se observa, aos direitos fundamentais aplica-se a tese da preservação de seu núcleo essencial, razão pela qual até mesmo eventuais restrições, desde que não evasivas do cerne do direito fundamental podem ser toleradas.

A idéia de proteção ao núcleo essencial não é unívoca na doutrina e jurisprudência. No âmbito da controvérsia sobre o núcleo essencial suscitam-se

¹⁴MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. *A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico*. In: *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumes júris, 2004, p.402

¹⁵ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa, p.307-309 Apud: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p 375.

¹⁶SARLET, op. cit, p.376.

indagações expressas em dois modelos básicos, conforme observa o Min Gilmar Mendes no HC 82959:

Os adeptos da chamada teoria absoluta ("absolute Theorie") entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais (Wesensgehalt) como unidade substancial autônoma (substantieller Wesenskern) que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa. Essa concepção adota uma interpretação material, segundo a qual existe um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal. Em outras palavras, haveria um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador; outro seria insuscetível de limitação. Nesse caso, além da exigência de justificação, imprescindível em qualquer hipótese, ter-se-ia um "limite do limite" para a própria ação legislativa, consistente na identificação de um espaço insuscetível de regulação. Os sectários da chamada teoria relativa ("relative Theorie") entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. O núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins (Zweck-Mittel-Prüfung), com base no princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação. Segundo essa concepção, a proteção do núcleo essencial teria significado marcadamente declaratório.¹⁷

O que importa destacar é que tanto a teoria absoluta quanto a teoria relativa pretendem assegurar uma maior proteção dos direitos fundamentais, na medida em que buscam preservar os direitos fundamentais contra uma ação legislativa desarrazoada. Assim, constata Sarlet que

não há como determinar em abstrato, para todos os direitos fundamentais, a amplitude de sua proteção contra reformas constitucionais, destacando-se, ainda, que tal proteção deve ser diferenciada, dependendo do direito fundamental que estiver em causa.¹⁸

Renunciando, desde já, a maiores avanços no exame desta polêmica matéria, cumpre deixar consignadas as inúmeras possibilidades e discussões que o tema pode suscitar e que, infelizmente, não poderão ser tratadas nesse trabalho. No entanto, o objetivo de oferecer um breve comentário sobre o tema tem um motivo especial: elucidar a importância de proteger o conteúdo dos direitos sociais fundamentais.

Enfim, o princípio da proibição do retrocesso social traz consigo a idéia de que não cabe ao legislador livremente dispor do conteúdo essencial dos direitos

¹⁷ Serviço de Jurisprudência do STF: www.stf.gov.br. Trecho do voto do Min. Gilmar Mendes, HC 82.959-7 /SP, Relator Min. Marco Aurélio, Publicação: DJ 11/04/2006.

¹⁸ SARLET, I. W. op.cit., p. 368.

fundamentais sociais, enquanto consagrado na esfera constitucional. Assim não se reconhecendo, estaria se comungando a noção de que o legislador, inquestionavelmente vinculado aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, poderia dispor do poder de tomar suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte.

É o que acontece na análise que se faz a respeito das políticas públicas, notadamente quando executadas de forma divorciada das necessidades e dos interesses da sociedade, mas que ainda assim são sustentadas, como se não houvesse relação entre, ou melhor, subordinação das políticas em relação aos direitos fundamentais, ou como se não houvesse, também, responsabilidade direta do Estado na tarefa de criar as condições para a concretização dos direitos fundamentais em todos os níveis, aí incluídos os direitos sociais.

Da mesma forma, ignorar que os direitos sociais fundamentais não se encontram protegidos pelo art 60, § 4º, IV da CF, é permitir que respectivos direitos, embora integrantes da própria identidade constitucional, sejam abolidos ou suprimidos de qualquer forma pelo Poder Constituinte Reformador. Ora, tal hipótese se configura absurda, pois já que a doutrina protege os direitos fundamentais prestacionais legislativamente concretizados, assumindo a condição de verdadeiros direitos de defesa, na medida em que justificam o recurso a proteção judicial contra atos dos poderes públicos que tenham por objetivo sua redução ou mesmo sua destruição, deve proteger os direitos sociais fundamentais como integrantes das chamadas cláusulas pétreas.

Reconhecer que os direitos sociais fundamentais não podem ser modificados por uma emenda constitucional, é, portanto, medida inadiável e lógica. Não se pode resguardar esse princípio garantidor, que permite que sejam protegidas as conquistas concernentes ao direito fundamental obtidas, dentro de um mínimo capaz de suportar as necessidades básicas da sociedade, sem que se proteja o seu fundamento constitucional.

Como se proteger a proibição de um retrocesso social dentro de um Estado que permite a supressão ou modificação tendente a abolir seus direitos

fundamentais sociais? Desta forma, no próximo capítulo, pugna-se pela proteção intangível dos direitos sociais fundamentais, os contemplando no artigo 60, §4º, IV da CF.

3. DA INCLUSÃO DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS COMO CLÁUSULA PÉTREA.

3.1. Uma Interpretação Restrita do art 60, § 4º, IV e suas Conseqüências Nefastas

O artigo 60, § 4º, IV da Constituição Federal afirma taxativamente que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. No entanto, não se pode interpretar o presente artigo sob o prisma de uma interpretação meramente literal, sob pena de se cometer um grave equívoco jurídico.

A questão, porém, é de acirrada polêmica doutrinária, demandando um esforço histórico, hermenêutico e social. Como se nota, o dispositivo constitucional que trata da proteção contra a corrosão dos direitos e garantias através do processo legislativo (artigo 60, §4º, IV, CF) somente faz referência aos direitos e garantias individuais, sendo omissivo quanto às outras dimensões, ou seja, os direitos sociais e difusos, de segunda e terceira gerações. Diante disso, uma interpretação estritamente literal¹⁹ poderia concluir que os demais direitos fundamentais não estariam protegidos pelas denominadas cláusulas pétreas, pois, se essa fosse a intenção do poder originário, por óbvio que deveria constar no texto constitucional protetivo não só a expressão direitos e garantias individuais.

Como se vê, para que seja plausível essa interpretação, faz-se de todo o ponto necessário confiná-la tão somente àqueles direitos e garantias da concepção clássica peculiar ao Estado de Direito do movimento liberal. Paulo Bonavides explicitou que a interpretação comprimida e restritiva do sobredito § 4º só é factível, pois, mediante conceitos jurídicos de aplicação rigorosa que estampam a face de um

¹⁹ ADI 2.666/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Julgamento 03/10/2002, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação:DJ 06/12/02, PP-00051.EMENT. VOL-02094-01.PP-00177.

constitucionalismo desde muito abalado e controvertido em suas fronteiras materiais, bem como nas suas antigas bases de sustentação e legitimidade, assim:

Seria, por conseqüência, um constitucionalismo inconformado com o advento de novos direitos que penetram a consciência jurídica de nosso tempo e nos impõem outorga-lhes o mesmo grau de reconhecimento, em termos de aplicabilidade, já conferido aos que formam o tecido das construções subjetivistas onde se teve sempre por meta estruturar a normatividade constitucional dos direitos e garantias individuais.²⁰

Uma interpretação exclusivamente literal, importaria reconhecer que não apenas os direitos sociais (art 6 as 11 da CF), mas também os direitos de nacionalidade (arts 12 a 13 da CF), bem como os direitos políticos (arts 14 a 17 da CF) fatalmente estariam excluídos da proteção outorgada pela norma contida no art 60, § 4º, IV da Lei Fundamental. Aliás, por uma questão de coerência, até mesmo os direitos coletivos (de expressão coletiva) constantes no rol do art 5º não seriam merecedores desta proteção.

Já esta simples constatação indica que tal interpretação dificilmente poderá prevalecer, como afirma Sarlet, “paradoxalmente, em se levando ao extremo este raciocínio, poder-se-ia até mesmo sustentar que o mandado de segurança individual integra as cláusulas pétreas, ao passo que o mandado de segurança coletivo não se encontra abrangido!”²¹

Nesse contexto, importa ressaltar um forte argumento exposto por Maurício Antônio Ribeiro Lopes contra uma interpretação meramente literal do referido artigo:

A expressão ‘direitos e garantias individuais’ não se encontra reproduzida em nenhum outro dispositivo da Constituição, razão pela qual mesmo com base numa interpretação literal não se poderia confundir esses direitos individuais com os direitos individuais e coletivos do art 5º de nossa Lei Fundamental.²²

Desta forma, não tem qualquer cabimento a afirmação de que se o constituinte efetivamente tivesse tido a intenção de gravar os direitos sociais como cláusula pétrea o teria feito referindo-se de forma genérica a todos os direitos e garantias fundamentais. Isso porque a Constituição de 1988 não traça qualquer

²⁰BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 590.

²¹SARLET, I.W. op. cit., p. 364.

²²LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Poder Constituinte e Reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 182.

distinção entre os direitos individuais e os sociais, nenhum deles tem qualquer primazia sobre o outro.

A respeito do tema, é brilhante a afirmação de José Afonso da Silva quando alega que não há distinção entre as diversas dimensões de direitos fundamentais, mas, sobretudo, uma integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente, pois:

Nem é preciso fundamentá-los em bases jusnaturalistas para compreender que eles constituem, em definitivo, os novos direitos fundamentais do homem, e, com toda razão, se estima que, mais que uma categoria de direitos fundamentais, constituem um meio positivo para dar conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades e sua proclamação supõe uma autêntica garantia para a democracia, ou seja: para o efetivo desfrute das liberdades civis e políticas.²³

Ademais, o preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988 é taxativo ao instituir “um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna”. Ora, como pretender assegurar maior garantia aos direitos individuais, firmando-os como cláusulas pétreas, e não garantir a mesma segurança aos direitos sociais, se estes se encontram expressamente dispostos no preâmbulo até mesmo antes dos direitos individuais?

Há que se ter presente, que embora exista uma controvérsia doutrinária sobre a natureza jurídica do preâmbulo constitucional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em recente e unânime decisão, reconheceu que o preâmbulo da Constituição não tem valor normativo, apresentando-se desprovido de força cogente. A Adi 2076/AC, que tem como Rel. Min. Carlos Velloso, afirma que “o preâmbulo da Constituição não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição Estadual, não tendo força normativa”.²⁴

²³ SILVA, J. A. da. op cit. , p. 169.

²⁴ ADI 2076/AC, Rel. Min Carlos Velloso, Julgamento:15/08/2002,Órgão Julgador: Tribunal Pleno,Publicação: DJ 08/08/2003, PP 00086 EMENT VOL 02118-01 PP 00218.

De qualquer sorte, mesmo não tendo força normativa, a doutrina é uníssona em afirmar que o preâmbulo sintetiza os grandes fins da Constituição, servindo de fonte interpretativa, assim, afirma Alexandre de Moraes:

Apesar de não fazer parte do texto constitucional propriamente dito e, conseqüentemente, não conter normas constitucionais de valor jurídico autônomo, o preâmbulo não é juridicamente irrelevante, uma vez que deve ser observado como elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe seguem.²⁵

No contexto de uma interpretação do preâmbulo constitucional, posição bastante interessante sobre o tema da inclusão dos direitos sociais como cláusula pétrea é apresentada por Ives Gandra:

Nesse caso, todos os direitos sociais e políticos, além de outros expressos ou implícitos no Texto de 1988, são cláusulas pétreas, interpretação esta que me parece mais adequada, pois entendo, nesta matéria, ser de inspiração jusnaturalista a Constituição Federal, cujos constituintes asseguram, em seu preâmbulo, estar agindo sobre a proteção de Deus.²⁶

Desta feita, na esteira da melhor doutrina, o autor afirma que os direitos individuais não são apenas aqueles elencados no art 5º, mas em todo o Título II, pois todos dizem respeito aos direitos fundamentais para o amplo exercício da cidadania. No entanto, justifica sua posição na inspiração jusnaturalista da Constituição de 1988, o que apesar de ser mais um argumento para que se considere os direitos sociais integrantes do cerne imodificável da Constituição, não fundamenta por completo sua inclusão no âmbito das cláusulas pétreas constitucionais, até porque, como visto, o preâmbulo não tem força normativa.

Ademais, mesmo sem levar em consideração uma interpretação do preâmbulo constitucional, não há como negligenciar o fato de que a Constituição de 1988 consagrou a idéia de que o Estado brasileiro é um Estado democrático e social de Direito, o que fica claro em boa parte dos princípios fundamentais, como, por exemplo, os artigos 1º, incisos I a III e artigo 3º, incisos I, III e IV. Verifica-se, portanto, a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado adotada pela Constituição de 1988, como bem afirma Sarlet:

Não resta qualquer dúvida de que o princípio do Estado Social, bem como os direitos fundamentais sociais, integram os elementos essenciais, isto é, a

²⁵ MORAES, A. op. cit., p. 49.

²⁶ Silva. I. G. op cit., p 188.

identidade de nossa Constituição, razão pelo qual já se sustentou que os direitos sociais (assim como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados - mesmo não estando expressamente previstos no rol das cláusulas pétreas – autênticos limites materiais implícitos a reforma constitucional”.²⁷

Além disso, Sarlet²⁸ ainda declara que a expressa previsão de um extenso rol de direitos sociais no título dos direitos fundamentais seria, de fato, destituída de sentido, caso o constituinte, ao mesmo tempo, tivesse outorgado a estes direitos proteção jurídica diminuída.

