

## 4

# Os direitos sociais e o Supremo Tribunal Federal

### 4.1

#### O Supremo Tribunal Federal no quadro da separação de poderes

Alexander Hamilton, nos ensaios que compõem os artigos federalistas, relata a realidade do século XVIII, afirmando que o judiciário não tem “força nem vontade, mas tão-somente julgamento, estando em última instância na dependência do auxílio do braço executivo até para a eficácia de seus julgamentos”. E complementa dizendo que isto “prova incontestavelmente que o judiciário é incomparavelmente mais fraco que os dois outros poderes” (Madison et al., 1993, p. 479), enquanto Montesquieu (2002, p. 169), no mesmo sentido, referia-se a ele como um poder “nulo”, não sendo mais do que “a boca que pronuncia a vontade da lei”.

Madison et al. (1993, p. 332), na mesma obra, trata da separação dos poderes na Constituição Norte-americana, cuja estrutura serviu de modelo para a representação do Estado na CF/88, e faz comparações entre as constituições estaduais. A partir de tal análise, afirmaram que “os poderes legislativo, executivo e judiciário não são em absoluto totalmente independentes e distintos entre si”. Deste modo, na Constituição do estado de New Hampshire observaram que:

Os poderes legislativo, executivo e judiciário devem ser mantidos tão separados e independentes uns dos outros quanto o admita a natureza de um governo livre; ou na medida compatível com aquela cadeia de elos que liga todo o tecido da Constituição num laço indissolúvel de unidade e amizade”. Em conformidade com isto, a Constituição desse Estado mistura esses poderes sob vários aspectos (Madison et al., 1993, p. 334).

Diferentemente, a Constituição de Massachusetts expressou este princípio com o cuidado de “proibir qualquer um dos braços do governo, em sua globalidade, de exercer os poderes do outro” (Madison et al., 1993, p. 335). Já a Constituição de Nova Jersey “mesclou” os três poderes mais do que qualquer outra Constituição. Diante destas percepções, concluiu o seguinte:

É bastante óbvio que, em alguns casos, o princípio fundamental que estamos considerando foi violado por uma mistura excessiva e até por uma efetiva fusão dos diferentes poderes; e que em nenhum caso foram tomadas medidas competentes para manter na prática a independência delineada no papel.

[...]

Mostrou-se no último artigo que o apotegma ali examinado não exige que os poderes legislativo, executivo e judiciário sejam inteiramente desvinculados entre si. (...) O grau de independência exigido pela máxima como essencial a um governo livre jamais poderá ser devidamente mantido na prática.

Todos concordam que as funções propriamente pertencentes a um dos poderes não devem ser direta e completamente administradas por nenhum dos outros dois. É igualmente evidente que nenhum deles deve possuir, direta ou indiretamente, uma influência dominante sobre os outros na administração de suas respectivas autoridades. Ninguém negará que o poder é abusivo por natureza e que deve ser efetivamente impedido de transpor os limites a ele atribuídos. Portanto, após discriminar na teoria as várias classes de poder, segundo sejam por natureza legislativas, executivas ou judiciárias, a tarefa seguinte e mais difícil é fornecer a cada uma delas alguma garantia prática contra a invasão das outras. Qual deve ser essa garantia é o grande problema a resolver (Madison et al., 1993, p. 338).

Nota-se claramente nos apontamentos descritos nos artigos uma preocupação em enfatizar que existem limites a cada um dos poderes e que estes precisam ser respeitados para que não haja uma “concentração tirânica” de todos os poderes nas mãos de um só. Segundo a visão madisoniana de democracia, a Constituição tem por objetivo impedir opressões em um mundo caracterizado por facções. Desta forma, os autores dos artigos federalistas afirmam que é necessário certo grau de independência entre os três poderes, porque somente assim é possível garantir a cada um o controle constitucional dos demais. Para tanto, aquele que possuir todos os poderes de um órgão não deverá possuir também todos os poderes de outro órgão (Madison et al., 1993, p. 339).

Passados mais de dois séculos desde então, o que se nota é que o judiciário brasileiro tem adquirido cada vez mais força e poder. O STF tem desempenhado um papel incontestavelmente mais ativo na vida institucional do país, na medida em que questões de grande repercussão social estão sendo tratadas pelo poder judiciário, e não pelo legislativo e pelo executivo. Casos desse tipo estampam constantemente as manchetes dos jornais.

Um ponto que certamente se destaca dada a sua relevância para a análise do caso em questão diz respeito à possibilidade de o poder judiciário, buscando a concretização dos direitos sociais, exigir o cumprimento de norma que o poder executivo, a quem caberia, inicialmente, dar essa efetividade, não o fez. Na verdade, o problema que se apresenta se refere ao fato de que as repetidas

omissões dos poderes legislativo e executivo desde a promulgação da CF/88 têm exigido do poder judiciário que desempenhe frequentemente um papel que não lhe pertence, qual seja, o da elaboração e implementação de políticas públicas.

Conforme estudado no capítulo anterior, quando da análise da aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, que a CF/88 atribuiu aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais sociais, criando as condições materiais necessárias para sua realização. Logo, cabe aos poderes públicos a realização dos direitos fundamentais, outorgando-lhes a maior eficácia possível, sendo dever da Administração Pública desenvolver e implementar políticas públicas que tenham por finalidade atender ao interesse público e, conseqüentemente, cumprir a determinação constitucional.

A CF/88 traz em seu art. 2º o princípio geral do direito constitucional da separação dos poderes. Tendo em vista a experiência histórica de abuso por parte dos governantes, este princípio foi concebido com a pretensão de evitar o exercício arbitrário do poder, objetivando a proteção da liberdade individual. Nesse contexto, visa moderar o poder do Estado por meio de sua desconcentração, tornando-o mais eficiente na realização de suas obrigações constitucionais. O princípio da separação dos poderes determina uma repartição das funções estatais por meio da divisão em três poderes “independentes e harmônicos entre si”, destinando-se a cada um deles atribuições e competências específicas, fundamentadas em dois elementos: “(a) especialização funcional e (b) independência orgânica” (Silva, 2009, p. 109). Segundo Silva (2009):

*A independência dos poderes* significa (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.

(...)

*A harmonia entre os poderes* verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. 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 (Silva, 2009, p. 110).

Entretanto, essa divisão das funções entre os três poderes não configura uma separação absoluta, de modo que cada poder possui funções típicas e atípicas. A tipicidade é caracterizada pela especialização do órgão, onde cada um deles desempenha com mais preponderância a função em que é especializado. A função típica de um poder, portanto, é atípica para os outros dois.

Para atender a tarefa de realização dos direitos fundamentais sociais assegurados constitucionalmente, é necessário que cada um dos três poderes se comprometa com a sua função precípua, tornando possível a criação e execução das políticas públicas. Ocorre que, tendo em vista os limites à eficácia dos direitos sociais, a Administração nem sempre consegue cumprir tal dever, omitindo-se em sua tarefa constitucional de concretização dos direitos sociais prestacionais, ensejando, desta forma, a provocação do poder judiciário para se manifestar a respeito da omissão. Nesse caso, o judiciário exerce uma competência que tipicamente caberia a outro poder, o que implica em uma interferência de competência.

