

OS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL PODEM SER DEMANDADOS NO SISTEMA JUDICIAL?

CAN SOCIAL RIGHTS IN BRAZIL BE DEMANDED IN THE JUDICIAL SYSTEM?

Carlos Augusto Pires Brandão *

Resumo: O presente artigo analisa a justiciabilidade dos direitos sociais fundamentais, i.e., a possibilidade de esses direitos serem demandados perante o sistema judicial, considerando-se o marco constitucional e as bases sociais e econômicas no Brasil. Para tanto, a pesquisa faz um levantamento bibliográfico desses direitos no constitucionalismo contemporâneo, aborda a dinâmica de construção de sentidos da Constituição de 1988 e analisa a repercussão dessa dinâmica na leitura dos direitos sociais no Brasil. Defendendo o perfil dirigente da ordem constitucional vigente, o trabalho conclui que os direitos sociais transportam razões pragmáticas e estatuem verdadeiros programas para a realização de justiça substantiva, que estabelecem as condições de possibilidade de uma vida digna, a justificar a justiciabilidade desses direitos e a necessidade de estratégias processuais diferenciadas pelo sistema judicial, para garantia dos valores da democracia.

Palavras-chave: Direitos sociais. Justiciabilidade. Constitucionalismo contemporâneo. Judiciário. Democracia.– Estratégias processuais diferenciadas.

Abstract: This article analyzes the justiciability of fundamental social rights, i.e., the possibility of these rights being demanded before the judicial system, considering the constitutional framework and the social and economic bases in Brazil. The research makes a bibliographical survey of these rights in contemporary constitutionalism, addresses the dynamics of sense construction of the Constitution and analyzes the repercussion of this dynamic in the reading of social rights in Brazil. Defending the ruling profile of the current constitutional order, the study concludes that social rights carry pragmatic reasons and are true programs for substantive justice, which establish the conditions for the possibility of a dignified life, justifying the justiciability of these rights and the necessity of procedural strategies differentiated by the judicial system, to guarantee the values of democracy.

Keywords: Social rights. Justiciability. Contemporary constitutionalism. Judiciary. Democracy. Differentiated procedural strategies.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, os direitos sociais no mundo ocidental - tais como direito a saúde, a educação, a assistência social, dentre outros - passaram a receber ataques, especialmente das correntes políticas liberais, sendo crescente a produção de discursos propondo restrições ao Estado do bem-estar social¹ ou ao menos a sua reprogramação para os desafios das *novas questões sociais*² levantadas na dinâmica capitalista mundial.

No Brasil, a diminuição do ritmo dos processos econômicos nos últimos anos, acarretando queda nos níveis de emprego e nas receitas das três entidades federativas,

* Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB, Joao Pessoa-PB, Brasil. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professor da Universidade Federal do Piauí - UFPI. Autor convidado. Email: carlosaugustopiresbrandao@gmail.com.

¹ FERRAJOLI, Luigi. Prólogo. In: Abramovich, Víctor y Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 9.

² ROSANVALLON, Pierre. *La nueva cuestión social: repensar el Estado providencia*. 1ª ed. 4ª reimp. Buenos Aires : Manantial, 2007.

repercutiu na agenda política do país, suscitando a necessidade de reformas institucionais do Estado e uma leitura mais restritiva dos direitos sociais.

Desde 2008, quando a crise financeira internacional, nascida em meados de 2007 no sistema norte-americano de hipotecas de alto risco (*subprime*), implicou uma crise sistêmica no próprio capitalismo, colocando em xeque o desenho financeiro internacional,³ o Brasil vem convivendo com restrições impostas da nova gramática econômico financeira do mercado, que se traduz em reprogramação institucional do Estado brasileiro.

Há, pois, uma narrativa nascida no universo do mercado que sugere crise fiscal do Estado e, como corolário, o discurso liberal acaba ganhando adesão no campo político, sugerindo a reestruturação institucional do Estado e, por conseguinte, a restrição a direitos sociais. Nessa toada, em primeira resposta institucional, o sistema político vem reconfigurando o Estado e seu aparato burocrático, reduzindo serviços e benefícios sociais, como estratégia fiscal necessária à superação da crise e à retomada do desenvolvimento econômico.