Enfim, faz-se mister, perante as reflexões expedidas, rejeitar, por regressiva e incompatível com o espírito da Constituição e a sistemática de sua unidade essa exegese de cunho estritamente literal. Coloca-se, portanto, fora de seu tempo e da realidade histórica vigente a doutrina hermenêutica que encara aqueles direitos e garantias tão somente pelo prisma do passado, segundo um quadro de idéias liberais e individualistas totalmente destoado do sentimento constitucional de nossa época.

Há, ainda, um segundo argumento para a defesa de uma interpretação restritiva do art 60, § 4º, IV: sustentar que a expressão “direitos e garantias individuais” deve ser interpretada de tal forma, que apenas os direitos fundamentais equiparáveis aos direitos individuais do art 5º podem ser considerados cláusula pétrea²⁹. A inviabilidade dessa concepção fica latente na difícil tarefa de traçar as distinções entre os direitos individuais e não individuais. Aliás, aqui, se faz necessária uma indagação: qual o direito social ou coletivo que antes, lá na origem, não é individual?

Para além do exposto, como argumenta Sarlet³⁰, verifica-se que todos os direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição (mesmo os que não integram o Título II) são, na verdade, e em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva. É o indivíduo que tem

²⁷ SARLET, I. W. op. cit, p. 366.

²⁸ I SARLET, I. W. op. cit, p. 366.

²⁹ ADI 939 / DF, Relator Min. Sydey Sanches, Julgamento 15/12/2003, DJ de 18-03-1994, PP-05165 EMENT VOL-01737-02 PP-00160 RTJ VOL-00151-03 PP-00755.

³⁰ SARLET, I. W. op. cit, p. 366.

assegurado o direito de voto, assim como é o indivíduo que tem direito a saúde, à assistência social, etc.

Até mesmo o direito ao meio ambiente saudável e equilibrado (art 225 da CF), em que pese seu habitual enquadramento entre os direitos de terceira dimensão, pode ser reconduzido a uma dimensão individual, pois mesmo um dano ambiental que venha a atingir um grupo dificilmente quantificável e delimitável de pessoas gera um direito a reparação para cada prejudicado. Essa posição foi contemplada por Édis Milaré³¹, que considera que o direito ao meio ambiente ostenta o status de verdadeira cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV).

Outro argumento utilizado pelos que advogam uma interpretação restritiva da chamadas cláusulas pétreas diz com a existência de diversas posições jurídicas constantes no Título II de nossa Constituição que não são, na verdade, merecedoras do *status* peculiar aos verdadeiros direitos fundamentais, razão pela qual há quem admita até mesmo a sua supressão por meio de uma emenda constitucional.³²

Essa argumentação somente poderia prevalecer caso se partisse da premissa de que existem direitos apenas formalmente fundamentais, o que não corresponde à concepção majoritária no âmbito da doutrina, de acordo com a qual todos os direitos são fundamentais o são, tanto no sentido formal, quanto no material. Desta forma, refuta Sarlet que:

De qualquer modo, é de questionar-se a possibilidade de qualquer um dos poderes constituídos decidir qual direito é, ou não, formal e materialmente fundamental, decisão esta que, em última análise, importaria numa afronta à vontade do Poder Constituinte, que, salvo melhor juízo, detém o privilégio de deliberar sobre o que é ou não fundamental. Além disso, correr-se-ia o risco de eliminar direitos autenticamente fundamentais, circunstância que, por si só, desrecomenda a adoção desse ponto de vista³³.

Por último, defendendo a todo custo uma maior flexibilização do direito do trabalho, Otávio Augusto Reis de Sousa afirma que:

³¹ MILARÉ, Edis. *Direito Ambiental*. 3. ed. São Paulo; Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p.138.

³² Esse é o entendimento de MG Ferreira Filho, in RDA nº202 (1995), p.16, no entanto, reconhece que o art 60, parágrafo 4º, inc IV da Nossa Constituição abrange todos os direitos fundamentais, e não apenas os direitos individuais e coletivos do art 5º. Apud: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 367.

³³ SARLET, I. W. op. cit, p. 367.

A constitucionalização dos Direitos sociais não se afigura suficientemente para por passe de mágica, torná-los efetivos, operantes, pois os Direitos que surgem de forma descendente são burilados na sociedade e, se não respeitam os ditames do Direito econômico e da razoabilidade, são simplesmente abandonados.³⁴

Desta forma, defende, então, uma desconstitucionalização parcial do Direito do Trabalho de modo a retirar da Constituição Federal “uma série de penduricalhos que nenhuma razão possuem em passear por seu texto, alguns dos quais poderiam tranqüilamente figurar em nível infraconstitucional”.³⁵ . Desta forma, a desconstitucionalização, endossa a proposta de flexibilização do art 7º, visando a firmar a prevalência das normas originárias da autonomia privada coletiva, respeitadas as normas de ordem pública e os direitos da pessoa - trabalhador.

Assim, a fim de defender uma Nova Teoria Geral do Direito do Trabalho, Otávio Augusto Reis de Sousa constata que:

Há uma falácia jurídica ao afirmar que haveria impossibilidade de alteração dos direitos sociais por configurarem em obtusa e tendenciosa interpretação das cláusulas pétreas, já que estas se referem aos direitos e garantias individuais, que não se confundem nem abrangem os direitos sociais. Tratam-se, para ele, de categorias distintas pela origem, conteúdo e pelo significado político e social³⁶

Na esteira de seu pensamento, seguem as lições de Romita:

Trata-se de fixar os limites materiais da emenda: a Constituição (art 60, §.4º, IV, CF) exclui do objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais; como os chamados direitos sociais representariam modalidade de direitos ou garantias individuais, não poderiam ser objeto de alteração. Na realidade, a questão não chega a configurar-se de modo sólido, porque o argumento exposto não resiste a uma análise mais aprofundada. O título II da Constituição, que versa os direitos e garantias fundamentais, é integrado por cinco capítulos: I - direitos e deveres individuais e coletivos (art 5º); II- direitos sociais (arts 6º a 11); III- nacionalidade (arts 12 e 13); IV- direitos políticos (arts 14 a 16); V- partidos políticos (art 17). A cláusula pétrea alcança apenas o capítulo I. Ela não alude aos direitos e garantias fundamentais, pois neste caso excluiria da revisão a totalidade dos dispositivos que compõem o Título II, a saber, arts 5º a 17, o que é insustentável. A cláusula pétrea não se estende aos chamados direitos sociais (art 6º a 11), que assim podem constituir objeto de emenda.³⁷

³⁴ SOUSA, Otávio Augusto Reis de. *Nova Teoria Geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2002,p.92.

³⁵ SOUSA, O. A. R. op. cit, p. 92.

³⁶ SOUSA, O. A. R. op. cit, p. 92.

³⁷ROMITA, Arion Sayão. *Direito do Trabalho – Temas em aberto*, p.85.Apud: SOUSA, O.A.R, op.cit. p. 91.

Enfim, estas são algumas posições contrárias a interpretação ampla do art 60, §4º, IV da CF, que, como visto, não resistem a uma averiguação mais profunda, pois, não atendem os fins constitucionais previstos em um Estado Social e Democrático de Direito.

3.2. A Interpretação dos Direitos Fundamentais Segundo a Constituição de 1988: o Problema Hermenêutico dos Direitos Sociais em face da Expressão “Direitos e Garantias Individuais” do art 60, § 4º, IV, da Lei Maior.

Conforme já exposto acima, parte da doutrina entende que a expressão “direitos e garantias individuais” deve ser entendida na sua literalidade. Desta forma, o artigo em comento exprimiria essencialmente o ideal liberal e sua versão de positivismo jurídico.

Entretanto, a fim de afastar essa hermenêutica literal, segue-se agora a argumentação interpretativa que no campo da doutrina se afigura a mais correta e jurídica, ou seja: a interpretação deverá buscar a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua, adequando-as à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais, como afirma Juarez Freitas:

A Constituição Federal há de ser sempre interpretada, pois somente por meio da conjugação da letra do texto com as características históricas, políticas, ideológicas do momento, se encontrará o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sócio-político-econômica e almejando sua plena eficácia.³⁸

Oscar Vilhena Vieira³⁹ também argumenta nesse sentido, declarando que sendo a Constituição um documento que busca regular o todo, diferente de leis ordinárias que têm finalidades específicas, essa certamente estará obrigada a utilizar-se de termos mais genéricos que as demais normas jurídicas. Isso, de partida, já coloca o intérprete constitucional numa posição ainda mais difícil que a dos demais operadores do direito.

³⁸ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.149.

³⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Discricionariedade Judicial e Direitos Fundamentais*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/oscarvilhena/vilhena_discricionalidade.ht>. Acesso em 6 de março de. 2007.

Desta feita, é preciso analisar a expressão “direitos e garantias individuais” contida no art 60, § 4º, IV da CF não de forma literal e genérica, mas atentando para uma série de princípios e regras que devem reger a interpretação dos direitos fundamentais.

A interpretação teleológica, de suma importância para o deslinde da questão, busca desvendar a finalidade da norma dentro do ordenamento jurídico. Já pela interpretação sistemática, deve-se interpretar a Constituição como um todo unitário, sem divisões estanques, de forma a evitar antinomias. Assim, em uma interpretação teleológica e também sistemática da Constituição Federal se percebe que um dos fins do Estado é a garantia da dignidade de todos os seus cidadãos.

Por derradeiro, cumpre lembrar que a função primordial das assim denominadas cláusulas pétreas é justamente a de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição, visando preservar a identidade constitucional. Essa afirmação é reiterada por Sarlet que afirma:

Isso se manifesta com particular agudeza no caso dos direitos fundamentais, já que a supressão, ainda que tendencial, fatalmente implicaria agressão (em maior ou menor grau) ao princípio da dignidade da pessoa humana (art 1º, inc III, da CF). Assim, uma interpretação restritiva da abrangência do art 60, § 4º, inciso IV da CF, não nos parece ser a melhor solução, ainda mais quando os direitos fundamentais inequivocadamente integram o cerne de nossa ordem constitucional⁴⁰

Assim, constituindo os direitos sociais valores fundamentais de um Estado social e democrático de direito, sua supressão acabaria por resultar na própria destruição da identidade da nossa ordem constitucional. Tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que suprimirem a essência protetora dos direitos sociais, que é parte integrante do espírito e natureza da Constituição de 1988, devem ser declaradas inconstitucionais.

Também defendendo os direitos sociais como o pressuposto mais importante com que fazer eficaz a dignidade da pessoa humana dentro de um Estado social de Direito, argumenta Paulo Bonavides:

⁴⁰ SARLET, I. W. op. cit, p.367.

A observância, a prática e a defesa dos direitos sociais, a sua inviolável contextura formal, premissa indeclinável de uma construção material sólida desses direitos, formam hoje o pressuposto mais importante com que fazer eficaz a dignidade da pessoa humana nos quadros de uma organização democrática da Sociedade e do Poder.⁴¹

Enfim, os direitos sociais recebem em nosso direito constitucional positivo uma garantia tão ampla e elevada que lhes faz plenamente legítima a inserção no mesmo âmbito conceitual da expressão direitos e garantias individuais do artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal.

Ademais, conforme já exposto no primeiro capítulo do presente trabalho, não há na Constituição de 1988 qualquer distinção, seja de valor ou grau, entre os direitos sociais e individuais, ambos são elementos de um bem maior: a dignidade da pessoa humana. Desta feita, se o legislador constituinte não diferenciou os direitos sociais e individuais durante toda a Magna Carta, não cabe ao interprete diferenciar as diversas dimensões, como se somente os direitos individuais de primeira geração pudessem ser protegidos pelo manto da inalterabilidade.

A fim de visualizar a importância do que foi acima subsumido da interpretação teleológica, utilizar-se-á um outro método de interpretação que é inclusive considerado por muitos apenas como outro aspecto do método teleológico, chamado de histórico, ou, também denominado de método histórico-teleológico. Tal método consiste na busca do sentido da lei através dos precedentes legislativos, dos trabalhos preparatórios e da *occasio legis*.

Nesse trabalho histórico, pode-se perceber que tanto na Constituição de 1946, de 1967 quanto na de 1969, o texto das normas de proteção aos direitos e garantias fundamentais está contido no final das Constituições, a partir de seus artigos 141, 150 e 153, respectivamente, muito diferente do que ocorre na atual Constituição Federal, que os proclama a partir de seu art. 5º, portanto, logo no início do diploma legal.

Defendendo a importância dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, com todas as suas dimensões, Ana Carolina Dode Lopez afirma que:

⁴¹ BONAVIDES, P. op. cit, p.594.

Essa é uma grande prova da importância que os direitos fundamentais adquiriram ao longo do século passado e no Brasil, em especial, no final do século, quando encerrado o período da ditadura militar e instaurada uma ordem democrática e um Estado de Direito. Concomitantemente a isso, começa a valorização dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, a valorização da teoria dos princípios jurídicos a fim de efetivar a defesa e proteção desses direitos⁴²

Assim, cumpre ressaltar que a proclamação do princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III da CF 1988), não se encontra expresso em nenhuma das outras Constituições analisadas. Sem dúvida, conforme já exposto, essa novidade constitucional influenciou e muito na maneira como se deve hoje conceber os direitos fundamentais, ou seja, protegendo-os em todas as suas dimensões históricas.

Não há como engessar a interpretação do artigo 60, § 4º, IV da CF a uma visão liberal dos direitos fundamentais predominante nos séculos XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e aprimorando-se como direito do indivíduo frente ao Estado. Foge ao limite do razoável desconsiderar toda a árdua luta histórica para o reconhecimento e proteção de todas as dimensões de direitos fundamentais, mormente os direitos sociais, pois sem a sua devida proteção, jamais se poderá alcançar “a Sociedade livre, justa e solidária”, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art 3º da CF).