Diante disso, importa analisar a possibilidade de o judiciário atuar positivamente, de forma a fazer valer os direitos prestacionais em uma seara que, ao menos até então, pertencia ao executivo ou ao legislativo. Os juízes que aderem à visão madisoniana, também chamada de pluralista, justificam a não implementação dos direitos sociais com base no respeito à democracia, argumentando que:

- i) Uma das suas principais obrigações é a de respeitar devidamente a vontade democrática do povo; ii) a “sede” ou “locus” da vontade do povo reside fora da Constituição, no “aqui e agora”; e iii) como o povo, “aqui e agora”, não toma medidas ativas para a aplicação dos direitos sociais, os juízes devem respeitar essa decisão soberana, em vez de impor suas próprias opiniões em face do que foi decidido pelo povo (Gargarella, 2008, p. 5).

A esse respeito, há entendimento do STJ no sentido de que configura uma afronta ao princípio da separação dos poderes a atuação do judiciário que determina a realização atividades que cabem precipuamente a outro poder. Tal afirmação pode ser confirmada na ementa abaixo colacionada, que se refere a Recurso Especial interposto pelo Município de São Paulo contra o Ministério Público do Estado de São Paulo:

Administrativo. Processo Civil. Ação civil pública. 1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos. 2. Impossibilidade do juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano. 3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direito coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas. 4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes. 5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito. 6. As atividades de realização dos fatos concretos pela Administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente. 7. Recurso provido. (STJ 1ª T., REsp. 169.876/SP (98/0023955-3). Recorrente: Município de São Paulo Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo – Rel. Min. José Delgado Votação unânime – Brasília – 16.6.1998 – DJ 21.9.1998).

Em outro sentido decidiu o STF, ao entender que, embora seja prerrogativa do executivo e do legislativo a formulação e implementação de políticas públicas, não configura ofensa ao princípio da separação dos poderes a atuação do judiciário que tenha por objetivo suprir omissão desses dois poderes nessa tarefa, sob pena de comprometer a eficácia dos direitos sociais constantes da Constituição, conforme se verifica na ementa:

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Ação civil pública. Carência de professores. Unidades de ensino público. Omissão da Administração. Educação. Direito fundamental indisponível. Dever do Estado. Arts. 205, 208, IV e 211, parágrafo 2º, da Constituição do Brasil. 1. A educação é um **direito fundamental e indisponível** dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que “[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 [...]. 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 essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional (STF – 2ª T. - Ag. Reg. No REExt. 594.018-7/RJ. Agravante: estado

do Rio de Janeiro, Agravado: Ministério Público do estado do Rio de Janeiro – Rel. Min. Eros Grau. Votação unânime – Brasília, 23.06.2009).

Em um Estado Democrático de Direito como é o Brasil, segundo preceitua o *caput* do art. 1º da CF/88, não se deve permitir omissões por parte de qualquer um dos três poderes, principalmente se estas omissões configurarem afronta ao princípio da dignidade da pessoa. Assim, o poder judiciário não deve intervir na esfera de atuação de outro poder. Entretanto, tem o dever de fazê-lo no caso de o poder ao qual cabe atuar se omitir, gerando grave lesão ao direito daqueles que se beneficiariam desta atuação.

Nesse sentido, Krell (2002) argumenta a favor da revisão do dogma da separação dos poderes, de modo a admitir a intervenção do poder judiciário nos casos de omissões inconstitucionais, como fez o STF no exemplo trazido a julgamento do Agravo Regimental no RE 594.018-7/RJ cuja ementa colacionamos anteriormente. Segundo o autor,

A Constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado “livre espaço de conformação” (*Ausgestaltungsspielraum*). (...) Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto 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 constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (Krell, 2002, p. 22).

A experiência europeia demonstra que o engessamento das funções de cada um dos três poderes contribuiu para desvalorizar o papel do judiciário, o que não

aconteceria se fosse considerada a possibilidade de se introduzir certa flexibilização por meio do sistema de freios e contrapesos. Segundo Krell (2002):

Na Europa continental nos últimos dois séculos, o ideal de uma rígida Separação dos Poderes, ao invés de recíprocos controles e contrapesos, teve como consequência um Judiciário perigosamente débil e confinado aos conflitos privados, o que levou à existência de Poderes Legislativo e Executivo praticamente não controlados, até a criação de sistemas de justiça administrativa. Ao mesmo tempo, a atividade de interpretação e realização das normas sociais na Constituição implicaria, necessariamente, um alto grau de *criatividade* do juiz, que, por si, não o tornaria um “legislador” (Krell, 2002, p. 96-97).

Na verdade, essa interferência pelo poder judiciário na seara competencial do legislativo e do executivo, que acaba mitigando a separação dos poderes não configura um situação isolada. O modelo de separação de poderes adotado em nosso país configura-se em um sistema de “freios e contrapesos”, o qual possibilita tal interferência, abrindo para cada um dos três poderes a possibilidade de exercer competências típicas de outro. A atuação do judiciário para concretizar os direitos sociais determinando ao poder público que forneça bens e serviços à população é um claro exemplo disso (Souza Neto, 2010, p. 521).

Cabe ao legislativo e ao executivo agir de forma a alcançar a efetiva aplicação da norma jurídica, para que ela possa, então, produzir seus efeitos jurídicos, alcançando, deste modo, a sua eficácia jurídica. Da mesma forma, cabe ao poder judiciário a defesa dos direitos fundamentais, sob pena de não o fazendo, mostrar-se descaracterizada a sua essência. Nesse sentido, não se pode negar a este poder a tarefa de tornar eficazes juridicamente as normas de direitos fundamentais sociais, devendo ser permitido ao judiciário que exerça, sempre que o executivo e o legislativo se omitirem, o papel de agente apto a implementar e executar os direitos fundamentais sociais.

Não obstante, no caso brasileiro, o aumento da intervenção do judiciário nas políticas públicas, fato marcante nesse início do século XXI, exige que se procurem argumentos que justifiquem ou, até mesmo, autorizem esta situação, pois, caso contrário, corre-se o risco de atingir um resultado oposto, impedindo o avanço social. A CF/88 dedica boa parte de seu conteúdo a regulamentar a condução da administração pública, invadindo espaços originariamente pertencentes aos poderes executivo e legislativo, além de atribuir, principalmente

após a diversidade de reformas sofridas, extensas competências ao judiciário. Assim, a própria Constituição “estabelece diretamente alguns direitos e não simplesmente define a regra do jogo” (Maurício Júnior, 2008, p. 138). Desta forma, acaba por transformar o STF em um tribunal político, dotado de um poder que extrapola a sua essência e ultrapassa os limites do equilíbrio necessário à realização do princípio do Estado Democrático de Direito que ela própria prevê.

É preciso, portanto, considerar uma concepção de Constituição que seja capaz de atender às necessidades sociais, caminhando em um contexto progressista de realização dos direitos sociais que dependem de prestações materiais, fazendo-o em harmonia com o princípio da separação dos poderes e com fundamento na democracia e na realização dos direitos fundamentais, pilares do Estado Democrático de Direito. Os excessos, conforme afirmado, põem em risco a própria continuidade das políticas públicas, ao se ater a uma visão individualista dos problemas sociais. Luís Roberto Barroso (2008) resume bem tal constatação, ao afirmar que:

O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos (Barroso, 2008, p. 4).

Trata-se de uma discussão bastante complexa, pois, como complementa o autor, o que está em jogo nos casos de concretização dos direitos em estudo é mais do que uma ponderação entre a separação dos poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. Nesses casos decide-se entre “o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão” (Barroso, 2008, p. 4).