A Emenda Constitucional 95, de dezembro de 2016, *verbi gratia*, foi promulgada dentro dessa retórica de crise fiscal, como mecanismo normativo de encaminhamento de ajuste fiscal do Estado brasileiro, limitando os gastos públicos. Essa inovação constitucional tem graves consequências para o desenvolvimento de políticas públicas, para o investimento social na expansão de serviços públicos, enfim, para a própria funcionalidade da arquitetura do Estado do bem-estar social projetada pela Constituição de 1988. Há quem defenda que essas restrições à efetivação de direitos sociais se confrontariam com *a lógica principiológica da vedação ao retrocesso social, consubstanciada no plano do direito positivo, no rol das cláusulas pétreas constitucionais do § 4.º do art. 60.*⁴

Também, há medidas legislativas empregadas na direção do ajuste fiscal, que acarretam restrições aos direitos fiscais já usufruídos, em contraste com o princípio da progressividade dos direitos humanos:⁵ seguro desemprego⁶, benefício assistencial de prestação continuada⁷ e pensão por morte.⁸

³ FARHI, Maryse; PRATES, Daniela Magalhães; FREITAS, Maria Cristina Penido de; MACEDO, Marcos Antonio. *A crise e os desafios para a nova arquitetura financeira internacional*. São Paulo: Revista de Economia Política, 29, 2009, p. 135. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rep/v29n1/08.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2017.

⁴ MARIANO, Cynara Monteiro. *Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre*. Revista de Investigações Constitucionais. Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017, p. 263.

⁵ ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2003, p. 70.

⁶ Lei nº 12.435/2011.

⁷ Lei nº 13.134/2015.

⁸ Lei nº 13.135/2015.

Essa constelação econômico financeira, que gravita em torno dos interesses do sistema financeiro e que redimensiona a agenda política, tem implicações para a atuação do Estado e, por conseguinte, para a leitura dos direitos sociais e para sua implementação no plano prático social. O discurso homogeneizado pela representação política do executivo e do legislativo, à luz da ideologia do Estado mínimo, fica reduzido à porta estandarte da determinação dos mercados, reverberando o discurso liberal de equilíbrio fiscal e de redução da intervenção estatal nos diversos domínios sociais.

Com a retórica liberal ganhando adesão no sistema político brasileiro, propugnando o Estado mínimo, o cidadão, ao se deparar com um contexto de paralisia institucional e/ou de redução dos serviços sociais pelo Estado, vem descortinando o horizonte da representação funcional, e tem buscado no sistema judicial a implementação desses direitos na vida prática.

A cada dia, o sistema judicial no Brasil recebe demandas por efetivação da generosa retórica constitucional de 1988, e em resposta, ao reproduzir o universo simbólico da lei, passa a adotar medidas interventivas no domínio político, outrora exclusivo da representação política, levantando diversas questões. O presente artigo pretende abordar a seguinte questão: afinal, os direitos sociais podem ser demandados perante o sistema judicial?

Para responder a essa indagação, a pesquisa promove revisão bibliográfica sobre o sentido da Constituição brasileira de 1988, entendida aqui como projeto de ruptura em relação às distorções sociais herdadas e em relação ao autoritarismo de Estado engendrado no processo histórico político. O trabalho aborda essa programação projetada na ordem constitucional de 1988, sua repercussão nas estruturas e objetivos da República Federativa do Brasil, que confere aos direitos sociais um papel promocional do desenvolvimento humano e social.

A debilidade política de efetivação do discurso constitucional em favor dos direitos sociais decorre em parte da debilidade teórica acerca desse sentido constitucional de 1988, que deveria repercutir nos sentidos dos direitos sociais previstos no texto constitucional como mecanismo de atuação de Estado na implementação de políticas públicas para os desafios sociais brasileiros.