Nesse contexto interpretativo, cumpre destacar ainda os princípios e regras enumerados por dois dos principais doutrinadores constitucionais: J.J.Canotilho e Jorge Miranda. Dentre os princípios e regras interpretativas enumeradas por Canotilho⁴³ cumpre ressaltar os seguintes: o princípio da unidade da constituição e o princípio da máxima efetividade ou da eficiência.

O princípio da unidade estabelece que a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições em suas normas, ou como melhor explica Canotilho: “o intérprete deve sempre considerar as normas constitucionais

⁴² LOPEZ, Ana Carolina Dode. *Colisão de direitos fundamentais: direito à vida X direito à liberdade religiosa*. Jus Navegandi, Teresina, a 10, n 958, 16 de fev de 2006. Disponível <<http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7977>> Acesso em 06 de março de 2007.

⁴³ CANOTILHO, J.J. G. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 226-227.

não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios”.⁴⁴

Já o princípio da máxima efetividade (da eficiência ou interpretação efetiva), estabelece que a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceba. Canotilho afirma que ele hoje “é sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais, ou seja, no caso de dúvidas, deve-se preferir a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”.⁴⁵

Ambos os princípios são plenamente aplicáveis a uma correta exegese do artigo 60, § 4º, IV da CF. Isto porque, conforme exposto, somente dentro de uma interpretação sistemática, ou seja, observando a unidade da Constituição, é que se pode conceber a inserção dos direitos sociais no mesmo âmbito conceitual da expressão dos direitos e garantias individuais do artigo 60.

Quanto à máxima efetividade, nem é preciso muito esforço para perceber que enquadrar não só os direitos sociais, como todos os direitos fundamentais reconhecidos histórico e constitucionalmente, é atribuir a maior aplicabilidade ao artigo em questão. A máxima efetividade do artigo jamais será alcançada através de uma mera interpretação literal, mas de uma interpretação histórica, atual, sistemática e teleológica.

Esses princípios são perfeitamente completados por algumas regras propostas por Jorge Miranda⁴⁶, a saber: a) deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade e b) os preceitos constitucionais deverão ser interpretados tanto explicitamente quanto implicitamente, a fim de colher seu verdadeiro significado.

Embora a interpretação literal restrinja o alcance do art 60, § 4º, IV da CF, teimando em estabelecer que a finalidade da norma é somente a proteção dos

⁴⁴ CANOTILHO, J.J. G. op.cit.p. 226.

⁴⁵ CANOTILHO, J.J. G. op.cit.p. 227.

⁴⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, p.138. Apud: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11º ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.45.

direitos e garantias individuais, esse argumento não pode servir de esteio à exclusão dos direitos sociais. Enfim, só uma hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais em harmonia com os postulados do Estado Social e Democrático de Direito pode iluminar e guiar a verdadeira finalidade do artigo em questão.

Não se pode olvidar que uma Constituição extremamente protetora de todos os direitos fundamentais, não os diferenciando em nenhum momento, tenha imprimido a cláusula de inalterabilidade somente aos direitos individuais. A finalidade da norma, indubitavelmente, é a proteção de todos os direitos fundamentais ao poder de reforma, protegendo todas as dimensões de direitos fundamentais consagradas na Constituição de forma igualitária.

Então, dentro desse contexto, é que os preceitos constitucionais deverão ser interpretados tanto explicitamente quanto implicitamente, a fim de colher seu verdadeiro significado. Se o artigo só traz explicitamente os direitos e garantias individuais, este fato não exclui o entendimento implícito de que todos os direitos fundamentais estão protegidos pela norma.

Uma proteção isolada dos direitos individuais somente teria lógica dentro de um Estado liberal do século XVIII, não mais se admitindo uma mera interpretação expressa e gramatical. Implícitos, portanto, todos os direitos fundamentais reconhecidos e consagrados pela Constituição de 1988, que os imprime igual importância. É a posição de Paulo Bonavides ao estabelecer que:

Urge, por conseguinte, interpretar tais direitos de um modo que lhes reconheça o mesmo quadro de proteção e garantia aberto pelo constituinte em favor do conteúdo material do §4º do art 60, ao qual os direitos sociais pertencem pela universalidade mesma da expressão direitos e garantias individuais⁴⁷

Esta é a razão da asserção de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito⁴⁸, que afirma que a Constituição corresponde a um todo lógico, onde cada provisão seria parte integrante do conjunto, sendo logicamente adequado, senão imperativo, interpretar uma parte à luz das provisões de todas as demais partes. De

⁴⁷ BONAVIDES, P. op. cit, p. 595.

⁴⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres de. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982, p.22.

consequente, é necessário o método lógico de interpretação que, juntamente com o método sistemático, se orienta pelo basilar sentido de unidade das regras constitucionais, visão de conjunto e congruência.

Esse imperativo de interpretar a Constituição de maneira lógico-sistemática faz da hermenêutica constitucional um mecanismo de permanente uso da chamada interpretação extensiva. Ou seja, uma técnica de interpretação que extrai do texto normativo um alcance maior que o permitido pela simples literalidade da norma.

Noutro dizer, como bem explicam Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito:

Apega-se ao interprete à finalidade última das regras constitucionais, aos seus princípios basilares, ao 'para quê' e ao 'para quem' das suas prescrições, de sorte a distender o fio da interpretação até os limites daqueles parâmetros sistemáticos. Com isto, criam-se condições necessárias para que a norma interpretada mantenha sua função, a despeito da camisa-de-força do texto em que ela se vazou.⁴⁹

Por conseguinte, interpretar o art 60, § 4º, IV da CF é, sem dúvida, não um mero trabalho literal, mas sua interpretação deve ser orientada pelo critério teleológico e sistemático, fazendo-se da extensão hermenêutica um importante instrumento de atualização constitucional. Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito complementam:

Assim, fruto da síntese lingüística e do princípio da rigidez formal da Constituição, a interpretação ampliativa é rotineiro e necessário expediente de trabalho de quantos se detenham no exame aprofundado da normativa constitucional. Orientada por critérios de finalidade e de contextualidade, a extensão hermenêutica espanta os fantasmas da caducidade precoce dos imperativos jurídicos e permite que os modelos constitucionais preservem a sua função específica de instrumentos de controle social.⁵⁰

Orientada por critérios de finalidade, próprios do método teleológico, a interpretação do artigo em questão, deve se pautar no fato de que a Constituição Federal de 1988, extremamente protetora de todos os direitos fundamentais, não os diferencia em nenhum momento, não havendo o por quê de imprimir a cláusula de inalterabilidade somente aos direitos individuais. A finalidade da norma é a proteção de todos os direitos fundamentais ao poder de reforma, protegendo todas as

⁴⁹ BASTOS, C. R.; BRITO, C. B. op.cit. p. 24.

⁵⁰ BASTOS, C. R.; BRITO, C. B. op.cit. p. 24.

dimensões de direitos fundamentais consagradas na Constituição, já que os direitos sociais são o pressuposto mais importante com que fazer eficaz a dignidade da pessoa humana dentro de um Estado Social de Direito.

Já a contextualidade, própria do método sistemático, fica latente na interpretação do artigo em questão quando se fala que não há como aprisionar a interpretação do artigo 60, § 4º, IV, da CF a uma visão liberal, de marcado cunho individualista, dos direitos fundamentais predominante nos século XVIII. Deve-se ter em vista toda a história e luta para o reconhecimento e proteção de todas as dimensões de direito fundamentais, especialmente a dos direitos sociais, sem os quais, conforme já exposto, jamais se alcançará “a sociedade livre, justa e solidária”, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da Republica Federativa do Brasil (art 3º, I, da CF).

Por último, cumpre-se ressaltar que a expressão “direitos e garantias individuais”, contida no art 60, § 4º, IV da CF, nunca poderá ser traduzida na estreiteza vernacular da regra formalmente posta. Para tanto, busca-se subsídio, mais uma vez, na doutrina de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito, ao interpretar instituições e princípios constitucionais:

Instituições e princípios, diga-se, nunca totalmente traduzíveis na estreiteza vernacular da regra formalmente posta, por duas razões fundamentais: primeiramente, porque padecem de uma imprecisão conceitual ontológica, sendo essa imprecisão mesma o seu principal fator de atualização histórica, enquanto idéias confirmadoras de caracteres humanos e aliciadoras de ações concretas; secundamente, porque a absorção normativa de tal vaguidade conceitual ou elementar se revela, pragmática e logicamente, como o mais eficiente meio de proteção dos bens jurídicos nelas substanciados.⁵¹

Desta forma, analogicamente, pode-se buscar duas razões fundamentais para não interpretar o referido artigo de forma meramente literal. Primeiro, porque a Constituição ao se referir a “direitos e garantias individuais” atribui a expressão, assim como os princípios e instituições constitucionais, um elevado caráter ideológico e político, padecendo de uma imprecisão conceitual ontológica, sendo essa imprecisão o principal fator de atualização histórica. Segundo, importa ressaltar

⁵¹ BASTOS, BRITO, op. cit, p. 16.

que a vaguidade conceitual de um termo cumpre exatamente uma função social e se revela como estratégia protetiva dos bens jurídicos postos em questão.

Michel Temer, corroborando com a conclusão deste trabalho, também se mostra favorável a uma interpretação constitucional sistemática, levando-se em conta os princípios que foram valorizados pelo constituinte, assim:

A interpretação de uma norma constitucional levará em conta todo o sistema, tal como positivado, dando-se ênfase, porém, para os princípios que foram valorizados pelo constituinte. Também não se pode deixar de verificar qual o sentido que o constituinte atribui às palavras do texto constitucional, perquirição que só é possível pelo exame do todo normativo, após a correta apreensão da principiologia que ampara aquela palavra.⁵²

Enfim, sem abrir mão da literalidade da Constituição, das indicações que o próprio texto fornece para o preenchimento do conteúdo aberto das cláusulas que formam o cerne inalterável da Constituição, da doutrina e da hermenêutica constitucional, deve o intérprete ter a devida compreensão do termo “direitos e garantias individuais”, constituindo essa “sensibilidade metajurídica”⁵³ um imperativo inafastável para a realização de uma ordem social e jurídica justa, incorporada e desejada pela própria Constituição.

3.3. A Concepção Contemporânea dos Direitos Humanos: Universalidade e Indivisibilidade

Conforme visto acima, a interpretação do art 60, § 4º, IV da CF há de ser ampla e de acordo com os princípios constitucionais de forma a considerar os direitos sociais fundamentais como cláusula pétrea. No entanto, além da utilização da moderna hermenêutica, outro argumento deve ser destacado nesse contexto: a universalidade e indivisibilidades dos direitos humanos.

⁵² TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, 6º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p.25.

⁵³ BASTOS, BRITO, op. cit, p. 17 : Sensibilidade metajurídica é a sensibilidade que se volta para um trabalho de permanente conciliação entre a ideologia vigente, substante na alma coletiva, e aquela que transparece na expressão lingüística da norma produzida.

Sabe-se que, depois da Segunda Guerra Mundial, tornou-se latente a necessidade de reconstrução dos valores éticos no âmbito dos direitos humanos, a fim de orientar a nova ordem internacional. Desta forma, a reconstrução dos direitos humanos, mediante a formulação de um código universal de valores, deveria significar o consenso sobre os preceitos minimamente necessários para assegurar uma vida digna.

Nesse contexto, em 10 de dezembro de 1948, nascia a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵⁴ que, como bem afirma Flavia Piovesan⁵⁵, introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos.

A universalidade dos direitos humanos, conforme já exposto, implica no processo de internacionalização destes direitos, consolidando-se a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado. Assim, a universalidade resgata a idéia de que a condição de pessoa é o atributo único e exclusivo para a titularidade de direitos. Enfatiza o valor da dignidade inerente à pessoa, sendo proibida qualquer discriminação injustificada.

Flávia Piovesan afirma ainda que a Declaração Universal também inova ao consagrar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais. A Declaração ineditamente combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade, desta forma:

Ao conjugar o valor da liberdade com o valor da igualdade, a Declaração demarca a concepção contemporânea de direitos humanos, pela qual os direitos humanos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente e indivisível. A Declaração Universal de Direitos Humanos se distingue das tradicionais Cartas de direitos humanos que constam de diversas normas fundamentais e constitucionais dos séculos XVIII e XIX e começo do século XX, na medida em que ela consagra não apenas direitos

⁵⁴ A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 contém em seu bojo diversos dispositivos concernentes aos direitos sociais. Em especial, estipula o art 22: que “Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país”.

⁵⁵ PIOVESAN, Flávia. *Os Cinquenta Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em <<http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud2/duh50.html>> Acesso em 16 de março de 2007.

civis e políticos, mas também direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito ao trabalho e à educação.⁵⁶

Trazendo a concepção contemporânea dos direitos humanos para o nosso ordenamento, os direitos sociais, apesar de não mencionados em sua literalidade pelo art. 60, § 4º, da Constituição de 1988, que somente se refere aos "direitos e garantias individuais", são especificações desses últimos, ou seja, os direitos fundamentais passam a ser concebidos como uma unidade interdependente e indivisível⁵⁷. Os direitos ali referidos, em verdade, tanto aglutinam os direitos e garantias individuais, como as demais dimensões dos direitos fundamentais.

Aqui, cabe lembrar a crítica feita pela doutrina ao critério metodológico que classifica os direitos humanos em gerações. Nesse trabalho, adota-se o entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Destarte, afasta-se a idéia da sucessão de direitos, na medida em que se acolhe a idéia da cumulação dos direitos fundamentais consagrados, todos frutos de reivindicações concretas, demonstrando sua evolução que são abertos e mutáveis.