#### 4.2

#### **O novo papel do judiciário no estado democrático de direito: a justiciabilidade dos direitos sociais**

Até meados da década de 1990, um dos fatores que restringiam a atuação judicial em relação aos direitos sociais era o entendimento predominante por parte

dos juristas no sentido de que as prestações sociais só se tornavam exigíveis juridicamente mediante determinação do legislador, que definia os parâmetros segundo os quais o poder executivo deveria atuar. Na última década, entretanto, como restou claro no item anterior, a justiciabilidade dos direitos sociais tem desencadeado um redimensionamento da tradicional relação entre os poderes do Estado. Ao poder judiciário tem-se atribuído um encargo que caberia, *a priori*, aos poderes legislativo e executivo, qual seja, transformar as promessas sociais constantes do texto da CF/88 em realidades fáticas, aptas a possibilitar a existência humana de forma digna.

Sobre a justiciabilidade dos direitos sociais, Christian Courtis (2010) esclarece que consiste em:

A possibilidade de pessoas que se consideram vítimas de violações a esses direitos (*direitos econômicos, sociais e culturais*) ajuizarem demandas perante uma autoridade imparcial e requererem remédios legais ou reparação adequados em face de uma violação ou ameaça de violação a esses direitos (Courtis, 2010, p. 487).

Essa justiciabilidade passa desta forma a assumir um importante papel intervencionista para a realização dos conteúdos sociais. Segundo ressalta Barroso (2008), as causas da judicialização são as seguintes: 1) a *redemocratização* do país, que fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira; 2) a *constitucionalização abrangente*, que incluiu no texto da CF/88 inúmeras matérias que até então ficavam a cargo da legislação ordinária e; por último, 3) o *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*, que apresenta características dos sistemas norte-americano, de controle incidental difuso, europeu, de controle por ação direta, consistindo, portanto, em um sistema híbrido e mostrando-se como um dos mais abrangentes do mundo. Diante disso, praticamente qualquer questão pode ser levada ao STF.

Nesse contexto, a facilitação do acesso à justiça tem levado ao STF demandas cujo mérito exige deste Tribunal uma atuação no sentido de aplicar de forma direta e imediata normas constitucionais relativas a direitos sociais a prestações materiais que deveriam ter sido observadas por outro poder. As decisões que determinam ao poder público a entrega gratuita de medicamentos a particulares mostra-se como um claro exemplo disso. Outra situação que

exemplifica bem tal fato é a questão da educação, que pode ser verificada na decisão a seguir, proferida por aquele Tribunal:

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. (...) 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 políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional (STF, RE-AgR 410715/SP, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 03.02.2006).

Posicionamentos como este demonstram que a concretização judicial<sup>1</sup> dos direitos sociais tem sido fato comum na rotina das decisões dos tribunais. Todavia, Cláudio Pereira de Souza Neto (2010) ressalta a importância de se ter em mente que não é possível extrair diretamente da Constituição a conclusão de que o judiciário pode condenar a Administração, obrigando-a a prover bens e a

---

<sup>1</sup> Sob esse aspecto da concretização judicial dos direitos sociais, é interessante observar a divergência de posicionamento de diferentes tribunais em decisões cuja situação julgada é idêntica: (1) no julgamento do Agravo de Instrumento n. 97.000511-3 pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o relator, Desembargador Sérgio Paladino, entendeu que o direito constitucional à saúde seria suficiente para determinar ao Estado, liminarmente, o custeio do tratamento experimental no valor de US\$163.000,00, nos Estados Unidos, de menor que sofria de distrofia muscular de Duchenne, apesar da não comprovação da eficácia do tratamento para esta doença, cuja origem é genética. Esta decisão serviu de paradigma ao TJSC para o julgamento de diversos outros casos relacionados a tratamentos médicos. O Estado de Santa Catarina tentou suspender os efeitos da liminar, alegando que a decisão que a concedera violava os arts. 100 e 167, I, II e VI, da Constituição Federal, no que se argumentou que “*Ao julgador não é lícito, com efeito, negar tutela a esses direitos naturais de primeiríssima grandeza sob o argumento de proteger o Erário*”; (2) de forma diversa entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgamentos relativos a situação idêntica, afastando a possibilidade de liminar sob os seguintes argumentos: “*Não se há de permitir que um poder se imiscua em outro, invadindo esfera de sua atuação específica sob o pretexto da inafastabilidade do controle jurisdicional e o argumento do prevailecimento do bem maior da vida. O respectivo exercício não mostra amplitude bastante para sujeitar ao Judiciário exame das programações, planejamentos e atividades próprias do Executivo, substituindo-o na política de escolha de prioridades na área da saúde, atribuindo-lhe encargos sem o conhecimento da existência de recursos para tanto suficientes. Em suma: juridicamente impossível impor-se sob pena de lesão ao princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes obrigação de fazer, subordinada a critérios, tipicamente administrativos, de oportunidade e conveniência, tal como já se decidiu (...)*” TJSP, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Alves Bevilacqua, no Ag. Inst. n. 42.530.5/4, julgado em 11.11.1997, no primeiro caso e (3) “*O direito à saúde previsto nos dispositivos constitucionais citados pelo agravante, os arts. 196 e 227 da CF/88, apenas são garantidos pelo Estado, de forma indiscriminada, quando se determina a vacinação em massa contra certa doença, quando se isola uma determinada área onde apareceu uma certa epidemia, para evitar a sua propagação, quando se inspecionam alimentos e remédios que serão distribuídos à população, etc., mas que quando um determinado mal atinge uma pessoa em particular, caracterizando-se, como no caso, num mal congênito a demandar tratamento médico hospitalar e até transplante de órgão, não mais pode exigir do Estado de forma gratuita, o custeio da terapia, mas só dentro do sistema previdenciário*” TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Rui Cascardi, no Ag. Inst. n. 48.608-5/4, julgado em 11.02.1998, votação unânime; e, (4) por último, a mais descabida de todas as decisões, em razão da maneira insensível e desrespeitosa com que o caso foi tratado ao determinar a devolução da quantia, na revogação da antecipação de tutela, autorizada para custear o tratamento “sob as penas civis e criminais cabíveis”. Trata-se do processo n. 351/99 da 14ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, no qual foi concedida liminar que obrigou o Estado de São Paulo a custear R\$ 174.500,00 necessários ao tratamento da doença de Duchenne, a qual foi acometido um menor impúbere, sob o fundamento de que o direito à vida é preponderante sobre qualquer outro. A sentença julgou improcedente o processo, revogando a antecipação de tutela e determinando a devolução da quantia levantada, “sob as penas civis e criminais cabíveis”, ao argumento de que o direito constitucional à saúde deveria ser considerado dentro dos limites das verbas destinadas à saúde, devendo o governante “segundo os critérios de conveniência e oportunidade, procurar atender aos interesses de toda a coletividade de maneira universal e igualitária para cumprir a norma constitucional. Assim, o benefício a um único cidadão, como no caso do autor, prejudica o restante da coletividade de cidadãos, que veem as verbas destinadas à saúde diminuir sensivelmente, em detrimento de suas necessidades”. As decisões apresentadas demonstram um absoluto dissenso entre as opiniões e argumentos dos julgadores.

implementar políticas sociais. O autor argumenta que o texto da Carta comporta interpretações distintas. Nesse sentido, não se trata apenas de um problema de interpretação do direito, mas de uma decisão política, no sentido de que é o contexto em que as instituições funcionam que irá definir qual a melhor opção metodológica, o particularismo ou o formalismo, conceitos que foram apresentados da seguinte forma:

O particularismo, que passa a ostentar pretensões hegemônicas com a teoria contemporânea dos princípios, tende a produzir decisões mais justas, por permitir que juízes considerem particularidades que o legislador, ao editar normas gerais e abstratas, não é capaz de prever. A metodologia jurídica oposta, o formalismo, que vincula o juiz à aplicação da lei, tende a prover maior segurança jurídica, ao reduzir a discricionariedade judicial. A opção por um ou outro método depende da confiança que os cidadãos depositam nos juízes: se confiam plenamente na capacidade dos julgadores de tomarem decisões justas, tendem a optar pelo particularismo; se não confiam, a opção segura é o formalismo. Trata-se de decisão política.