Essa debilidade teórica, que não correlaciona os direitos sociais com o programa constitucional de 1988, recomenda a defesa do caráter meramente programático dos direitos sociais, sob argumento de que os direitos sociais importam prestações positivas, cuja

satisfação consiste em um fazer (não formalizável e não universalizável), cuja violação representa mera omissão não sancionável.⁹

A abordagem teórica sobre a justiciabilidade dos direitos sociais mostra-se, pois, relevante para o mundo prático institucional, considerando-se que quase sempre a resposta judicial, ao levar a sério os direitos sociais positivados na Constituição de 1988, implica prestações materiais, importa despesas, estipulação de ordens de atuação para os poderes executivos e legislativo, exame e controle judicial do mérito administrativo e legislativo.

O trabalho se divide em três partes.

Na primeira parte, o trabalho aborda o contexto de elaboração e promulgação da Constituição de 1988. A partir desse quadro, analisa os sentimentos fundantes da Constituição e a repercussão que esses sentimentos promovem na dogmática constitucional, com a resignificação de toda a institucionalidade brasileira. A pesquisa apresenta a Constituição como algo a ser realizado e preenchido de sentido, como um programa político e social, composto por normas cogentes que haverão de dialogar com a realidade, materializando valores que densificam a dignidade humana. Nessa leitura, a Constituição aparece no tempo em uma dinâmica de construção de sentidos. Não há sentidos prévios a prevalecer diante de todos os contextos. Os sentidos são sempre construções articuladas pelo diálogo entre a referência constitucional e a realidade. Os sentidos são sempre tecidos e estruturados nos debates e nos diálogos em contextos conflituais.

Na segunda parte, a pesquisa aborda no contexto do constitucionalismo contemporâneo a relação entre direitos sociais, direitos fundamentais e direitos humanos. O trabalho analisa os direitos fundamentais, como positivação do discurso de direitos humanos e como sistema de direitos interdependentes e indivisíveis.

Na terceira parte do artigo, apresentam-se os direitos sociais no Brasil como um sistema de direitos, que imprime unidade e identidade orgânica a toda ordem constitucional. Os direitos sociais são analisados dentro do ambiente da Constituição de 1988, desenhada como programa político destinado a transformar a realidade brasileira, marcada por desigualdades sociais, econômicas e regionais.

Por fim, o trabalho conclui pela efetividade dos direitos sociais no sistema judicial, mas reconhece a necessidade de adoção de estratégias processuais diferenciadas para as demandas judiciais por direitos sociais, que garantam os valores da democracia.

1. Os sentidos da Constituição de 1988 e os direitos sociais.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. Prólogo. In: Abramovich, Víctor y Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 9.

Os direitos sociais são direitos emancipatórios, históricos e traduzem o sentimento coletivo acerca das condições materiais básicas para a convivência social, para o exercício qualificado dos direitos de liberdade. Sua efetivação está condicionada, pois, a intervenção do Estado, inspirada em cálculos de justiça distributiva.

Essa intervenção do Estado para efetivação de direitos sociais se materializa não apenas na regulação da convivência social, sob inspiração da igualdade entre todos. Para reduzir quadro de desigualdades e distorções sociais, muitas vezes o Estado precisa intervir direta ou indiretamente proporcionando prestações materiais a classes sociais que se encontram em condições de vulnerabilidade social.

Quando há omissões na atuação do Estado para a promoção do equilíbrio social, pode-se desenvolver quadro social de graves violações a direitos. Com esse quadro ofensivo a direitos, levanta-se a questão referente à possibilidade de o Judiciário intervir nesse estado de coisa. Nessas hipóteses, reivindicam-se no sistema judicial a análise de ofensa a direitos constitucionais, bem como o desenvolvimento de soluções práticas, com vistas à superação do quadro de violações.

Para analisar-se a justiciabilidade dos direitos sociais, *i.e.*, a juridicidade desses direitos e a possibilidade de serem demandados perante o sistema judicial, mostra necessário entender-se primeiro o sentido da Constituição de 1988, pois esses direitos estão proclamados ostensivamente ao longo do texto constitucional e de algum modo compõem as estruturas do Estado Democrático de Direito brasileiro.