Como observou ainda Flávia Piovesan:

As propostas "categorias" de direitos (individuais e sociais ou coletivos), complementares e não concorrentes, com variações em sua formulação, podem ser propriamente examinadas à luz da unidade fundamental da concepção dos direitos humanos. Logo tornou-se patente que tal unidade conceitual - e indivisibilidade - dos direitos humanos, todos inerentes à pessoa humana, na qual encontram seu ponto último de convergência, transcende as formulações distintas dos direitos reconhecidos em diferentes instrumentos, assim como nos respectivos e múltiplos mecanismos ou procedimentos de implementação.⁵⁸

A interpenetração entre os direitos individuais e os direitos sociais também pode ser visualizada na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Resolução 41/128, da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro

⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. *Os Cinquenta Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em <<http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud2/duh50.html>> Acesso em 16 de março de 2007.

⁵⁷ HENKIN, Louis. *The Age of Rights*, New York, Columbia University Press, 1990, p. 6-7. Apud: PIOVESAN, Flávia. *Os Cinquenta Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em <<http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud2/duh50.html>> Acesso em 16 de março de 2007, afirma que: "Os direitos considerados fundamentais incluem não apenas limitações que inibem a interferência dos governos nos direitos civis e políticos, mas envolvem obrigações governamentais de cunho positivo em prol da promoção do bem-estar econômico e social, pressupondo um Governo que seja ativo, interventor, planejador e comprometido com os programas econômicos-sociais da sociedade que, por sua vez, os transforma em direitos econômicos e sociais para os indivíduos."

⁵⁸ PIOVESAN, Flávia. *Os Cinquenta Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em <<http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud2/duh50.html>> Acesso em 16 de março de 2007.

de 1986, cujo art. 6, 2 dispõe que “todos os direitos humanos e liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes; atenção igual e consideração urgente devem ser dadas à implementação, promoção e proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais”.

Da mesma forma, a Resolução n. 32/130 da Assembleia Geral das Nações Unidas estabeleceu “todos os direitos humanos, qualquer que seja o tipo a que pertencem, se inter-relacionam necessariamente entre si, e são indivisíveis e interdependentes”. Esta concepção foi reiterada na Declaração de Viena de 1993, quando afirma, em seu § 5º, que os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados.

No âmbito nacional, Maurício Godinho Delgado também discorreu sobre a idéia de interdependência entre os direitos individuais e sociais, estabelecendo que:

A Constituição de 88 emergiu, também, como a mais significativa Carta de Direitos já escrita na história jurídico política do país. Não se conduziu, porém, a nova Constituição pela matriz individualista preponderante em outras Cartas Constitucionais não autocráticas (como a de 1946). Nesta linha, superou a equívoca dissociação (propiciada pela Carta de 1946) entre liberdade e igualdade, direitos individuais e direitos coletivos ou direitos sociais. A nova Constituição firmou largo espectro de direitos individuais, cotejados a uma visão e normatização que não perdem a relevância do nível social e coletivo em que grande parte das questões individuais deve ser proposta. Nesse contexto é que ganhou coerência a inscrição que produziu de diversificado painel de direitos sócio-trabalhistas, ampliando garantias já existentes na ordem jurídica, a par de criar no espectro normativo dominante.⁵⁹

Flavia Piovesan ainda completa seu pensamento afirmando que:

Vale dizer, sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto que, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos e sociais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade.⁶⁰

Em suma, mesmo que não se defenda uma interpretação ampla, sistemática e concernente com a principiologia adotada pela Constituição, com vistas à máxima

⁵⁹ GODINHO, Maurício Delgado. *Curso do Direito do Trabalho*. 4º ed. São Paulo: LTR, 2005, p.126.

⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. *Os Cinquenta Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em <<http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud2/duh50.html>> Acesso em 16 de março de 2007.

aplicabilidade concreta dos direitos fundamentais, evitando que garantias conquistadas ao longo de séculos da história se esvaíam por uma interpretação meramente restritiva do art 60, § 4º, IV da CF, não se pode fechar os olhos para a moderna concepção dos direitos fundamentais.

Desta forma, mesmo no âmbito de uma interpretação meramente literal do artigo em comento, os direitos fundamentais constituem-se mutuamente e jamais devem se eliminar. Todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e interdependentes entre si.

Logo, torna-se patente que a indivisibilidade dos direitos humanos, todos inerentes à pessoa humana, na qual encontram seu ponto último de convergência, transcendem as formulações em diferentes dimensões históricas. A expressão “direitos e garantias individuais” consagrada na Constituição de 1988 refere-se tanto aos direitos civis e políticos de primeira dimensão, como os sociais de segunda dimensão, integrantes de um mesmo todo fundamental.

3.4. Posição do STF sobre o Conteúdo dos “Direitos e Garantias Individuais”

Como já exposto anteriormente, os direitos e garantias individuais não se encontram restritos ao rol do art 5º, resguardam um conjunto mais amplo de direitos constitucionais de caráter individual dispersos no texto da Carta Magna. Nesse sentido, dispõe o Min Marco Aurélio:

Registro minha convicção firme e categórica de que não temos, como garantias constitucionais, apenas o rol do art 5º da lei Básica de 1988. Em outros artigos da Carta encontramos, também, princípios e garantias do cidadão, nesse embate diário que trava com o Estado, e objetivo maior da Constituição é justamente proporcionar uma certa igualação das forças envolvidas – os do Estado e as de cada cidadão considerado de per se.⁶¹

⁶¹ Trecho do voto do Min Marco Aurélio, ADI 939 / DF, Relator Min. Sydey Sanches, Julgamento 15/12/2003, DJ de 18-03-1994, PP-05165 EMENT VOL-01737-02 PP-00160 RTJ VOL-00151-03 PP-00755

Seguindo essa linha de raciocínio, o STF decidiu (ADI nº 939-7/DF) considerar cláusula pétrea, e conseqüentemente imodificável, a garantia constitucional assegurada ao cidadão no art 150, III, b, da Constituição Federal (princípio da anterioridade tributária), entendendo que ao visar subtraí-la de sua esfera protetiva, estaria a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, deparando-se com um obstáculo intransponível, contido no art 60, § 4º, IV da CF, pois:

Admitir que a União, no exercício de sua competência residual, ainda que por emenda constitucional, pudesse excepcionar a aplicação desta garantia individual do contribuinte, implica em conceder ao ente tributante poder que o constituinte expressamente lhe subtraiu ao vedar a deliberação de proposta de emenda à constituição tendente a abolir os direitos e garantias constitucionalmente assegurados.⁶²

Importante também ressaltar que na citada ADI 939-07/DF, o Ministro Carlos Velloso referiu-se aos direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos como pertencentes à categoria dos direitos e garantias individuais, logo, imodificáveis:

Direitos e garantias individuais não são apenas os que estão inscritos no art. 5º. Não. Esses direitos e essas garantias se espalham pela Constituição. O próprio art. 5º no seu § 2º, estabelece que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Sabido, hoje, que a doutrina dos direitos fundamentais não compreende, apenas, direitos e garantias individuais, mas, também, direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos. Este quadro todo compõe a teoria dos direitos fundamentais. Hoje não falamos, apenas em direitos individuais, assim de primeira geração. Já falamos de direitos de primeira, de segunda, de terceira e até de quarta geração.⁶³

Por conseguinte, não obstante o STF reconheça expressamente que há outros direitos e garantias individuais dispersos pela Constituição além do art 5º, nunca interpretou o alcance do art 60, § 4º, IV da CF de forma taxativa e direta. Nesse sentido, Ives Gandra critica a posição do STF, exemplificando a criação do IPMF:

O Supremo entendeu, em primeiro lugar, que a Emenda Constitucional que criara o IPMF feria norma petrificada dentre as estabelecidas na

⁶² Trecho do voto do Min. Celso de Mello, ADI 939 / DF, Relator Min. Sydney Sanches, Julgamento 15/12/2003, DJ de 18-03-1994, PP-05165 EMENT VOL-01737-02 PP-00160 RTJ VOL-00151-03 PP-00755

⁶³ Trecho do voto do Min Carlo Velloso na ADI 939 / DF, Relator Min. Sydney Sanches, Julgamento 15/12/2003, DJ de 18-03-1994, PP-05165 EMENT VOL-01737-02 PP-00160 RTJ VOL-00151-03 PP-00755.

Constituição Federal, já que deveria ser observado o princípio da anterioridade (inconstitucionalidade menor), suspendendo sua cobrança por quatro meses (setembro a dezembro de 1993). Todavia, o Governo passou a perceber que sem o respectivo tributo, não fecharia o orçamento de 1994, dificultando, inclusive, o pagamento dos vencimentos dos servidores nas três esferas de Poder. Assim, o Tribunal entendeu, em segundo julgamento, que a instituição do IMPF não feria o direito individual de não sujeição a novos impostos senão dentro das especificidades do art 154, I, da CF (inconstitucionalidade maior), considerando tal direito do contribuinte não incluso na cláusula pétrea, com o que permitiu sua cobrança no exercício seguinte.⁶⁴

Desta forma, muitas vezes a conveniência política de uma interpretação, parece prevalecer sobre os argumentos estritamente jurídicos, senão veja-se a decisão da Ministra Ellen Gracie:

Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF (arts. 84 e 85, acrescentados ao ADCT pelo art. 3º da Emenda Constitucional nº 37, de 12 de junho de 2002). Ausência de inconstitucionalidade material. O § 4º, IV do art. 60 da Constituição veda a deliberação quanto à proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Proibida, assim, estaria a deliberação de emenda que se destinasse a suprimir do texto constitucional o § 6º do art. 195, ou que excluísse a aplicação desse preceito a uma hipótese em que, pela vontade do constituinte originário, devesse ele ser aplicado.⁶⁵

Por outro lado, um importante passo foi dado pela Suprema Corte, ao afirmar em diversos julgados, que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a idéia de unidade da Constituição acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. Entretanto, criticando a posição da Suprema Corte, a doutrina afirma que essa interpretação possibilitaria um engessamento da ordem constitucional, obstando à introdução de qualquer mudança de maior significado, afirmando-se que tais cláusulas não de ser interpretadas de forma restritiva.

Nesse aspecto, brilhante é a posição do Supremo Tribunal que afirma ser simplista a mera afirmação de que tais cláusulas deverão de ser interpretadas de forma restritiva. Essa conclusão ao invés de solver o problema, acabaria o agravando, pois a tendência detectada atua no sentido não de uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, mas de uma interpretação restritiva dos próprios

⁶⁴Silva. I. G. op cit p.183.

⁶⁵ ADI 2.666/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Julgamento 03/10/2002, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação:DJ 06/12/02, PP-00051.EMENT. VOL-02094-01.PP-00177.

princípios por elas protegidos, o que, de forma alguma, pode prevalecer. Senão veja-se o que diz o STF:

Essa via, em lugar de permitir fortalecimento dos princípios constitucionais contemplados nas 'garantias de eternidade', como pretendido pelo constituinte, acarreta, efetivamente, seu enfraquecimento. Assim, parece recomendável que eventual interpretação restritiva se refira à própria garantia de eternidade sem afetar os princípios por ela protegidos (...).⁶⁶

Essas decisões do Supremo, muitas vezes, aparentemente contraditórias, têm a virtude de demonstrar que o efetivo conteúdo das garantias de eternidade somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana, *in verbis*:

Quero dizer com estas palavras que a enumeração é limitativa como enumeração. (...). A enumeração é taxativa, é limitativa, é restritiva, e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal. Mas cada um desses princípios é dado doutrinário que tem de ser examinado no seu conteúdo e delimitado na sua extensão. Daí decorre que a interpretação é restritiva apenas no sentido de limitada aos princípios enumerados; não o exame de cada um, que não está nem poderá estar limitado, comportando necessariamente a exploração do conteúdo e fixação das características pelas quais se defina cada qual deles, nisso consistindo a delimitação do que possa ser consentido ou proibido.(GRIFO NOSSO)⁶⁷

Essa tese do esforço hermenêutico, encabeçada pelo Supremo Tribunal Federal, constitui substrato de bastante valia para o que se propõe demonstrar no presente capítulo: uma interpretação meramente literal, dissociada do caso concreto e das circunstâncias históricas do art 60, § 4º, IV, da CF, só pode ser anacrônica e distante de toda a sistemática constitucional.

⁶⁶ Repr. n. 94, Rel. Min. Castro Nunes, Archivo Judiciário 85/31 (34-35), 1947. ADPF 33-MC, voto do Min. Gilmar Mendes, DJ 06/08/04.

⁶⁷ Repr. n. 94, Rel. Min. Castro Nunes, Archivo Judiciário 85/31 (34-35), 1947. ADPF 33-MC, voto do Min. Gilmar Mendes, DJ 06/08/04.

3.5. A Constituição e o Alcance da Realidade Social

Ainda que o reconhecimento dos direitos individuais e dos direitos sociais seja um elemento característico das diferentes mutações verificadas na evolução do Estado de Direito, transitando de uma perspectiva abstencionista (direitos de primeira dimensão) até alcançar o comprometimento com a implementação de determinadas prestações (direitos de segunda dimensão), é indiscutível o seu papel comum na busca do bem-estar social, objetivo que, juntamente com a dignidade da pessoa humana, ocupa o epicentro da Constituição de 1988. Desta forma, no mínimo, há de se considerar os direitos sociais fundamentais como limites materiais implícitos ao Poder de Reforma.