[...]

Da mesma forma, atribuir aos juízes competência para concretizar direitos sociais para além do que está definido em lei, aplicando diretamente princípios abertos positivados na Constituição, também depende de uma decisão política. O problema não é apenas de interpretação constitucional: sua superação demanda uma avaliação contextual, sobretudo quando há na Constituição referências normativas que servem para legitimar tanto a atuação quanto a abstenção do Judiciário (Souza Neto, 2010, p. 517-518).

É possível defender que os juízes têm legitimidade para discutir políticas públicas e, ainda assim, afirmar que esse ativismo está limitado por razões como a falta de preparo dos juízes para tal tarefa, a falta de estrutura dos tribunais, além do fato de que os procedimentos judiciais não foram concebidos para tarefas como esta. É o que Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 596) chama de “ativismo judicial despreparado”. Nesse sentido, conclui o autor, somente com uma série de mudanças na estrutura da educação jurídica será possível decidir acerca dos direitos sociais de forma coletiva.

Silva (2010) compreende a responsabilidade que tem sido atribuída ao judiciário brasileiro, mas pondera que os juízes não foram instruídos para decidir sobre essas questões, o que traz certas limitações a essa atuação, motivo pelo qual ressalta a necessidade do foco na educação jurídica, no que tem razão. O judiciário brasileiro, especialmente o STF, é instigado a se manifestar em situações que o fazem agir ora com os olhos voltados para a conquista de sua

independência, ora de forma submissa, outras vezes entre a democracia e o elitismo, em outras, se perde entre a lei e o arbítrio.

Krell (2002, p. 90) argumenta que a nova percepção da divisão dos poderes leva a uma concepção material do Estado de Direito, segundo a qual as ações estatais advindas dos três poderes somente serão legítimas e terão validade se vierem respaldadas por “todo um contexto jurídico-social, dominado pela nota da efetividade”. Contudo, importa ressaltar que a garantia dos direitos sociais não pode estar respaldada em argumentos puramente ideológicos. Ela deve estar pautada em atitudes conscientes por parte do poder judiciário, e deve ser caracterizada pela objetividade e método nas decisões, sob pena de privilegiar poucos cidadãos, em situações pontuais, e ferir os direitos fundamentais de outros.

Em uma visão democrática da questão ora analisada, destaca-se o posicionamento segundo o qual o judiciário pode exercer um papel importante na garantia das liberdades básicas e dos direitos fundamentais sociais, capacitando os cidadãos para uma participação pública efetiva. A democracia torna mais rica a deliberação que antecede as decisões em um regime democrático e “incrementa a racionalidade das decisões públicas” (Souza Neto, 2010, p. 523).

Os direitos fundamentais sociais estão na base do regime democrático, na medida em que atuam como fatores que fomentam a democracia, possibilitando que os cidadãos exerçam influência sobre os destinos da comunidade. Sem acesso à educação, por exemplo, é mais difícil compreender as questões que envolvem a comunidade e influenciar a vida pública. Portanto, atuando na concretização judicial dos direitos sociais, o poder judiciário contribui para que a cidadania tenha lugar (Souza Neto, 2010, p. 523-524).

Considerando esse ponto de vista, o poder judiciário, notadamente o STF, tem desempenhado um papel fundamental para a democracia brasileira, ao determinar a implementação dos direitos fundamentais sociais, possibilitando, desta forma, a conquista da cidadania pelos cidadãos, por meio da fruição de seus direitos, inserção no mercado de trabalho, acesso à educação e saúde adequadas, enfim, o exercício pleno da cidadania, como mencionado no final do capítulo anterior, ao tratar da relação entre Constituição e democracia. A judicialização, portanto, tem se tornado o recurso das minorias para conquistar a cidadania social.

Diante das constatações ora apresentadas, poder-se-ia dizer que o Brasil está diante de uma supremacia do poder judiciário, situação esta que, em um primeiro momento, não foi uma escolha dos juízes. Fatores externos como a promulgação da CF/88, a acolhida em seu texto de um extenso rol de direitos sociais, o aumento das competências do judiciário, questões orçamentárias, inércia e omissão dos poderes legislativo e executivo, insuficiência das políticas públicas, dentre outros motivos apresentados pelos juristas, contribuíram para isso, imprimindo no judiciário, inclusive no STF, a responsabilidade de atuar ativamente na resolução de questões inerentes aos outros dois poderes.

Essa escolha foi feita pela própria sociedade, ao exigir uma resposta para seus anseios que não eram atendidos, pois, diante do contexto brasileiro em que as políticas públicas vêm sendo realizadas, a concretização dos direitos sociais depende não só do governo, mas principalmente da mobilização da sociedade civil. É o que se pode confirmar no exemplo citado por Virgílio Afonso da Silva (2008), referente à política de combate à Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) no Brasil, segundo informações da Organização Mundial de Saúde (OMS) apresentadas pelo autor:

A viabilidade do programa HIV/AIDS brasileiro, incluindo a distribuição de remédios, é devida em grande parte à *mobilização social*, incluindo a representação de comunidades afetadas no governo, as organizações não-governamentais e outros fóruns. A distribuição gratuita de antiretrovirais evitou problemas associados ao mercado negro ou a regimes abaixo do standard (Silva, 2008, p. 595).

A esse respeito, vale mencionar a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha<sup>2</sup>, instância máxima do judiciário daquele país, que declarou inconstitucional a lei de auxílio social, sob o argumento de que referida lei é “incompatível com a Constituição, que prevê para todos os cidadãos o direito a uma existência digna”. Esta decisão foi resultante de um processo movido em 2005 por três famílias, com fundamento no fato de que a quantia de 207 euros a que as crianças menores de 14 anos tinham direito era determinada arbitrariamente, sendo insuficiente para cobrir o mínimo para garantir a existência delas (Wandscheer, 2010).

---

<sup>2</sup> Disponível em <<http://www.dw-world.de/dw/article/0,,5232639,00.html?maca=bra-rss-br-ale-1155-rdf>> .

O presidente do Tribunal afirmou que as quantias que são garantidas pela lei, tanto para adultos quanto para as crianças, não são suficientes para “garantir um mínimo de existência humanamente digna”, pois gastos como a educação, por exemplo, não são considerados no cálculo do valor do benefício. Diante disso, foi concedido ao governo um prazo até o final do ano para modificar a forma como o benefício é calculado. Com isso, cerca de dois milhões de crianças serão beneficiadas através do apoio do Estado.

A mobilização de três famílias, portanto, desencadeou a declaração de inconstitucionalidade de uma lei que não atendia de forma suficiente as necessidades mínimas de toda a sociedade carente. A decisão deste tribunal foi elogiada por representantes tanto da oposição, quanto do próprio governo e de entidades assistenciais, tendo sido classificada como uma vitória para a educação.

Importa ressaltar nesse contexto que, ao atuar na garantia e realização dos direitos sociais, o poder judiciário deve estar atento à realidade econômica do país. Além disso, ele não pode se colocar acima da coletividade, usurpando o caráter democrático que deve embasar suas decisões. É preciso que, ao se manifestar, ele consiga visualizar até que ponto pode avançar, sob pena de frustrar a legitimidade de suas decisões, pois o desejo constitucional somente se realiza quando a decisão proferida é fundamentada em uma interpretação que considera o seu texto e a realidade.