A Constituição de 1988 tem uma gramática para além das constituições liberais. Esses estatutos liberais surgiram ainda no século XVIII apresentando-se, ideologicamente, como decorrência de elaboração da razão universal. Foram desenhadas em contraposição ao Estado de polícia, com o propósito de lhe estabelecer barreiras, protegendo a esfera de liberdade individual e de propriedade. As constituições liberais protegeriam o cidadão, ao estabelecerem limites a atuação do Estado, que deveria se restringir à proteção da ordem pública e da efetividade dos contratos. Esses limites estariam previstos em estatutos legais editados pela representação política (parlamento), capazes, com exclusividade, de autorizar a atuação estatal regrado as esferas dos direitos fundamentais liberais: a liberdade e a propriedade.¹⁰

Para além dessa prescrição liberal, a Constituição de 1988 adota o receituário do constitucionalismo contemporâneo, desenvolvido no segundo pós-guerra. Representa uma ruptura com a programação política herdada no processo histórico institucional brasileiro,

¹⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de direito*, p. 11.. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/32571-39731-1-PB.pdf>> . Acesso em: 10 de janeiro 2017.

uma espécie de refundação moral do Estado brasileiro. Ao reproduzir o discurso de direitos humanos das diversas declarações e tratados, reconhece os direitos civis e políticos, que inspiraram as constituições liberais, mas incorpora amplo catálogo de direitos sociais, destinados a promoção do bem-estar individual e coletivo dos membros da comunidade.

A efetivação desses direitos sociais compõe o programa constitucional de transformação social e econômica e não deve ficar ao alvedrio dos poderes da representação política. A Constituição avança em favor da cidadania, para além das constituições sociais que caracterizaram os Estados Sociais da primeira metade do século XX, ao conferir a dimensão participativa na construção da cidadania. A Constituição agrega o valor da democracia na consecução de seu programa político e social.

Para a efetivação da extensa pauta de direitos sociais consolidada em seu texto, a Constituição, então, desenha um conjunto de estruturas de poder, com amplo acesso à cidadania, seja por demanda individual, seja por demandas coletivas. Essa arquitetura de Estado, com porosidade para cidadania reivindicar os direitos sociais, vem dotada de certa plasticidade operacional para que a cidadania participe da promoção de mudanças estruturais, colaborando, por meio de ações judiciais, da construção de novas estruturas de serviços sociais. Com essa arquitetura de poder aberta à participação da cidadania, viabiliza-se a construção de novos arranjos institucionais com capacidade para atuar estrategicamente em áreas como *a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados*.¹¹

Não se pode perder de vista que os direitos sociais têm um caráter transformador e se dispõem a dialogar com a herança de assimetrias acumuladas no processo histórico, que forjou uma sociedade matizada de fragmentações, desigualdades e exclusões sociais. Também, esses direitos sociais se dispõem a interceder nas novas clivagens que *surgem e cruzam transversalmente a, desfazem identidades tradicionais*, produzindo pluralidade de *interesses, nem sempre convergentes, quando não conflitantes e mutualmente excludentes*.¹² Os direitos sociais, dentro da ordem constitucional de 1988, constituem um arsenal que pode ser mobilizado para a transformação e o desenvolvimento social e humano.

Esse desígnio transformador dos direitos sociais, como estratégia utilizada para equalização social e econômica, armando o Estado para regulação e para intervenção na ordem econômica e social, está em sua genealogia. Os direitos sociais surgem na dinâmica da

¹¹ Art. 6º, CF.

¹² TELLES, Vera da Silva. *Direitos sociais: Afinal, do que se trata?* Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 143.

expansão capitalista, quando, em finais do século XIX, a ideologia do *laissez faire, laissez passer* favoreceu a exploração e opressão da classe trabalhadora, provocando inúmeros desequilíbrios contratuais, que culminaram com desigualdades e injustiças sociais. Os direitos sociais aparecem como estratégia de atuação do Estado na economia, para reequilibrar os contratos civis e trabalhistas. Surgem quando na revolução industrial, com a implementação de tecnologias, a mão de obra se torna mercadoria vulnerável, causando restrição à liberdade de contratar do trabalhador, exposto à necessidade de subsistência.

Também, os processos de industrialização proporcionaram movimentos e fluxos sociais na paisagem geográfica, causando desenraizamento da classe trabalhadora, tornando necessária nesse quadro de vulnerabilidade social a intervenção do Estado na ordem econômica e social para a montagem de serviços sociais compensatórios.