Da mesma forma, consubstanciando decisões fundamentais do Constituinte, não se afigura legítimo prestigiar o designativo de direitos apenas formalmente fundamentais, já que, em um País de insignificante tradição democrática como é o Brasil, poderia abrir um perigoso espaço de valoração para aqueles que ainda não se desprenderam das amarras do passado marcado pela opressão e restrição de diversos direitos fundamentais. Essa conclusão, aliás, conforme já exposta, resulta de uma clara interpretação teleológico-sistemática do texto constitucional, que busca estender e tornar efetivos os direitos ali consagrados, não os restringido nem reduzindo a sua capacidade de penetração na realidade fenomênica.

Além disso, não se pode restringir a proteção constitucional ao rol de direitos previsto no art. 5º, preceito situado no Capítulo intitulado "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos" e que não exclui outros previstos no texto constitucional. Afinal, todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material. Mas há direitos fundamentais em sentido material para além deles. Essa conclusão, aliás, deflui da própria letra do § 2º do art. 5º da CF: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Ora, se a proteção pode abranger princípios implícitos que asseguram prerrogativas constitucionais explícitas contidas na Constituição Federal, então, obrigatoriamente, terá que abranger os direitos sociais. Nessa linha de raciocínio, declara Walber de Moura Agra:

Os direitos fundamentais foram alçados à categoria de cláusulas pétreas na Constituição Cidadã. Antes, contudo, eram cláusulas pétreas implícitas e, como parte destas, abrangeriam tanto os direitos individuais quanto os sociais. Desta forma, como os direitos individuais e sociais estão protegidos como cláusulas pétreas implícitas, não faria sentido que a cláusula pétrea explícita protegesse apenas os direitos individuais e deixasse os sociais para implícita.⁶⁸

Conforme já exposto no presente trabalho, a Constituição não diferencia em nenhum momento os direitos individuais dos sociais, conferindo-lhes a mesma proteção. E nem poderia distinguir, já que os direitos sociais, de segunda dimensão, são, de certa forma, frutos do desenvolvimento e consagração dos próprios direitos individuais. Como se pode, então, negar os direitos sociais, que significam uma seqüência dos direitos individuais, sem negar a própria existência destes?⁶⁹

Ademais, a Declaração de 1948, seja por fixar a idéia de que os direitos humanos são universais, inerentes à condição de pessoa e não relativos às peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade, seja por incluir em seu elenco não só direitos civis e políticos, mas também direitos sociais, econômicos e culturais, demarca a concepção contemporânea dos direitos humanos, consagrando sua universalidade e indivisibilidade.

E é assim que devemos interpretar a expressão “direitos e garantias individuais” prevista no artigo 60, §4º, IV da CF. Os direitos sociais, apesar de não mencionados em sua literalidade, são especificações dos direitos individuais, ou seja, os direitos fundamentais passam a ser concebidos como uma unidade interdependente e indivisível.

Por essas razões, deve se entender que os direitos de segunda e terceiras dimensões encontram proteção nas disposições do artigo 60, §4º, IV, da CF. Tal proteção não é absoluta, assim como não é absoluta a proteção dos direitos e

⁶⁸ AGRA, W. M. op. cit, p.389.

⁶⁹ AGRA, W. M. op. cit, p.389.

garantias individuais. Nem mesmo o direito à vida é absoluto; caso fosse, não haveria possibilidade de pena de morte (inc. XLVII, alínea “a”, segunda parte, do art. 5º da CF). Nesse contexto, a dificuldade está em relativizar o entendimento das cláusulas pétreas, notadamente as de cunho social, diante das pressões políticas e, principalmente, econômicas, sem, contudo, alterar o cerne da Constituição.

Norberto Bobbio, em seu texto sempre atual – A Era dos Direitos, já observava que:

O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar de solenes declarações, eles sejam continuamente violados.⁷⁰

Nesse contexto em que aplicar a Constituição a realidade social mostra-se inexorável, Juarez Freitas sugere que interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro. Qualquer exegese comete direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito. Com isso, afirma que:

O Direito existe para que sejam alcançadas e viabilizadas concretizações de princípios e valores, que dele necessitam receber o apoio para que se façam eficazes e efetivos, num determinado contexto histórico. Este, no mais das vezes, com diminuto passar do tempo, difere profundamente daquele experimentado pelo legislador. É esta condição inescapável de instrumental para a consecução de determinados fins, que empresta à interpretação a sua elevada dignidade e faz pacífica a hoje cediça noção de que, apesar da importância dos trabalhos preparatórios, o que releva é a voluntas legis, não a voluntas legislatoris, mesmo que fosse possível discerni-la com exatidão e flagrá-la com alta dose de segurança.⁷¹

Juarez Freitas vai ao ponto exato, afirmando que a faceta da instrumentalidade do Direito como um todo significa que o intérprete é incitado a dialogar com a vontade da lei, objetivamente considerada, fazendo-o de modo não subserviente, pois é preciso descobrir os seus fins, expressos ou ocultos e, mais do que isso, descobrir os fins essenciais do sistema jurídico a serem concretizados através desta ou daquela norma. E ao legislador deve ser imposta uma restrição, de modo a impedi-lo de engendrar antinomias que ponham em risco a sobrevivência do sistema, tudo em respeito ao Poder Constituinte.

⁷⁰BOBBIO, N. op.cit., p.25.

⁷¹FREITAS, J. op. cit, p.56.

Nesse contexto, afirma Walber de Moura Agra:

Quando o legislador constituinte mencionou apenas direitos e garantias individuais, não os fez *numerus clausus* e sim exemplificadamente. Havendo má redação do legislador, como é aqui o caso, devem os intérpretes da lei se balizar pela *mens legis* e incluir como cláusula pétrea os direitos individuais e sociais.⁷²

Por implicar estabilidade, portanto, a Constituição não há de ser interpretada limitadamente, ou seja, sem alcançar a realidade nova, não há como negar a concretização e existência não só dos direitos de primeira dimensão, mas os de segunda e terceira também, já se falando até mesmo, conforme exposto, em uma quarta geração de direitos fundamentais.

Não podendo estancar a vida, e sendo antes um instrumento para orientá-la, a Constituição forma um tecido elástico, que se desdobra em função de mudanças sensíveis no corpo social e no Estado. Conseqüentemente, há de extrair-se dela o máximo de força normativa, em paralelo com as inovações emergentes da sociedade. E, declarar os direitos sociais fundamentais inclusos entre as cláusulas pétreas, é conseqüência inafastável desse reconhecimento.

Por certo, não há como negar que uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas tem por objetivo impedir uma petrificação de toda a Constituição, o que não pode prevalecer diante de uma exegese sistemática, que tenha sempre presente a necessidade de preservar os seus elementos essenciais, insuscetíveis de supressão ou esvaziamento. Assim, afirmar que os direitos fundamentais sociais podem ser abolidos pelo Poder Reformador, acaba por redundar na própria destruição da identidade da nossa ordem constitucional, que não protege somente os direitos de primeira dimensão, mas todos os direitos fundamentais.

Quanto ao risco de uma indesejável galvanização da Constituição, é preciso considerar o que afirmou Salet: “apenas uma efetiva ou tendencial abolição das decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte se encontra vedada, não se

⁷² AGRA, W. M. op. cit, 389.

vislumbrando qualquer obstáculo à sua eventual adaptação às exigências de um mundo em constante transformação”.⁷³

Assim a Constituição, como Lei Fundamental e extensiva a todos os grupos sociais, se renova, sem alteração de seu texto, para atender a necessidades diversas, que não de ser amplas. A abolição ou restrição dos direitos sociais fundamentais acabaria por redundar na própria destruição da identidade da nossa ordem constitucional, o que, por evidente, se encontra em flagrante contradição com a finalidade precípua das cláusulas pétreas.

A correta exegese do art 60, §4º, IV, da CF engloba, sem qualquer sombra de dúvida, não somente os direitos e garantias individuais, entendidos como os direitos de primeira geração do século XVIII, mas também a segunda e terceira dimensões dos direitos fundamentais, o processo há de ser cumulativo e não excludente.

⁷³ SARLET, I. W. op.cit, p. 368.

4. DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS RELACIONADAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.

4.1. Considerações Preliminares.

Depois de defender na primeira parte desse trabalho a inclusão dos direitos sociais fundamentais como cláusula pétrea (art 60, § 4º da CF), como forma de manutenção da identidade da nossa ordem constitucional, que não protege somente os direitos de primeira dimensão (direitos civis e políticos), mas todos os direitos fundamentais, cumpre ressaltar a outra face da máxima efetividade dos direitos sociais fundamentais.

Pois de nada adianta um direito constitucionalmente reconhecido, protegido em seu núcleo essencial, se o cidadão se vê impotente e privado de exercê-lo, em face da omissão dos órgãos dos Poderes Públicos, aos quais cumpria adotar as medidas fáticas e normativas necessárias à sua efetivação.

Nesse contexto, revela-se possível ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão mostra-se apta a comprometer o direito fundamental à efetivação da Constituição Federal.

4.2. A separação dos Poderes ante uma dogmática constitucional renovadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição Federal.

A Constituição de 1988 destaca que a separação de Poderes se assenta na independência e na harmonia entre os órgãos do Poder político. Isso significa que, embora não haja entre eles qualquer subordinação, a Constituição Federal instituiu um mecanismo de controle recíproco, onde há interferências, que visam ao estabelecimento de um “sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados”.⁷⁴

No Brasil, os Três Poderes estão em fase de definição. O processo legislativo é lento e não acompanha a velocidade do nosso tempo. O Legislativo, que tem a função típica de fazer leis, tem perdido o comando, já que o Executivo tem avançado na função de legislar através da edição das medidas provisórias.

Ademais, o Executivo cresce na sua função típica administrativa, por conta dos direitos sociais de segunda dimensão. Além disso, com as constituições programáticas e o controle de constitucionalidade, o Judiciário ganha destaque em sua atuação.

Tudo isso deixa claro que o que caracteriza a independência entre os três Poderes não é a exclusividade no exercício das funções que lhe são atribuídas, mas, sim, a predominância no seu desempenho. Torna-se evidente, portanto, que não é coerente e nem factível a manutenção de Poderes independentes e harmônicos dentro de uma estrutura rígida de funções.

Uma visão rígida quanto a separação de Poderes atribuída a Montesquieu, só existe diante de uma leitura precipitada de sua obra. Quanto a esse tema já se pronunciou Canotilho:

⁷⁴ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 325.

Hoje tende a considerar-se que a teoria da separação de poderes engendrou um mito. Consistiria esse mito na atribuição a Montesquieu de um modelo teórico reconduzível à teoria dos 3 poderes rigorosamente separados (...) Mais do que separação, do que verdadeiramente se tratava era de combinação de poderes.⁷⁵

Desta maneira, o Estado, estruturado em funções, tem o dever de manter entre todos os seus componentes uma adequada e constante interação a fim de proteger os direitos fundamentais. Não há, portanto, espaço para uma formal insistência na teoria da separação para justificar a falta de ação judicial e evitar um papel ativo do Judiciário no agir público.

A separação de poderes, assim, permite a possibilidade de diversas interações, destacadamente no papel que o Poder Judiciário pode desenvolver no equilíbrio das políticas. Em uma sociedade justa e bem ordenada é fundamental que o Poder Judiciário assegure que iniciativas posteriores não tenham o efeito nefasto de comprometer a garantia dos direitos fundamentais.

No entanto, defender uma maior participação Judicial no controle das políticas públicas que se revelarem arbitrárias e abusivas não significa postular que esta deva ser exercida sem limitações. João Luiz M. Esteves destaca que

O que se pretende demonstrar é que não existe separação estanque entre os órgãos estatais que justifique a invocação de uma dogmática superada sob o pretexto de uma manutenção de um modelo de organização estatal que não condiz com as necessidades enfrentadas na atualidade pelo Poder Judiciário, o qual, vem sendo chamado a desempenhar funções que garantam e dêem efetividade à Constituição Federal em questões sensíveis, como direitos de minorias e justiça distributiva.⁷⁶

Por óbvio, não se defende uma substituição aos Poderes Executivo e Legislativo, mas um atuar do Poder Judiciário como ponto de equilíbrio no interior do sistema. Desta forma, na atividade jurisdicional relativa aos direitos fundamentais sociais, o Poder Judiciário não deve ser órgão que define as políticas públicas a serem desenvolvidas para dar consequência aos mandados constitucionais, mas deve atuar objetivamente com os demais órgãos pela máxima efetividade dos direitos sociais fundamentais.

⁷⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Apud: DIAS, Jean Carlos. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Método, 2007, p.95.

⁷⁶ ESTEVES, João Luiz M. *Direitos Fundamentais Sociais no STF*. São Paulo: Método, 2007, p.75.

Desta forma, o Poder Judiciário também se encontra limitado pela própria Constituição:

Não havendo reserva absoluta da lei ou ainda quando a Constituição não houver reservado ao Executivo a margem de discricionariedade necessária ao exercício de sua função, a intervenção do Poder Judiciário não pode ser atribuída como uma invasão na atividade legislativa ou administrativa.⁷⁷

Desta forma, o princípio da separação dos poderes só revela a sua utilidade caso seja interpretado como doutrina dos “freios e contrapesos”, ou seja, como instrumento limitador do abuso do poder mediante o controle recíproco entre os três poderes estatais. Além disso, também deve servir de meio que possibilite uma maior atividade de um dos poderes quando o outro se revelar omissivo. Não há razão de manter o Judiciário separado dos demais poderes se a atividade deste último se reduzisse à mecânica reprodução do texto da lei.