Nesse contexto, Souza Neto (2010) propõe um parâmetro para a limitação do avanço do poder judiciário, qual seja:

A atuação do Judiciário na concretização dos direitos sociais deve se circunscrever à garantia das “condições necessárias” para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública) (Souza Neto, 2010, p. 535).

Assim, o poder judiciário possui legitimidade para a realização dos direitos sociais além das condições mínimas. O critério de fundamentalidade material desses direitos alcança não só os “meios de subsistência”, mas também a “igualdade de meios para agir”. A garantia judicial dos direitos sociais não deve se limitar, por isso, a uma “ajuda para a autoajuda”. Como se nota, trata-se de um parâmetro distinto do mínimo existencial abordado no capítulo anterior deste

trabalho, cujo conceito refere-se a uma abordagem relacionada à dignidade humana, mostrando-se como núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Adotando ou não a teoria do mínimo existencial, ao judiciário é conferido o privilégio de concretizar os direitos fundamentais sociais “em sua esfera mínima, independentemente das políticas públicas formuladas e executadas pelo Executivo e pelo Legislativo” (Souza Neto, 2010, p. 537). Nesse contexto, o que parece ser uma atitude equivocada, conforme afirma Daniel Sarmiento (2010, p. 585), com toda razão, é “a adoção de dois pesos e duas medidas pelo Judiciário brasileiro em matéria de direitos sociais, que tem primado pela generosidade nas ações individuais e pela parcimônia nas ações coletivas”.

### 4.3

#### **Mecanismos judiciais de proteção dos direitos sociais**

A Suprema Corte americana foi concebida em um cenário de busca por uma atuação contramajoritária do poder. A democracia e a jurisdição constitucional no Brasil exigem do STF, nascido a partir do modelo norte-americano, uma atuação a favor da maioria, contrária, portanto, ao seu paradigma inicial. Nesse contexto, a jurisdição constitucional enfrenta um questionamento de legitimidade, especialmente no que se refere à atuação do STF.

Segundo Silva (2009, p. 558), a jurisdição constitucional se destacou historicamente como um “instrumento de defesa da Constituição” que expressava os valores sociais e políticos, surgindo a partir daí o modelo europeu e o norte-americano de defesa da Constituição. O Brasil adotou o sistema misto de controle de constitucionalidade, que combina o controle difuso, por via de defesa e o critério do controle concentrado, por via da ação direta de inconstitucionalidade e, recentemente, também pela ação de inconstitucionalidade por omissão.

Vive-se atualmente o momento constitucional dos direitos fundamentais, que sucede a época da separação dos poderes. O controle de constitucionalidade adquire uma grande importância neste cenário, como instrumento de garantia desses direitos e de legitimação das instituições. A concretização simultânea dos direitos fundamentais de diferentes gerações, alguns deles, conforme observado, apresentando certa imprecisão na definição do conteúdo, acarreta alguma

dificuldade na aplicabilidade da lei, não satisfazendo as exigências sociais e jurídicas (Bonavides, 2004). Daí a necessidade de mecanismos para a proteção desses direitos, em especial os direitos sociais.

Originariamente, as ações judiciais previstas no ordenamento jurídico foram concebidas objetivando a proteção dos direitos individuais e, por isso, preocupavam-se em solucionar conflitos relativos apenas aos direitos civis e políticos. Todavia, as violações aos direitos sociais ensejaram a necessidade de se buscar mecanismos jurídicos capazes de promover a sua eficácia. Tendo em vista a importância reconhecida aos direitos econômicos, sociais e culturais, notadamente após a promulgação da CF/88, a proteção desses direitos no âmbito judicial exigiu a adaptação dos instrumentos processuais já existentes e a criação de novos instrumentos, o que acarretou uma evolução dos mecanismos processuais para a defesa dos direitos fundamentais sociais, como é o caso da ação civil pública e da ação de inconstitucionalidade por omissão.

#### **4.3.1**

##### **Mandado de segurança individual e mandado de segurança coletivo**

As ações judiciais que tratam de direitos sociais envolvem assuntos que demandam certo grau de conhecimento técnico e ensejam investimentos financeiros que, de um modo geral, apresentam um alto custo, o que pode ser verificado pela jurisprudência citada ao longo do trabalho. Em muitas situações, a necessidade de uma tutela urgente faz com que complexidades técnicas e necessidades probatórias relativas ao pedido sejam temporizadas. Nesses casos, o mandado de segurança apresenta-se como um remédio adequado à defesa daqueles direitos, possibilitando a satisfação das necessidades contidas no conteúdo dos direitos sociais, desde que observados os requisitos para sua impetração.

O mandado de segurança encontra-se previsto no art. 5º, da CF/1988 e foi disciplinado na lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. A Constituição contempla duas formas de mandado de segurança: o individual, previsto no inciso LXIX do citado artigo e o coletivo, no inciso LXX do mesmo artigo constitucional. Trata-se

de um instituto que já fazia parte do direito constitucional brasileiro na Constituição de 1934, tendo sido uma inovação para a época, já que não encontrava instrumento similar no direito estrangeiro (Silva, 2009, p. 446).

A citada lei de 2009, além de rever o regramento constitucional do mandado de segurança individual, inovou ao normatizar o mandado de segurança coletivo, consolidando o tratamento que já vinha sendo dado na prática a estas situações, já que não havia disciplinamento deste instituto pela legislação ordinária.

O mandado de segurança é uma ação destinada a resguardar direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade pública ou agentes particulares no exercício de atribuições do poder público. Visa, portanto, amparar direito pessoal líquido e certo, de forma que somente o titular do direito lesado possui legitimidade para impetrar o mandado de segurança individual. É um remédio constitucional que possui natureza de ação civil.

É cabível a impetração de mandado de segurança contra atos judiciais, entretanto, conforme a súmula 267 do STF, não é cabível a sua impetração contra ato judicial passível de recurso ou correição e, conforme a súmula 268 do mesmo Tribunal, não é cabível este remédio constitucional contra decisão judicial transitada em julgado. Além destas hipóteses, Silva (2009) recorda que também não é cabível o mandado de segurança contra lei em tese, exceto se tratar-se de lei com efeito concreto.

Segundo a Mensagem nº. 824 aos membros do Congresso Nacional, citada por Meirelles et al. (2009), que continha o Projeto de Lei que disciplinava o Mandado de Segurança Individual e Coletivo Gilmar Mendes, à época Advogado Geral da União e José Gregori, Ministro de Estado da Justiça explicavam que:

Com essas medidas, além de complementar a legislação ordinária em matérias nas quais é omissa, o projeto cuida de garantir maior eficiência ao instituto, conferindo poder coercitivo e específico às decisões nele proferidas e organizando mais adequadamente os serviços judiciários de modo a permitir o julgamento rápido das decisões mandamentais (Meirelles et al., 2009, p. 140).

A proposta apresentada contribuiu para o processo judicial como um todo, na medida em que o mandado de segurança tem se mostrado um remédio

constitucional capaz de possibilitar a defesa dos direitos sociais em situações em que é imprescindível uma tutela urgente.