Os direitos sociais são direitos promocionais, inspirados na solidariedade, e se destinam a redistribuição de riquezas, a fim de que sejam preservadas as condições básicas de vida para determinados membros de grupos sociais que estão em situações de vulnerabilidade. Esse esforço de garantia de condições mínimas de existência humana e social exige a participação solidária da comunidade.

Os direitos sociais não se limitam, como fazem os direitos civis, a estabelecer certezas e previsibilidades nas relações contratuais, de propriedade, nas responsabilidades por danos individuais. Os direitos sociais, enquanto instrumento de compensação e de equalização social, destinam-se a intervir na realidade social, para reduzir contextos de assimetrias e desigualdades sociais, que tornam vulneráveis determinadas parcelas da sociedade.

Sendo recurso estratégico do Estado e direito da cidadania para equalização social, a interpretação e a aplicação dos direitos sociais passam pela compreensão da realidade, das constrições da realidade social, tendo em vista seu conteúdo pragmático destinado a criar as condições para exercício da cidadania plena. Os sentidos dados pelo legislador constituinte originário como respostas aos desafios de seu tempo recebem, no diálogo com a realidade emergente que pretende transformar, a contribuição do tempo, da experiência institucional. Os sentidos dos direitos sociais devem ser compreendidos como construções atualizadas dessa articulação incessante e dialógica entre a institucionalidade constitucionalizada e o contexto conflitual da realidade, tendo em vista sempre a afirmação da cidadania.

Não se pode perder de vista que os direitos sociais têm um caráter transformador, dispondo-se a dialogar e a interceder com a herança de assimetrias acumuladas no processo histórico, matizada de fragmentações, desigualdades e exclusões sociais, e com novas clivagens que *surgem e cruzam transversalmente a, desfazem identidades tradicionais,*

produzindo pluralidade de *interesses, nem sempre convergentes, quando não conflitantes e mutualmente excludentes*.¹³ E nesse diálogo, os direitos sociais constituem um arsenal que pode ser mobilizado para a transformação e o desenvolvimento social e humano.

Como os direitos sociais ostentam propósitos transformadores, de atuarem sobre um contexto de desigualdades sociais restritivos à dignidade humana, toda abordagem acerca desses direitos sociais deve, então, articular as proposições normativas com a realidade social. Importa ao poder público, respeitar, proteger e promover a dignidade de seus cidadão, *como valor cardeal*¹⁴, mediante a implantação das liberdades e das *garantias fundamentais (direito à vida, livre desenvolvimento da personalidade, etc.)*, que *pressupõe uma ação positiva (e não apenas negativa) dos poderes públicos*, com a remoção de entraves *de ordem econômica, social e cultural*, que impedem *o pleno desenvolvimento da pessoa humana*.¹⁵

A Constituição apresenta-se como programa político, destinado a transformar a realidade marcada por desigualdades. Assim, a interpretação e a aplicação dos direitos sociais estão submetidas à dinâmica social e política e devem compreender os vetores programáticos em articulação com os contextos sócio políticos emergentes. Os direitos sociais constituem terapias para os desequilíbrios sociais e a sua posologia está condicionada aos contextos de aplicação. Para um quadro de injustiça social, a Constituição sugere uma pauta programática de atuação dirigente pelo Estado, imprimindo sentido aos direitos sociais.

A pergunta pelos sentidos dos direitos sociais levanta outras diversas questões advindas da experiência institucional, em especial pela distância entre a retórica constitucional pretensamente transformadora e os sofríveis índices de desenvolvimento humano ostentado pelo Brasil. Há sempre a pergunta embaraçosa sobre a profunda fratura entre o catálogo de direitos humanos positivados na Constituição Federal e a realidade social brasileira, matizada pela injustiça social. Como se fazer para que esse catálogo de direitos sociais seja efetivado no plano prático?

No Relatório do Desenvolvimento Humanos (RDH) 2016, lançado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o Brasil mantém o mesmo Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) de 2014, no valor de 0,754, e no ranking mantém a posição 79 entre 188 países. Em relação ao Índice de Desigualdade de Gênero, que avalia desigualdades em três dimensões sensíveis à questão de gênero: saúde reprodutiva,

¹³ TELLES, Vera da Silva. *Direitos sociais: Afinal, do que se trata?* Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 143.