Em suma, inevitavelmente a doutrina clássica da separação de Poderes deve ser submetida a uma revisão teórica para melhor se ajustar às novas exigências do sistema jurídico, principalmente em razão de certas mudanças paradigmáticas de que os fenômenos jurídicos têm-se ressentido, como a que examina neste trabalho, que defende a máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais.

4.3. Controle judicial: uma defesa dos direitos sociais fundamentais.

Como ficou delineado no tópico anterior, o sistema de funcionalização dos Poderes não constitui um fim em si mesmo, mas um modelo de controle mútuo focado na preservação dos membros de uma sociedade perante o Estado. Sua função precípua, portanto, é garantir a preservação dos direitos fundamentais.

⁷⁷ APIO, Eduardo, *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p.150.

Sob pena de se instituir um sistema autocrático de governo, a ação estatal não deve estar fora de qualquer tipo de controle. A manutenção da atividade estatal não induz que ela possa ser exercida de forma arbitrária e absoluta. Existem parâmetros que podem e devem ser observados.

A discricionariedade deve estar rigorosamente amparada na lei, na medida em que o legislador é que irá definir quais os requisitos para sua prática. Ao tratar do tema, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que “não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos”.⁷⁸

Como sintetiza Appio, “a discricionariedade não vinculada aos princípios é, por si mesma, arbitrariedade”.⁷⁹ No âmbito do Direito Administrativo brasileiro, a substituição de um sistema de regras por um sistema de princípios, “permite uma maior intervenção do Poder Judiciário, no exercício de controle dos atos praticados pela Administração Pública, reduzindo de modo sensível o campo de sua insidicabilidade judicial”.⁸⁰

Clèmerson Clève⁸¹ defende a idéia de que atualmente se encontram delineadas duas correntes doutrinárias: A Dogmática da Razão do Estado e a Dogmática Constitucional Emancipatória. A primeira tem como característica a insensibilidade aos institutos que formaram a nova ordem constitucional e a manutenção do *status quo* ao legitimar a atuação do poder político, qualquer que seja ele.

A segunda, que este trabalho defende, apresenta-se com o objetivo de estudar o texto constitucional à luz da idéia da dignidade da pessoa humana. O limite do controle judicial deve ser a necessidade de proteção dos direitos fundamentais. Nessa linha de raciocínio, Jean Carlos Dias afirma que

⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional, Apud: APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p.114.

⁷⁹ APPIO, E. op.cit, p. 120.

⁸⁰ APPIO, E. op.cit, p. 121.

⁸¹ CLÈVE, Clemerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais, Apud: ESTEVES, João Luis M. *Direitos Fundamentais Sociais no STF*. São Paulo: Método, 2007, p.60.

Evidentemente, a discricionariedade acaba por isolar um núcleo de irresponsabilidade na ação dos governantes, totalmente incompatível com a proteção da democracia e dos direitos fundamentais, que são os marcos teóricos que o próprio primado da separação de Poderes tende e busca alcançar⁸².

É preciso repensar um modelo centrado exclusivamente na lei, para colocá-lo centrado na defesa dos direitos. Como destaca João Luiz Esteves⁸³, negar aplicabilidade imediata a um direito fundamental social sob o fundamento de que existe a necessidade de regulamentação infraconstitucional ou alegar que há impossibilidade do Poder Judiciário expedir mandados que lhe atribuam efetividade, exclui o Poder Judiciário da objetividade conferida aos direitos fundamentais sociais.

Desta forma, os direitos fundamentais sociais exigem um constante atuar do Estado, sob pena de omissão inconstitucional. A posição de João Luiz M. Esteves é irretocável nesse sentido:

Não é suficiente o entendimento doutrinário a respeito da possibilidade de judicialização dos conflitos sociais e, portanto, da atuação do Poder Judiciário como órgão que conhece e soluciona tais conflitos e dá o máximo de efetividade ao texto constitucional, mormente quanto aos direitos fundamentais sociais. É também crucial que exista jurisdição constitucional, formada por possibilidades processuais e entendimentos jurisprudenciais que possam e queiram dar eficácia à Constituição⁸⁴.

Assim, torna-se cada vez mais importante o questionamento das políticas públicas e sua conseqüente implementação no Estado Democrático de Direito, bem como seu controle judicial como forma de efetivar a aplicação de princípios basilares que regem o novo constitucionalismo.

Não se quer aqui defender que a criação e a implementação de políticas públicas sejam desviadas dos Poderes Executivo e Legislativo para serem atribuídas ao Judiciário. Não obstante, é de extrema importância ressaltar que o exercício do controle jurisdicional em torno de políticas públicas, pode e deve atuar como forma de compelir os órgãos estatais a cumprirem efetivamente os encargos relativos aos direitos fundamentais.

⁸² DIAS, Jean Carlos. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Método, 2007, p.102.

⁸³ ESTEVES, J.L.M. op.cit, p.66.

⁸⁴ ESTEVES, J.L.M. op.cit, p.66.

4.4. Objeções ao Controle Judicial de Políticas Públicas.

Depois de exposta a idéia da cooperação entre os Poderes Estatais a fim de cumprirem efetivamente os encargos relativos aos direitos fundamentais, é imprescindível trazer ao debate os argumentos contrários ao controle judicial de políticas públicas.

O primeiro argumento desfavorável ao controle judicial leva em consideração a inaptidão institucional do Poder Judiciário. Assim, segundo Sustain⁸⁵, os Tribunais apresentam sérias dificuldades para atuar de forma a reconhecer e decidir a cerca de conflitos sociais. Os canais políticos se apresentariam mais sensíveis e mais efetivos à necessidade de reformas sociais ou à manutenção do Estado atual que o Judiciário. Além disso, afirma que o processo democrático depende da restrição funcional do Judiciário ao modelo estabelecido.

Não há qualquer motivo para crer que os políticos estão em melhor posição para captar os conflitos sociais. Conforme afirma Jean Carlos Dias ⁸⁶, a representação é uma ficção baseada na identidade, que não encontra nos nossos tempos qualquer respaldo demonstrável. Sobretudo em sistemas políticos como o brasileiro, fundamentado em práticas políticas extremamente arcaicas.

A legitimidade democrática se afirma independentemente do sistema eleitoral. Ora, mesmo que fosse assim, poderia se considerar que existe maior representatividade no Judiciário, onde os grupos sociais se unem com o objetivo de terem suas satisfações atendidas em Juízo.

Não se pode deixar de reconhecer que as possibilidades de atuação do direito sobre a realidade social existem e devem ser exploradas, mas não terão a mesma amplitude do que aquelas realizadas no plano governamental e político a fim de melhorar a vida da população. As decisões do Judiciário, na verdade, restringem-

⁸⁵ SUNSTEIN, Cass. *The Partial Constitution*, Apud: DIAS, Jean Carlos. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Método, 2007, p.131.

⁸⁶ DIAS, J.C. op.cit, p.133.

se a casos concretos, o que significa dizer que o progresso obtido por essa via será pontual e casuístico.

Quanto ao argumento de que o processo democrático depende da restrição funcional do Poder Judiciário ao modelo estabelecido, é preciso deixar claro que a atuação judicial está relacionada e limitada aos casos de conflito entre políticas e direitos fundamentais. Não se pretende um governo de juizes, mas um efetivo contrapeso às funções desempenhadas pelo Executivo e Legislativo.

Um segundo argumento contra o controle judicial diz respeito ao fundamento democrático. Assim, para Dworkin os tribunais não podem assumir a função de criadores de políticas:

A democracia supõe igualdade de poder político e se decisões políticas genuínas são tiradas do legislativo e entregues aos tribunais, então o poder político dos cidadãos individuais, que elegem legisladores, mas não juizes, é enfraquecido, o que é injusto. Não se trata de um juízo metafísico de justiça, mas sim da percepção de que a atividade política dos juizes acaba por gerar um comprometimento democrático relevante, ao ponto em que se todo o poder político fosse transferido para os juizes, a democracia e a igualdade do poder político seriam destruídas⁸⁷.

Aqui, cabe ressaltar, como afirma Jean Carlos Dias⁸⁸, que os Tribunais ao apreciarem a violação de um direito fundamental, não estão decidindo qual objetivo ou meta deve ser perseguida pela sociedade, mas avaliando se a política violadora efetivamente produz uma repercussão no campo do direito. Ademais, não se trata de elaborar e executar políticas, funções atribuídas aos Poderes Executivo e Legislativo, conforme já exposto nesse trabalho, mas de definir se as políticas são compatíveis com o sistema de direitos básicos assegurados institucionalmente, se os direitos fundamentais devem ser protegidos diante da ação estatal.

O argumento democrático, portanto, não se aplica nessa situação. Não há o enfraquecimento do poder político dos cidadãos, mas seu fortalecimento, à medida que os direitos fundamentais são operacionalmente reconhecidos como tuteláveis. Como bem observa José Carlos Vasconcellos dos Reis:

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio, Apud: DIAS, Jean Carlos. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Método, 2007, p.141.

⁸⁸ DIAS, J.C. op.cit, p.143.

Ao atuar no sentido da preservação do espírito da Constituição sobretudo aquele núcleo intangível representado pelos direitos fundamentais - em face das oscilações da política do governo, o processo judicial pode ser considerado como um dos meios institucionais de participação e controle da cidadania sobre o exercício do poder.⁸⁹

Outro obstáculo que sustenta a tese dos que não acreditam ser possível o controle judicial de políticas públicas é a questão da limitação orçamentária e a reserva do possível. A escassez orçamentária não é fundamento para afastar a obrigatoriedade de implementação dos direitos fundamentais. Ainda que os recursos públicos sejam limitados, o Poder Judiciário não está proibido de determinar ao Estado o cumprimento dos direitos sociais fundamentais.

Há um quarto argumento que aponta que o controle judicial estruturaria o Poder Judiciário como um “Superpoder”. Assim, a substituição do Executivo pela do Judiciário retira do legislador os meios indispensáveis para a consecução de suas finalidades, além de tornar o ato imune à revisão dos demais Poderes, numa perigosa concentração de funções⁹⁰.

Conforme já visto no tópico relativo a separação dos poderes, o controle exercido pelo Judiciário sobre os atos do Estado que violem os direitos fundamentais sociais em nada afronta a separação de Poderes e nem cria um “Super Poder”. Ao contrário, revela-se de acordo com um de seus elementos essenciais, já destacado pela doutrina clássica e cada vez mais valorizado no estado contemporâneo: a idéia de controle e limitação recíprocos.

Esse entendimento é o que tem se filiado a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme demonstra o seguinte trecho de que foi Relator o Ministro Celso de Mello:

Cumprir não perder de perspectiva quem no regime constitucional que consagra o Estado Democrático de Direito, as decisões políticas emanadas de qualquer das Casas do Congresso Nacional, na medida em que elas derivem conseqüências de ordem jurídica, estão sujeitas ao controle jurisdicional; desde que tomadas com inobservância da Constituição e das Leis (...) Atenta a esse princípio básico, a jurisprudência constitucional do STF jamais tolerou que a invocação da natureza política dos atos emanados das Casas legislativas pudesse constituir – naquelas hipóteses

⁸⁹ REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As Normas Constitucionais Programáticas e o controle do Estado*. São Paulo : Renovar, 2003, p.205.

⁹⁰ Nesse sentido, STJ no REsp 63.128, Rel. Min. Adhemar Maciel, Sexta Turma, publicado no DJ de 20.05.1996; REsp 252.083, Rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Turma, publicado no DJ de 26.03.2001, REsp 169.876, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, publicado no DJ de 21.09.1998.

de lesão atual ou potencial ao direito de terceiros – um ilegítimo manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários⁹¹.

Há ainda um outro argumento trazido por João Luis M. Esteves: a auto-restrição pelo próprio Poder Judiciário. Para o autor⁹², no tocante à necessidade de superação do dogma da separação dos poderes, a fim de que o Judiciário desempenhe um papel ativo e concretizador dos direitos fundamentais sociais, a auto-restrição é campo em que o problema se apresenta de forma mais contundente e deve ser entendida como tradicional obstáculo à concretização e efetividade dos direitos sociais, pelo qual juízes consideram que a decisão sobre prioridades é dos órgãos políticos do sistema. Assim,

O comportamento auto-restritivo do judiciário, quando chamado a desempenhar com o Executivo e o Legislativo, a tarefa de concretizador da Constituição, denuncia a existência de uma concepção jurídico ideológica que afirma não existir legitimidade democrática do Judiciário que lhe dê incumbência objetiva na efetividade dos direitos fundamentais sociais⁹³.

No entanto, a intensificação da atuação dos juízes e tribunais tem como conseqüência a ascensão do Poder Judiciário no quadro dos Poderes do Estado, como guardião dos direitos e garantias fundamentais, inclusive e sobretudo contra as arbitrariedades cometidas pelo próprio Poder Público. Nesse contexto, o Poder Judiciário tem assumido uma nova dimensão no Estado Contemporâneo.

E é justamente sobre essa nova função do Judiciário na defesa do direito e das garantias fundamentais sociais que esse trabalho destaca e defende. É possível obter dessa maneira, em concreto, uma tutela bastante eficaz do direito ao mínimo existencial, protegendo os cidadãos da arbitrariedade, do abuso do poder e do desvio da finalidade na aplicação das políticas públicas.

⁹¹ Trecho do voto do Min. Celso de Mello, ADI 939 / DF, Relator Min. Sydney Sanches, Julgamento 15/12/2003, DJ de 18-03-1994, PP-05165 EMENT VOL-01737-02 PP-00160 RTJ VOL-00151-03 PP-00755

⁹² ESTEVES, J.L.M. op.cit, p.82.

⁹³ ESTEVES, J.L.M. op.cit, p.82.