#### 4.3.2

#### **A omissão inconstitucional: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção**

A CF/88 trouxe dois institutos aptos a sanarem a omissão inconstitucional. São eles a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Segundo Quaresma (1995), estes são institutos que:

Visam a garantir o cumprimento de preceitos constitucionais ainda não integrados por normas regulamentadoras que devem ser “produzidas” através de atuação direta do Poder Legislativo e/ou Executivo. São formas diretas de controle das omissões do Poder Público. Em suma, são instrumentos para fazer cumprir, na prática, o desejo constituinte de democracia participativa (cidadania), consolidando o Estado Democrático de Direito, ou simplesmente meios eficazes para transformar a “Constituição-espetáculo” em Constituição de fato (Quaresma, 1995, p. 1).

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão está prevista no art. 103, cujo parágrafo segundo assim dispõe:

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias.

Com a previsão desta ação no texto da Carta, o legislador constituinte pretendeu conceder plena eficácia às normas que dependessem de concretização constitucional. Estabeleceu, portanto, “um mecanismo específico de garantia do cumprimento pelo legislador dos seus deveres de atualização e aplicação das normas constitucionais – trata-se da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão” (Andrade, 2009, p. 367). Esta ação constitucional apresenta uma importância especial no caso dos direitos sociais já que, em geral, tais direitos envolvem uma atitude positiva por parte do Estado para a sua satisfação, implicando na atuação do poder legislativo e do executivo, seja na criação de lei no caso do primeiro, ou na expedição de regulamentos por parte do segundo.

A inconstitucionalidade consiste, portanto, na conduta negativa. A incompatibilidade entre o que determina a Constituição, no sentido de uma atuação positiva e a conduta negativa por parte do poder público configura uma situação de inconstitucionalidade por omissão. Entretanto, frise-se que a ação de inconstitucionalidade por omissão só terá cabimento nas hipóteses em que a Constituição obriga o poder público a atuar e este se mantém inerte, independentemente de a omissão ser total ou parcial.

Assim, esta ação tem por objeto as normas de eficácia limitada em que o legislador é investido na obrigação de expedir normas, como é o caso do art. 128, § 5º, o qual estabelece a exigência de lei complementar para determinar a organização, atribuições e o estatuto de cada Ministério Público; e as normas programáticas, pois dependem de atuação do legislador para se tornarem aplicáveis. Nesse caso, pode-se citar o art.7º, XI, que prevê a participação dos empregados nos lucros ou resultados da empresa, *conforme definido em lei*.

Acerca da problemática da inconstitucionalidade por omissão, Meirelles et al. (2009), Wald & Mendes (2009) argumentam no sentido de que:

Ela envolve não só o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais. Ela desafia também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional.

(...)

É, todavia, salutar o esforço que se vem desenvolvendo no Brasil para descobrir o significado, o conteúdo, a natureza desses institutos. Todos os que, tópicamente ou sistematicamente, já se depararam com uma ou outra questão atinente à omissão inconstitucional não de ter percebido que a problemática é de transcendental importância não apenas para a realização de diferenciadas e legítimas pretensões individuais. Ela é fundamental, sobretudo, para a concretização da Constituição como um todo, isto é, para a realização do próprio Estado de Direito Democrático, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da iniciativa privada e no pluralismo político, tal como estabelecido no art. 1º da Carta Magna. Assinale-se, outrossim, que o estudo da omissão inconstitucional é indissociável do estudo sobre a força normativa da Constituição.

Não obstante o esforço da doutrina e da jurisprudência, muitas questões sobre a omissão inconstitucional continuam em aberto ou parecem não ter encontrado, ainda, uma resposta adequada. Sem querer arriscar uma profecia, pode-se afirmar, com certa margem de segurança, que elas não de continuar sem uma resposta satisfatória ainda por algum tempo! (Meirelles et al., 2009, p. 430).

Segundo dados da Secretaria Judiciária do STF, menos de uma centena de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão foram propostas até o ano

passado perante aquele Tribunal, o que demonstra ainda certa insegurança em relação a esta ação constitucional (Meirelles et al., 2009, p. 434).

O mandado de injunção<sup>3</sup>, por seu turno, é um instituto de caráter civil, que possui um procedimento especial e que se encontra previsto na CF, em seu art. 5º, inciso LXXI, conforme se verifica:

LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Esta ação constitucional também visa suprir uma omissão por parte do poder público, da mesma forma que a ação de inconstitucionalidade por omissão, sendo que o mandado de injunção é utilizado no caso concreto, enquanto a ação de inconstitucionalidade por omissão é uma das formas de controle concentrado no STF. É um remédio constitucional que pode ser usado individual ou coletivamente e que só terá cabimento contra o poder público.

O mandado de injunção tem por finalidade resguardar a eficácia dos direitos assegurados na Constituição, realizando concretamente “o direito, liberdade ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, mostrando-se, portanto, como uma grande conquista constitucional (Quaresma, 1995, p. 47). Seu objeto é a proteção dos direitos e liberdades constitucionais, individuais ou coletivos, de pessoa física ou jurídica, “e de franquias relativas à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, que torne possível sua fruição por inação do Poder Público em expedir normas regulamentadoras pertinentes” (Meirelles et al., 2009, p. 287)

Não se trata de um remédio constitucional para qualquer tipo de omissão legislativa, mas somente aquela que afete o exercício dos direitos fundamentais. (Meirelles et al., 2009, p. 289). Além disso, o mandado de injunção resguarda direitos que já se encontram assegurados constitucionalmente, mas que dependem de regulamentação.

Desde a sua criação e durante vários anos, a jurisprudência do STF não atribuiu ao mandado de injunção a sua capacidade concretizadora, o que tornou esta ação um instrumento sem efetivo valor jurídico. Contudo, a partir do ano de

---

<sup>3</sup> O Mandado de Injunção 107 foi o primeiro a ser analisado pelo STF - Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, seção I, 21 de setembro de 1990, p. 9.782.

2007 a Suprema Corte brasileira passou a demonstrar uma compreensão distinta daquela que prevalecia até então com relação ao mandado de injunção, a partir de modificações em seu entendimento quando do julgamento deste *writ*, conforme ratificam Mendes et al. (2008)

Percebe-se que, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, o Supremo Tribunal Federal afastou-se da orientação inicialmente perfilhada, no que diz respeito ao mandado de injunção.

[...]

Assim, no caso relativo à omissão legislativa quanto aos critérios de indenização devida aos anistiados (art. 8º do ADCT), o Tribunal entendeu que, em face da omissão, os eventuais afetados poderiam dirigir-se diretamente ao juiz competente que haveria de fixar o montante na forma do direito comum. Em outro precedente relevante, considerou-se que a falta de lei não impedia que a entidade beneficente gozasse da imunidade constitucional expressamente reconhecida (Mendes et al., 2008, p. 1212).

Em 2007, no julgamento do Mandado de Injunção 721 - DF(MI n. 721 - DF, rel. Min. Marco Aurélio, em 30.08.2007), o STF fixou seu novo entendimento. Trata-se de ação em que uma servidora pública federal pleiteou o reconhecimento do seu direito à aposentadoria especial de que trata o § 4º do art. 40 da CF, cujo conteúdo autoriza, nos termos a serem definidos em leis complementares, a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria no caso de servidores públicos que exerçam atividades sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Após comprovar que se enquadrava nos requisitos exigidos pela lei constitucional, a autora requereu o seu direito à aposentadoria especial de que trata o § 4º do citado artigo, embora as leis complementares regulamentadoras a que se refere o artigo ainda não tenham sido criadas pelo legislador infraconstitucional. O STF julgou parcialmente procedente o pedido formulado pela servidora para reconhecer o seu direito à aposentadoria especial, conforme se verifica no trecho da decisão, a seguir:

A impetrante conta com 25 anos de serviços prestados, atendendo à dilação maior prevista na Lei 8.213/1991. Julgo parcialmente procedente o pedido formulado para, de forma mandamental, assentar o direito da impetrante à aposentadoria especial de que cogita o § 4º do artigo 40 da Constituição Federal.