¹⁴ FEITOSA, Maria Luiza P. Alencar Mayer. *Desafios de humanização do direito civil constitucional. um direito civil social?*

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *O Papel do Poder Judiciário Brasileiro na Tutela e Efectivação dos Direitos (e Deveres) Sócio Ambientais*. Lisboa: Direito Público Sem Fronteiras.2011, p.16.

emponderamento e atividade econômica, o Brasil se encontra com pior resultado. Com valor de 0,414, o Brasil ocupa a 92ª posição e está na metade mais mal avaliada entre 159 países. No parlamento, o Brasil apresenta percentual menor de mulheres que o país com menor IDH do mundo. O Brasil apresenta 10,8%, enquanto a República Centro-Africana tem 12,5% de mulheres com assento no parlamento.¹⁶

Essa realidade de injustiça e assimetria sociais no Brasil se choca com retórica progressista do texto constitucional, exigindo-se estratégias e inovações institucionais para a concretização dessa gramática transformadora, considerando-se a persistência dessa desigualdade social, que teima em não diminuir.¹⁷ Como os direitos sociais são direitos prestacionais, sua efetivação depende de arranjos institucionais, de uma rede de serviços a ser oferecido pela máquina burocrática, que importam investimentos e custos.

Não se pode deixar de registrar: há um conjunto de instituições desenhadas para imprimir eficácia ao texto constitucional, mas essas instituições se sobrepõem e amiúde não se entendem, seja em razão da incapacidade gerencial dos diretores das instituições, da dispersão administrativa, à vista da miríade de instituições e entidades públicas sem qualquer coordenação, seja em razão de clivagens ideológicas potencializada pelo quadro de fragmentação do sistema partidário, dificultando a formação de hegemonias na administração. Há uma arquitetura institucional que multiplica o número de órgãos reguladores, agências, autarquias, entidades, submetidas a constrangimentos fiscais, que termina por inexoravelmente trazer problemas de coordenação, em face da interdependência ínsita entre esses órgãos envolvidos, com repercussões no oferecimento ou na qualidade da prestação social, o que leva o cidadão e as suas representações a buscarem no Judiciário a implementação dos direitos sociais na vida prática.¹⁸

Submetido a um contexto institucional de fragmentações, o cidadão vem buscando na justiça a efetividade de seus direitos. Na falta, na paralisia do sistema político, na sua

¹⁶ *Human Development Report 2016. Human Development for Everyone*. By the United Nations Development Programme 1 UN Plaza, New York, NY 10017 USA. Disponível em: < <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2017/03/21/relat-rio-do-pnud-destaca-grupos-sociais-que-n-o-se-beneficiam-do-desenvolvimento-humano.html>.> Acesso em: 12.mar.2017

¹⁷ “Mas as maiores dificuldades na área social têm a ver com a persistência das grandes desigualdades sociais que caracterizam o país desde a independência, para não mencionar o período colonial. O Brasil é hoje o oitavo país do mundo em termos de produto interno bruto. No entanto, em termos de renda per capita, é o 34º. Segundo relatório do Banco Mundial, era o país mais desigual do mundo em 1989, medida a desigualdade pelo índice de Gini. Em 1997, o índice permanecia inalterado (0,6). Pior ainda, segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), a desigualdade econômica cresceu ligeiramente entre 1990 e 1998. Na primeira data, os 50% mais pobres detinham 12,7% da renda nacional; na segunda, 11,2%. De outro lado, os 20% mais ricos tiveram sua parcela da renda aumentada de 62,8% para 63,8% no mesmo período.” In: CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo Caminho*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 207/208.

¹⁸ HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política*. In: Luiz Moreira (Org). *Judicialização da Política*. São Paulo: 22 Editorial, 2012, p. 132.

incapacidade de realizar direitos sociais genericamente reconhecidos (“legalidade truncada”)¹⁹, o cidadão ou instituições legitimadas para a proposição de demandas coletivas têm ajuizado, em razão do amplo acesso à justiça, demandas perante o sistema judicial, para implementar no plano prático os direitos sociais. Há uma disponibilização constitucional ao cidadão de um conjunto de garantias que podem ser mobilizadas no sistema judicial, de modo individual ou coletivo, cobrando do sistema político a efetivação desses direitos.