4.5. A polêmica sobre a judicialidade das políticas públicas e posição da jurisprudência sobre o tema.

Conforme já defendido nesse trabalho, a doutrina vem se posicionando favorável ao controle judicial das políticas públicas, destacando ser possível a intervenção judicial como forma de garantir condições mínimas necessárias a existência digna e essencial a própria sobrevivência do indivíduo, em observância ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

No entanto, a Jurisprudência ainda é quase unânime no sentido da impossibilidade de intervenção do Judiciário. Nesse tópico, por conseguinte, pretende-se destacar os importantes julgados que já se posicionaram favoravelmente à efetividade das políticas públicas via judiciário.

Nesse sentido, primeiramente cabe falar da ADPF45 procedente do Distrito Federal de relatoria do Ministro Celso de Melo, julgada em 29/04/2004. A referida ADPF restou proposta em razão de veto do Presidente da República sobre o parágrafo 2º do art. 55 da proposta legislativa que se converteu na Lei Federal n. 10.707/03, que versava sobre a Lei de Diretrizes Orçamentárias da União, destinada a fixar as diretrizes à elaboração da lei orçamentária para 2004. O dispositivo vetado determinava o que se entendia por ações de serviços públicos na área da saúde, a saber, a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.

O autor da ação explicitou que o veto implicou desrespeito ao preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional n. 29, de 2000, promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. A ação foi julgada prejudicada em razão do envio ao Congresso Nacional, pelo Presidente da República, da Lei Federal n. 10.777/03, versando justamente sobre o mesmo tema, agora incluindo o dispositivo vetado. Suprimiu-se, com isso, a omissão que motivou o ajuizamento da ação de descumprimento de preceito fundamental em comento.

No entanto, através dessa importante Ação de Descumprimento Fundamental, o Insigne Ministro aproveitou para discutir a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário das políticas públicas no Brasil. Nas palavras do próprio Ministro Celso de Mello, ordinariamente não é tradição no Estado Democrático de Direito delegar ao Poder Judiciário a incumbência de formular e implementar políticas públicas da responsabilidade dos Poderes Executivo e Legislativo. Todavia,

tal incumbência, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático⁹⁴.

Quanto ao argumento da reserva do possível, confirmando a posição deste trabalho sobre o tema, esclarece que comprovada a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, a efetivação do comando fundado na Constituição Federal, no entanto

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições mínimas de existência⁹⁵.

Desta forma, a limitação dos recursos existe e não se pode ser ignorada. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. Assim, é preciso garantir um “mínimo existencial”, mesmo diante de uma teoria da reserva do possível:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas

⁹⁴ FACCINI, Nicole Mazzolini. Controle Judicial de Políticas Públicas: a questão da reserva do possível, da legitimação e do princípio da separação dos Poderes. Disponível em <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/070620controle_nicole.php> Acesso em maio de 2008.

⁹⁵ FACCINI, Nicole Mazzolini. Controle Judicial de Políticas Públicas: a questão da reserva do possível, da legitimação e do princípio da separação dos Poderes. Disponível em <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/070620controle_nicole.php> Acesso em maio de 2008.

depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível⁹⁶.

Quanto ao dogma da separação dos Poderes, propugna para que sejam admitidos os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações, admitindo a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais:

No entanto parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vestuso dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais⁹⁷.

Além dos argumentos trazidos na ADPF 45, cabe falar também da decisão proferida pela 2ª Turma do STF, através da ementa abaixo transcrita, que nos dá ensinamentos preciosos sobre a judicialidade das políticas públicas:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi

⁹⁶ FACCINI, Nicole Mazzolini. Controle Judicial de Políticas Públicas: a questão da reserva do possível, da legitimação e do princípio da separação dos Poderes. Disponível em <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/070620controle_nicole.php> Acesso em maio de 2008.

⁹⁷ FACCINI, Nicole Mazzolini. Controle Judicial de Políticas Públicas: a questão da reserva do possível, da legitimação e do princípio da separação dos Poderes. Disponível em <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/070620controle_nicole.php> Acesso em maio de 2008.

outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à reserva do possível⁹⁸.

Ademais, é preciso salientar que nenhum dos Poderes Estatais deve estar acima da Constituição e das leis. O poder não se exerce de forma ilimitada e absoluta. A função precípua da Separação dos Poderes, portanto, é, e deve ser sempre, garantir a preservação dos direitos fundamentais.

Controle jurisdicional e separação de poderes. Eventuais divergências na interpretação do ordenamento positivo não traduzem nem configuram situação de conflito institucional, especialmente porque, acima de qualquer dissídio, situa-se a autoridade da Constituição e das Leis da República. Isso significa, na fórmula política do regime democrático, que nenhum dos Poderes da república está acima da Constituição e das leis. Nenhum órgão do Estado - situe-se ele no Poder Judiciário ou Executivo, ou no Poder Legislativo - é imune à força da Constituição e ao império das leis (...). O poder não se exerce de forma ilimitada. No Estado Democrático de Direito, não há lugar para o poder absoluto (...) O respeito efetivo pelos direitos individuais e pelas garantias fundamentais outorgadas pela ordem jurídica aos cidadãos em geral representa, no contexto de nossa experiência institucional, o sinal mais expressivo e o indicio mais veemente de que se consolida, em nosso País, de maneira real, o quadro democrático delineado na Constituição da República⁹⁹.

Em suma, essas decisões do Supremo, embora não tenham se posicionado abertamente pela possibilidade do controle judicial de políticas públicas, têm a virtude de demonstrar que o embora resida, primariamente, aos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se necessário ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja

⁹⁸RE-AgR 410715/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento 22/11/2005, órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJ 03/02/2006, PP 00076. EMENT. VOL-02219-08.PP.01529.

⁹⁹ HC 88015/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento 14/02/2006, Publicação: DJ 08/06/2006.

omissão mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

4.6. O papel do Novo Poder Judiciário.

Conforme já exposto no tópico 4.3, uma das objeções ao controle judicial, nas circunstâncias defendidas por esse trabalho, é a auto-restrição pelo próprio Poder Judiciário. Entretanto, além de uma defesa do controle judicial, quando violada a Constituição, nos casos que se comprometa a efetividade dos direitos sociais fundamentais, defende-se, simultaneamente, um novo papel ao Poder Judiciário, como agente ativo e preocupado com a defesa dos direitos sociais fundamentais.

Essa auto-restrição pelo próprio Poder Judiciário tem raiz histórica. Como nos países latino-americanos o processo de redemocratização foi uma luta árdua, não há dúvida que a função de controle judicial, mesmo a partir da Constituição de 1988, sempre se mostrou tímida e estritamente referenciada pelos interesses do governo.

Assim, o quadro que se estabelece é o seguinte: de um lado a abstenção de um Poder Judiciário, que tem desempenhado um pequeno papel na criação e na defesa dos direitos fundamentais, de outro, uma contrastante realidade com o desenvolvimento de teorias jurídicas cada vez mais avançadas, pela ótica dos direitos fundamentais e imbricadas com uma crescente demanda por uma intervenção judicial mais incisiva.

Como já demonstrado, é perfeitamente cabível a atuação jurisdicional para coibir a ação governamental consubstanciada pela elaboração e implementação de políticas que acabem por repercutir no campo dos direitos fundamentais. Para Jean Carlos Dias¹⁰⁰, há dois principais problemas dessa atuação: a questão das inter-relações entre os poderes e a evidente possibilidade do controle judicial são

¹⁰⁰ DIAS, J.C. op.cit, p.166-167.

freqüentemente ignoradas pelos próprios integrantes do poder Judiciário, e o sistema procedimental, estruturado no litígio individual, que não oferece o ambiente necessário para um sistema de controle judicial dos atos de governo.

Nesse contexto, já não se pode mais fechar os olhos: o constitucionalismo moderno reclama uma ruptura de modelos até aqui desenvolvidos, onde se reconheça a expansão do papel do Poder Judiciário, que representa o necessário equilíbrio em um sistema democrático de freios e contrapesos. A separação dos poderes, portanto, conforme já defendido nesse trabalho, sofreu profunda alteração, por conta da transformação do Estado e, com ele, dos ordenamentos jurídicos de cada país.

Um exemplo disso é que a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos (art 1º, III, CF) e um dos seus objetivos fundamentais a redução das desigualdades sociais (art 3º, III, CF). Nessa esteira, Dirley da Cunha Jr¹⁰¹ defende que se o Estado é integrado pelo Poder Judiciário, é lógico que a ele também incumbe reduzir essas desigualdades sociais, o que o faz ante a exigência da dignidade da pessoa humana, garantindo a efetividade dos direitos sociais fundamentais.

Ademais, não podemos ignorar o tratamento que a Constituição Federal deu ao controle de constitucionalidade, acrescentando a ação direta de inconstitucionalidade por ação já existente, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, todos destinados a suprir as omissões do Poder Público. Além disso, reforçam esse ideal os princípios da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art 5º, § 1º, CF), da inafastabilidade do controle judicial (art 5º, XXXV, CF) e do devido processo legal substantivo (art 5º, LIV, CF).

Portanto, em um contexto social onde o Legislativo e o Executivo não cumprem adequadamente a incumbência constitucional ou se omitem na criação das condições materiais necessárias para assegurar a efetividade dos direitos sociais fundamentais, a Constituição de 1988 inova profundamente a função do Poder Judiciário, o colocando como sujeito ativo no âmbito do desenvolvimento do Estado

¹⁰¹ CUNHA JUNIOR, D. op.cit, p.332.

Social. Nesse contexto, Tércio Sampaio Ferraz Junior destaca o “sentido promocional prospectivo” dos direitos sociais:

altera a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar e o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza). (...)Altera-se, do mesmo modo, a posição do juiz, cuja neutralidade é afetada, ao ver-se ele posto diante de uma co-responsabilidade no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa. Tal responsabilidade, que, pela clássica divisão dos poderes cabia exclusivamente ao Legislativo e executivo, passa ser também imputada à Justiça.¹⁰²

A doutrina extrai dessa análise que o papel do Poder Judiciário no contexto da Constituição de 1988, assume um caráter, de certa forma, político. Nessa linha, resume Dirley da Cunha Jr:

na hipótese do controle de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por ação e a ação declaratória de constitucionalidade fazem dele um legislador negativo, enquanto que a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção o impelem a tornar-se legislador ativo (...) Por isto a Constituição justicializa o fenômeno político. Mas isso não se faz sem a politização da justiça.¹⁰³

Por conseqüência, o crescimento do papel do Juiz é uma exigência social contemporânea que tem dele reclamado mais do que uma atividade passiva de apenas pronunciar as palavras da lei, mas uma aplicação efetiva dos preceitos constitucionais, na defesa real dos direitos fundamentais sociais, constantemente inviabilizados pela omissão dos órgãos de direção política. Nesse sentido, exige-se desse novo Judiciário uma maior e mais intensa participação para a construção de uma sociedade pautada no bem-estar social “haja vista que a efetivação dos novos direitos sociais exige mudanças nas funções clássicas dos juizes, que se tornaram, sem dúvida alguma, co-responsáveis pela realização das políticas públicas dos outros poderes”¹⁰⁴.

Desta forma, embora não caiba ao juiz a função de criar políticas públicas, cabe-lhe a irrecusável função de impor a execução daquelas previstas e

¹⁰² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente a Divisão de Poderes, Apud: CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.351.

¹⁰³ CUNHA JUNIOR, D. op.cit, p.332.

¹⁰⁴ CUNHA JUNIOR, D. op.cit, p.340.

comandadas pela Constituição. Uma postura omissa do Judiciário decerto significará uma “renúncia a extrair da Constituição as virtualidades que nela palpitam”¹⁰⁵

Em suma, o Poder Judiciário que fecha os olhos para as novas realidades sociais e mostra-se incapaz de garantir a efetividade dos direitos sociais fundamentais, acaba sendo cúmplice de sua sistemática violação. Por tudo isso, exige-se cada vez mais, o controle judicial, com todos os limites aqui impostos, na implementação das políticas públicas destinadas à realização e a plena satisfação dos direitos sociais fundamentais, a fim de que possamos viver em um verdadeiro Estado Social de Direito

¹⁰⁵ CUNHA JUNIOR, D. op.cit, p.352.

5. CONCLUSÃO

Os direitos sociais são direitos relacionados à igualdade, que garantem aos indivíduos condições materiais necessárias para a sua sobrevivência digna, consistindo em pressupostos essenciais para o exercício da cidadania. Por derradeiro, integram o núcleo normativo do Estado Democrático de Direito, que é estritamente comprometido com a realização da justiça social e da dignidade da pessoa humana.

No entanto, na iminência da Constituição Federal de 1988 completar 20 anos, nota-se que os direitos sociais, ainda, estão a carecer da adequada garantia de efetividade, que encontra obstáculos na invocação cômoda da teoria da reserva do possível, da teoria da separação dos poderes ou da teoria da discricionariedade administrativa e da flexibilização de diversos direitos sociais fundamentais, alterando o seu núcleo intangível e essencial.

Esta constatação da inefetividade dos direitos sociais, serve-nos de alerta para a crise vivenciada em modelo de Estado Social que acabou por não ser verificado, como o proposto pela Constituição de 1988. Cumprida toda uma trajetória de avanços sociais no plano formal, já não se reclamam direitos, mas garantias de cumprimento dos direitos. O verdadeiro problema da nossa época consiste em criar mecanismos para garantir a efetividade dos direitos sociais básicos previstos nos textos legislativos¹⁰⁶.