Outra questão importante, que concretizou esta mudança na forma como o Tribunal Superior julgava as ações que envolviam o mandado de injunção,

atribuindo a este *writ* a natureza caráter mandamental e não meramente declaratória, diz respeito ao direito de greve. O entendimento firmado inicialmente era o de que o direito de greve, garantido pelo art. 37, VII, da CF só poderia ser exercido após a edição de lei complementar, conforme exigência do próprio preceito constitucional que o garante, por tratar-se de norma de eficácia limitada, portanto, sem autoaplicabilidade. As decisões nos Mandados de Injunção 485, em que foi Relator o Ministro. Maurício Corrêa, publicado no DJ de 23.8.2002 e no MI 585-TO, em que o Relator foi o Ministro Ilmar Galvão, publicado no DJ de 2.8.2002 ilustram a afirmação.

É importante destacar que a edição de legislação regulamentadora do direito de greve não é uma discricionariedade do poder legislativo, mas uma determinação constitucional. A este poder não é dada a faculdade de escolher se o direito será concedido ou não. Assim, no caso do direito de greve dos servidores públicos, a existência de um conflito entre as normas do art. 9º, caput, c/c o art. 37, VII da CF, que prevê a necessidade de previsão legislativa para o exercício do direito de greve dos servidores públicos e o art. 9º, § 1º, também da CF, que prevê o acesso a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua deve ser resolvido por aquele poder.

Nesse sentido, a omissão legislativa há que ser submetida à apreciação e manifestação do poder judiciário, nos termos do art. 5º, XXXV, da Carta Magna. A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal conheceu os mandados de injunção acima mencionados, reconhecendo, por conseguinte, a necessidade de uma solução no que se refere à determinação constitucional, propondo que a lei regulamentadora do direito de greve na iniciativa privada (lei 7.783/89) seja aplicada nestes casos, no que couber. Além disso, no que tange ao procedimento nos casos de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores com vínculo estatutário, permitiu a aplicação da lei 7.701/88, que trata da especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho nos processos coletivos.

O mandado de injunção é, sem dúvida, uma grande conquista constitucional, mas que ainda não atingiu, desde sua criação, uma utilização plena, talvez pela equiparação à ação de inconstitucionalidade por omissão, já que ambos foram criados para suprir a falta de norma regulamentadora de alguns dispositivos constitucionais.

Entretanto, já é possível notar que o Supremo Tribunal Federal modificou profundamente a técnica de decisão no mandado de injunção, reconhecendo sua importância para a garantia dos direitos inscritos no texto da Magna Carta, afastando-se cada vez mais da posição inicialmente adotada em que apenas declarava a existência da mora legislativa para a edição das normas regulamentadoras e passando a admitir a possibilidade de garantir o exercício dos direitos constitucionalmente assegurados.

### **4.3.3 A ação civil pública**

Sarmiento (2010) salienta que, apesar dos avanços demonstrados nas últimas décadas quanto à facilitação do acesso à justiça, a grande maioria dos cidadãos que procuram o judiciário para sanar problemas envolvendo direitos sociais faz parte da classe média. O autor explica a afirmação dizendo que:

Os segmentos mais excluídos da sociedade brasileira dificilmente vão à Justiça reclamar seus direitos, até porque, pela hipossuficiência cultural, no mais das vezes nem conhecem esses direitos. Neste contexto, se levarmos em consideração o fato de que, diante da escassez, as decisões explicitamente alocativas de recursos são implicitamente desalocativas, o foco centrado nas ações individuais pode acabar funcionando como uma espécie de “Robin Wood às avessas”, ao sugar recursos de políticas públicas que atingiriam os mais pobres para transferi-los para a classe média. Enquanto isso, graves violações de direitos perpetradas contra os mais carentes ficam sem resposta judicial (Sarmiento, 2010, p. 584).

Daí a importância da ação civil pública no direito constitucional brasileiro. Este instrumento constitucional foi criado para a defesa de direitos e interesses privados e disponíveis, tendo sido disciplinado pela lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985, recepcionada pela CF/88:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

A ação civil pública tem por objetivo reprimir ou prevenir danos ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio público, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica e da economia popular, ou à ordem urbanística e pode ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. O Ministério Público é um dos legitimados ativos para propor esta ação e, sem dúvida, o mais atuante. O art. 5º da lei nº 7.347/85 elenca o rol de legitimados ativos para propor a ação, quais sejam: a União, os Estados, o Município, autarquias, empresas públicas, fundação, sociedade de economia mista ou associação que, cumulativamente, esteja constituída a, pelo menos, um ano e que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Tendo em vista que muitos dos direitos coletivos, segundo Silva (2009, p. 195) sobrevivem na CF/88 como direito social, como a liberdade de associação profissional e sindical (arts. 8º e 37, inciso VI), o direito de greve (arts. 9º e 37, inciso VII), o direito de participação de trabalhadores e empregadores nos colegiados de órgãos públicos (art. 10), o direito a representação de empregados junto aos empregadores (art. 11), o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), pode-se perceber que há uma grande variedade de direitos sociais que requerem defesa através da ação civil pública.

As decisões nestas ações afetam um amplo universo de pessoas e produzem efeito nas políticas públicas implementadas. Nesses casos, de acordo com Sarmiento (2010, p. 584) “o julgamento força uma análise de macrojustiça, que envolve a legitimidade do atendimento de determinados pleitos num quadro de escassez de recursos”. O autor salienta que as ações coletivas apresentam uma maior possibilidade de contato do magistrado com as variáveis inseridas na implementação das políticas públicas para a concretização dos direitos sociais, do que nas ações individuais, além de possibilitarem uma maior reflexão acerca do problema, resultando em decisões tomadas a partir de uma visão mais abrangente da situação adstrita ao direito social.

A esse respeito, Krell (2002, p. 104) ressalta que “o Ministério Público deve mediar conflitos surgidos na sociedade que anseia pela efetiva implementação dos

direitos sociais”. Nesse contexto, a ação civil pública afirma-se “como o meio processual mais importante para a juridicização de demandas coletivas pela realização de direitos assegurados pela ordem social constitucional”.

#### 4.4

#### A proibição do retrocesso

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais firmado em 1966 desenvolveu juntamente com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. O Comitê de direitos econômicos, sociais e culturais estabeleceu a progressiva realização dos direitos incluídos no texto do Pacto e proibiu que os Estados adotassem medidas que tenham como consequência a piora na sua realização. Daí a proibição do retrocesso social, que determina, “de um lado, que, uma vez consagradas legalmente as prestações sociais, o legislador não pode depois eliminá-las sem alternativas ou compensações”. Ao assegurar a irreversibilidade dos direitos sociais já consagrados, este princípio acaba por garantir o “grau de concretização já obtido”. Desta forma, ainda que os direitos a prestações não imponham o dever de avançar, eles asseguram o *status quo*, pois não permitem retrocessão (Queiroz, 2006, p. 68-69).