Aqui, cabe lembrar da célebre classificação ontológica das Constituições de Karl Loewenstein, diferenciando entre Constituição-normativa, isto é, viva e efetivamente vivida pelos destinatários e detentores do poder, real e efetiva, lealmente observada por todos os interessados e integrada na sociedade estatal e esta nela; Constituição -nominal, ou seja, carente de realidade existencial; e Constituição-semântica que, embora plenamente aplicada, sua realidade ontológica não é senão a formalização da existente situação do poder político em benefício

¹⁰⁶ ZAVASCHI, Teori Albino. *Direitos Fundamentais de Terceira Geração*. Disponível em <http://www.oabgo.org.br/Revistas/44/especial.htm> Acesso em maio de 2008.

exclusivo dos detentores de fato do poder, que dispõem do aparato coativo do Estado.¹⁰⁷

É preciso defender, assim, uma Constituição realmente integrada a sociedade e que corresponda aos seus anseios. No entanto, motivos das mais diversas naturezas são colocados para explicar a falta de correspondência entre este ser e dever-ser normativo. O presente trabalho, que não tem o objetivo de esgotar tão vasto e polêmico tema, parte do princípio da máxima efetivação possível dos direitos sociais fundamentais.

A teoria da máxima aplicabilidade das normas constitucionais é única forma de dotar a Constituição de caráter normativo real e de fornecer ao cidadão, seu destinatário final, uma proteção efetiva. E não parece legítimo que se defenda que os direitos fundamentais são apenas enunciados sem força normativa, presos ao acaso da boa vontade do legislador.

Assim, com uma interpretação sistemática-teleológica, defende que todos os direitos fundamentais, seja qual for sua dimensão, estão protegidos pelo art 60, §4º, IV da CF. Ademais, defende o controle judicial das políticas públicas, destacando ser possível a intervenção judicial como forma de garantir condições mínimas necessárias a existência digna do indivíduo, em observância ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

É preciso não esquecer que as normas instituidoras de direitos sociais são normas jurídicas em sentido pleno, possuindo todos os atributos inerentes à espécie. Entre eles, está a imperatividade. Desta forma,

não cabe ao seu destinatário simplesmente desrespeitá-la, situação agravada pelo fato de que o sujeito passivo destas normas, como visto, é o próprio Estado em suas três funções, cuja atuação é regida por muitos princípios, como os da motivação de seus atos e da eficiência, não podendo afastar-se de suas obrigações.¹⁰⁸

¹⁰⁷ CARRION, Eduardo K. M. *A Efetividade dos Direitos Fundamentais*. Disponível em <<http://www.direito.ufrgs.br/pessoais/carrion/Nova%20pasta/A%20EFETIVIDADE%20DOS%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS.doc>> Acesso em junho de 2008

¹⁰⁸ LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Em Busca da Efetividade dos Direitos Sociais Prestacionais*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2177>> Acesso em junho de 2008.

Desse modo, infere-se que, com a consagração do Estado Democrático e Social de Direito no ordenamento jurídico brasileiro, os direitos sociais passaram a merecer uma tutela máxima e efetiva. Diante disso, é possível afirmar que a obrigação de garantir o exercício pleno da cidadania e a preservação da dignidade humana representa a principal tarefa do Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual atribuir efetividade aos direitos sociais se revela como um dos maiores desafios do Poder Público¹⁰⁹.

Ora, sabe-se que os princípios jurídicos albergados pela Constituição, de conteúdo aberto, só adquirem efetividade com a mediação dos seus aplicadores. Nesse sentido, esse trabalho também defende uma nova posição do Poder Judiciário diante da concretização da Constituição e dos direitos sociais fundamentais que ela consagra. Assim, ou se confere liberdade ao intérprete para concretizar aqueles princípios, ou se renuncia à pretensão de vivenciar plenamente a Constituição.

A função jurisdicional, no campo das tutelas relativas a direitos sociais, constitui, hoje, um desafio para o Poder Judiciário, elevando o magistrado da tarefa de mero aplicador da lei (justiça retributiva), à missão de partícipe ativo e consolidador do processo político social de positivação de direitos (justiça distributiva).¹¹⁰

No entanto, não há que se confundir, a possibilidade de controle judicial, em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, com a liberdade absoluta para os magistrados brasileiros legislarem ou desenvolverem políticas públicas. Ao revés, o STF tem cancelado a viabilidade de atuações pontuais e urgentes, sempre presas a direitos constitucionais específicos como a saúde e a educação¹¹¹.

¹⁰⁹ SILVA, Margarida Bittencourt da. *A efetividade dos Direitos Sociais*. Disponível em <http://www.sbpnet.org.br/livro/58ra/SENIOR/RESUMOS/resumo_787.html> Acesso em junho de 2008.

¹¹⁰ ROSSI, Clovis. *A efetividade dos Direitos Sociais Vs. Reserva do Possível*. Disponível em <<http://promotordejustica.blogspot.com/2008/04/efetividade-dos-direitos-sociais-vs.html>> Acesso em junho de 2008.

¹¹¹ VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *O papel do Judiciário na concretização dos Direitos Sociais Prestacionais*. Disponível em <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.11173>> Acesso em junho de 2008.

Assim, como defendido no terceiro capítulo desse trabalho, o Judiciário quando provocado a se manifestar, principalmente através de instrumentos de ações coletivas, pode e deve garantir o cumprimento dos direitos fundamentais sociais, não podendo considerar tal posicionamento uma afronta ao princípio da separação de poderes ou trazer desequilíbrio ao orçamento do Estado.

O controle das políticas públicas, não afronta o princípio da separação de poderes, pois encontra seu fundamento diretamente na Constituição que confere ao Poder Judiciário ampla função jurisdicional. Outrossim, as questões orçamentárias e a reserva do possível não podem ser tornar empecilho para a implementação de políticas públicas, devem funcionar como disciplinadoras da razoabilidade da Administração Pública e auxiliar a efetivação dos direitos positivos¹¹².

Dentro desse contexto pela defesa da máxima efetividade dos direitos sociais fundamentais, a unidade da Constituição precisa ser preservada, evitando-se a descaracterização dos preceitos nela contidos. Tanto isto é verdadeiro, que o legislador constituinte estabeleceu vedações para o poder reformador, protegendo sua obra e evitando a desvirtuação e o esvaziamento do conteúdo constitucional pelo legislador

O movimento de esfacelamento de direitos sociais simboliza uma flagrante violação à ordem constitucional, que inclui dentre suas cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais. Na qualidade de direitos constitucionais fundamentais, os direitos sociais são direitos intangíveis e irredutíveis, sendo providos da garantia da suprema rigidez, o que torna inconstitucional qualquer ato que tenda a restringi-los ou aboli-los..¹¹³

Conforme uma interpretação literal ou restrita, só estariam abrangidos pelo artigo 60, § 4º, IV, CF os direitos e garantias individuais. No entanto, esta interpretação é passível de diversas críticas, conforme defendido no segundo capítulo desse trabalho. Não se pode permitir que garantias conquistadas ao longo de séculos da história, que não puramente individuais, sejam ignoradas por uma interpretação meramente literal do artigo. Conforme Bobbio ensina: “Os direitos do

¹¹² CASTRO, Adriana Vieira de. *Controle Judicial das políticas públicas como garantia de efetividade dos direitos fundamentais*. Disponível em <http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_162_O_controle_judicial_das_politicas_publicas_como_ga> Acesso em junho de 2008.

¹¹³ ALMEIDA, Dayse Coelho. *A fundamentalidade dos direitos sócias no Estado Democrático de Direito*. Disponível em <<http://www.ucm.es/info/nomadas/15/dcalmeida.pdf>> Acesso em junho de 2008.

homem sempre são históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de vez por todas”¹¹⁴.

No entanto, importa ressaltar que os direitos fundamentais protegidos são aqueles que se ligam aos fundamentos da República Federativa do Brasil, pois se alteradas essa premissas, não está se alterando a Constituição, mas se criando um novo Estado. Nesse contexto, o artigo 1º da CF estabelece como fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (não só os individuais).

Desta forma, protege-se os direitos de conteúdo materialmente fundamentais. Isso se manifesta com particular agudeza no caso da maioria dos direitos sociais fundamentais, já que sua supressão, ainda que tendencial, fatalmente implicaria agressão, em maior ou menor grau, ao princípio da dignidade da pessoa humana (art 1º, inc III da CF). Com efeito,

(...) a dignidade humana como preceito constitucional não se restringe aos aspectos patrimoniais, passando por um conjunto de direitos humanos de cores liberais que englobam liberdade, igualdade etc., mas também por direitos de segunda geração (direitos sociais) e de terceira geração (meio ambiente equilibrado). (...) A rigor não existe uma rígida separação entres os direitos de diferentes gerações, pois todos convergem para que a dignidade humana seja constituída e preservada.¹¹⁵

Assim, a defesa da máxima aplicabilidade concreta dos direitos fundamentais foi o foco almejado deste trabalho. Debruçando sobre o tema, descobre-se que a matéria é controvertida, mas que, de forma alguma, deve-se declinar na defesa intransigente de que os direitos fundamentais (inclusive os Direitos Sociais) inequivocamente integram o cerne da nossa ordem constitucional e devem ser defendidos de uma injustificada omissão estatal.

Nesse sentido, o presente trabalho visa contribuir para a concepção contemporânea dos direitos fundamentais, que reconhece a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência dos Direitos Humanos (em todas as suas

¹¹⁴ BOBBIO, N. op. cit., p.34.

¹¹⁵ SILVA, José Robson. *Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.125.

dimensões) – não se concebendo a sua compartimentalização, separação ou hierarquização –, como expressão da essencialidade da dignidade da pessoa humana em todas as suas projeções, nos campos individual e social.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura, *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ALMEIDA, Dayse Coelho. *A fundamentalidade dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito*. Disponível em <<http://www.ucm.es/info/nomadas/15/dcalmeida.pdf>> Acesso em junho de 2008.

APIO, Eduardo, *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

BARBOSA, Ana Paula Costa. *A Legitimação dos Direitos Constitucionais Fundamentais*. São Paulo: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro, BRITO, Carlos Ayres de. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1995.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4º ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CARRION, Eduardo K. M. *A Efetividade dos Direitos Fundamentais*. Disponível em <<http://www.direito.ufrgs.br/pessoais/carrion/Nova%20pasta/A%20EFETIVIDADE%20DOS%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS.doc>> Acesso em junho de 2008

CASTRO, Adriana Vieira de. *Controle Judicial das políticas públicas como garantia de efetividade dos direitos fundamentais*. Disponível em <http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_162_O_controle_judicial_das_politicas_publicas_como_ga> Acesso em junho de 2008.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988*. São Paulo: Renovar, 2007.

DIAS, Jean Carlos. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Método, 2007.

ESTEVES, João Luiz M. *Direitos Fundamentais Sociais no STF*. São Paulo: Método, 2007.

FACCI, Lucio Picanço. *Mandado de Segurança contra Atos Jurisdicionais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 2ª ed. Malheiros, 1998.

GARCIA, Emerson. [coord]. *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumes júris, 2004.

GRAU, Eros Roberto; GUERRA, Willis Santiago. *Direito Constitucional. Estudos em homenagem à Paulo Bonavides*. 1º ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GODINHO, Maurício Delgado. *Curso do Direito do Trabalho*. 4º edição. São Paulo: LTR, 2005

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Em Busca da Efetividade dos Direitos Sociais Prestacionais*. Disponível em < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2177> > Acesso em junho de 2008.

LOPEZ, Ana Carolina Dode. *Colisão de direitos fundamentais: direito à vida X direito à liberdade religiosa*. Jus Navegandi, Teresina, a 10, n 958, 16 de fev de 2006. Disponível <<http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7977>> Acesso em 6 de março de 2007.

LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. *Poder Constituinte e Reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v.5.

MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – Instrumento de Proteção dos Direitos Fundamentais e da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira, TAVARES, André Ramos. *Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade*. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MILARÉ, Edis. *Direito Ambiental*. 3º ed. São Paulo; Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais*. Lisboa: Coimbra, 1988.

_____. *Direito Constitucional Tomo II. Introdução à Teoria da Constituição*. 2º ed. Lisboa: Coimbra, 1988.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11º ed. São Paulo: Atlas S/A, 2002.

_____. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 3º ed. São Paulo: Atlas S/A, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Os Cinquenta Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em <<http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud2/duh50.html>> Acesso em 16 de março de 2007.

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

ROSSI, Clovis. *A efetividade dos Direitos Sociais Vs. Reserva do Possível*. Disponível em <<http://promotordejusica.blogspot.com/2008/04/efetividade-dos-direitos-sociais-vs.html>> Acesso em junho de 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHAFER, Jairo Gilberto. *Direitos Fundamentais – Proteção e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Margarida Bittencourt da. *A efetividade dos Direitos Sociais*. Disponível em< http://www.sbpcnet.org.br/livro/58ra/SENIOR/RESUMOS/resumo_787.html> Acesso em junho de 2008.

SOUSA, Otávio Augusto Reis de. *Nova Teoria Geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2002.

TEMER, MICHEL. *Elementos de Direito Constitucional*, 6º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Discricionariedade Judicial e Direitos Fundamentais*. Disponível em<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/oscarvilhena/vilhena_discricionariedade.htm> Acesso em 6 de março de. 2007.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *O papel do Judiciário na concretização dos Direitos Sociais Prestacionais*. Disponível em <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.11173>> Acesso em junho de 2008.

ZAVASCHI, Teori Albino. *Direitos Fundamentais de Terceira Geração*. Disponível em <http://www.oabgo.org.br/Revistas/44/especial.htm> Acesso em maio de 2008.