Como se pode notar, o princípio da proibição do retrocesso social guarda uma relação íntima com outro princípio constitucional, qual seja a segurança jurídica, considerada pela doutrina constitucional contemporânea a expressão do Estado de Direito. Nessa medida, a segurança jurídica constitui-se em um “subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito”, além de estar relacionada com a ideia de dignidade da pessoa humana, ao garantir estabilidade às relações jurídicas, viabilizando, desta forma, a confiança nas instituições estatais e, conseqüentemente, a elaboração e a realização de projetos de vida. O reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais são atualmente, uma exigência da dignidade da pessoa humana, revelando-se como uma concretização desse princípio, de tal forma que a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou seja, do conteúdo da dignidade

da pessoa humana explicitada de alguma forma em cada direito fundamental, só será possível se houver segurança jurídica (Sarlet, 2009, p. 433-434).

O ordenamento jurídico-constitucional brasileiro apresenta algumas dimensões da proibição do retrocesso, ainda que sob outra nomenclatura, como é o caso da garantia constitucional do direito adquirido, dos atos jurídicos perfeitos, da coisa julgada, a proteção contra a ação do poder constituinte reformador quanto aos limites materiais para a reforma, mantendo determinados tipos de conteúdos no texto da Constituição, dentre outros. Contudo, cabe aqui tratar da proibição do retrocesso apenas no que se refere à proteção dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais em sentido amplo, haja vista que é na seara da justiça social, principalmente dos direitos fundamentais sociais, que o problema alcança a maior repercussão.

A crescente demanda por prestações sociais aliada à limitada capacidade do Estado para fornecê-las enseja uma maior proteção contra algum tipo de restrição, das conquistas sociais já alcançadas. Nesse contexto, verifica-se a importância do reconhecimento do princípio da proibição do retrocesso em nosso ordenamento jurídico-constitucional, da mesma forma como já ocorre no direito constitucional alienígena, ao garantir que sejam asseguradas medidas criadas para a satisfação dos direitos sociais, e que podemos tomar como exemplo.

Courtis (2010, p. 511) elenca uma série de casos retirados de decisões dos tribunais de diferentes países, em que o princípio da proibição do retrocesso foi invocado para assegurar as conquistas sociais. Um dos casos em que o Tribunal Constitucional português (Tribunal Constitucional Português, Decisão n. 509/2002, 19 de dezembro de 2002) empregou a abordagem da proibição do retrocesso se refere à garantia do benefício, de renda mínima, em que o Tribunal acolheu ação de inconstitucionalidade de lei que mudou o limite mínimo de idade para as pessoas que recebiam o benefício, passando de 18 para 25 anos. O Tribunal português considerou que a nova lei, ao modificar o critério de idade para ter direito ao benefício levou à privação do direito para a categoria de pessoas excluídas, sendo, portanto, inconstitucional.

Na Bélgica (Corte Belga de Arbitragem, caso n.º. 5/2004, 14 de janeiro de 2004, para B. 25.3. v., também caso n.º. 169/2000, 27 de novembro de 2002, paras. B.6.1 to B.6.6), a Corte utilizou-se do princípio em epígrafe para atribuir um

“efeito congelante” ao artigo 23 da Constituição, que consagra os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, proibindo um retrocesso significativo na proteção desses direitos consagrados em leis, quando da adoção da Constituição. A Corte Constitucional da Colômbia (Corte Constitucional Colombiana, decisões T-789/2002, de 24 de setembro de 2002, T-671/2002, 20 de agosto de 2002, C-931-2004, 29 de setembro de 2004, C-991-2004, 12 de outubro de 2004 e T-1318/2005, 14 de dezembro de 2005), também recorreu ao princípio para afastar a aplicação de leis que considerou regressivas em áreas como pensão, educação, saúde, proteção à família e aos trabalhadores e regulamentos administrativos que continham algum tipo de regressão no âmbito da habitação.

No mesmo sentido, Cristina Queiroz (2006) menciona a decisão do Tribunal Constitucional português que declarou inconstitucional artigo 17 do Decreto-lei 254/82, que revogava vários artigos da lei instituidora do Serviço Nacional da Saúde, argumentando que:

A tarefa constitucional a que o Estado se achava obrigado constituía uma “garantia do direito fundamental”, isto é, constituía “ela mesma objecto de um direito dos cidadãos”. Pelo que: “quando a tarefa constitucional consiste na criação de um determinado serviço público (como acontece com o Serviço Nacional de Saúde) e ele seja efectivamente criado, então a sua *existência* passa a gozar de proteção constitucional, já que a sua abolição implicaria um atentado a uma *garantia institucional* de um direito fundamental, logo, um *atentado ao próprio direito fundamental*”. De tal sorte que o que consubstanciava uma “obrigação positiva” – cumprir, total ou parcialmente, as tarefas constitucionais – se transforma numa “obrigação negativa”: o Estado que se encontrava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar agora obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social, no caso o “direito à proteção da saúde” (Queiroz, 2006, p. 72).

A importância do reconhecimento da proibição do retrocesso, portanto, é nítida, diante dos exemplos trazidos da jurisprudência estrangeira. Entretanto, a controvérsia se instala quando se fala no alcance dessa proibição. A proteção, especialmente dos direitos prestacionais, não pode se tornar absoluta, pois a possibilidade de revisão, inerente ao legislativo, não pode ser suprimida. Existe a necessidade de se reavaliar as ações estatais e o desempenho dos meios para a realização das finalidades públicas, especialmente a efetivação dos direitos fundamentais sociais. A proibição do retrocesso, portanto, não deve ser uma regra geral de carácter absoluto, em que se resolvem as questões através da lógica do

tudo ou nada, mas um princípio jurídico pelo qual as decisões são tomadas com base na ponderação. Nesse sentido, Sarlet (2009) esclarece que:

Não se pode encarar a proibição do retrocesso como tendo a natureza de uma regra geral de cunho absoluto, já que não apenas a redução da atividade legislativa à execução pura e simples da Constituição se revela insustentável, mas também pelo fato de que esta solução radical, caso tida como aceitável, acabaria por conduzir a uma espécie de transmutação das normas infraconstitucionais em direito constitucional, além de inviabilizar o próprio desenvolvimento deste. Além disso, resulta evidente que a admissão de uma vedação absoluta de retrocesso – especialmente no sentido aqui versado – inexoravelmente resultaria na procedência das críticas formuladas pelos seus adversários. Assim, a proibição de retrocesso assume feições de verdadeiro princípio constitucional fundamental implícito, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de Direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança jurídica), quanto ao princípio do Estado Social, na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados, sendo, de resto, corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana (Sarlet, 2009, p. 434).

Acerca do alcance do princípio, a doutrinadora portuguesa Queiroz (2006, p. 70) argumenta no sentido de que a incumbência estatal consubstanciada em um dever de legislar transforma-se em um dever mais abrangente, qual seja não revogar essa lei. Diante da vedação do retrocesso, não se encontra na esfera de liberdade do legislador “subtrair supervenientemente a uma norma constitucional a exequibilidade que esta tenha, entretanto, adquirido”.

O que resta protegido, portanto, é a situação normativa, ou seja, o direito aplicável a uma situação concreta, restando excluída a livre disponibilidade dos representantes do poder do Estado. Nesse sentido, pode-se afirmar que o núcleo essencial do direito fundamental está protegido, pois já se encontra realizado e efetivado pelo próprio legislador, de tal sorte que a liberdade a ele atribuída, assim como a auto-reversibilidade encontram-se limitadas pelo núcleo essencial já realizado.

Com efeito, entende-se adequado o posicionamento que defende a possibilidade da aplicação da proibição do retrocesso aos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, desde que o seja como um princípio e desde que observados os limites que impedem uma vedação absoluta das medidas que têm por objeto as adequações e a flexibilização desta proibição no que tange à segurança jurídica e social.