A Constituição de 1988 segue o modelo do constitucionalismo contemporâneo e consagra pauta extensa de direitos sociais, desenhando um conjunto de estruturas de poder para efetivação desses direitos no plano prático. Também, conferiu ao cidadão a garantia do amplo acesso à justiça, que lhe confere o direito de reivindicar perante o sistema judicial, com independência funcional, a efetividade dos direitos sociais. Mediante o controle judicial de constitucionalidade da atuação política e social, baseado na supremacia constitucional, o cidadão pode buscar no sistema judicial a vinculação da vida administrativa aos direitos fundamentais, aos objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil.²⁰

2. Os direitos sociais como direitos fundamentais: A positivação dos direitos humanos na Constituição de 1988

Como os direitos sociais estão categorizados como direitos fundamentais no texto constitucional, a conclusão sobre a justicialidade dos direitos sociais exige abordagem sobre os direitos fundamentais, se são exigíveis ou não judicialmente.

Ingo Sarlet aponta distinção entre direitos fundamentais (direito interno) e direitos humanos (direito internacional). Os direitos humanos estariam associados a direitos abrigados em documentos de direito internacional. De sua parte, os direitos fundamentais estão associados a direitos que já foram constitucionalizados. Cristalizam na ordem constitucional positiva de um país os discursos emancipatórios em favor da dignidade humana, construídos pela retórica universalista dos direitos humanos. A designação *direitos fundamentais* descenderia, para o autor, da tradição constitucional alemã, referente à Lei Fundamental de 1949.²¹

A compreensão dos direitos sociais como direitos fundamentais de alguma forma está associada à compreensão dos direitos humanos como horizonte político das utopias

¹⁹ CASTRO, Marcos Faro. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm> Acesso em: 12.mar.2017

²⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 3, 2003, p. 294.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 31.

emancipatórias. Daí a importância de se entender o discurso dos direitos humanos, como abertura, como discurso da emancipação humana e social.

Segundo Boaventura, após a segunda guerra mundial, os direitos humanos constituíram parte do arsenal ideológico manejado na guerra fria entre as duas grandes potências bipolarizadas, EUA e URSS. Agora, as forças progressistas, em face do cenário *de crise irreversível* dos projetos socialistas, recorrem ao discurso dos direitos humanos como guia emancipatório, a partir de uma reinvenção da linguagem de emancipação, desde que *sejam claramente entendidas as tensões dialécticas que informam a modernidade ocidental*.²²

A história de construção dos direitos humanos corresponde a história das lutas emancipatórias sociais. Nos movimentos revolucionários liberais, que culminaram com declarações em favor da liberdade e da igualdade formal dos indivíduos, os direitos humanos surgem formalmente para expressarem essa incessante busca por justiça e proteção da dignidade humana. O conjunto de instituições disponibilizadas e os mecanismos de movimentação dessas instituições representam garantias para efetivas conquistas, com permanentes aquisições e reflexos.

Na retórica de proteção à dignidade humana, constroem-se estruturas internacionais de proteção e salvaguarda aos direitos humanos, e que passam a ser internalizados nos direitos positivos dos países por meio de tratados internacionais ou pela constitucionalização desses direitos, quando assumem a condição de direitos fundamentais.

A partir da genealogia dos direitos humanos no plano político e sua inserção nas constituições como direitos fundamentais, constrói-se uma visão da dinâmica de seu sentido e uma compreensão das tensões sociais que devem ser regulados por esses direitos positivados. Também, a compreensão da constituição como processo social de sedimentação de sentidos abre janelas para compreensão dos sentidos dos direitos fundamentais, intrincados com a realidade histórica e com os processos político sociais.

Os direitos fundamentais não são direitos (inerentes à natureza humana, eterna e transcendental) que já estariam adquiridos e careceriam apenas de eficácia. Os direitos fundamentais são resultados de fluxos das lutas sociais; estão positivados em potência para serem conquistados nos processos sociais e políticos, como conquistas. São constructos da história e se efetivam mediante processos de reivindicação, de lutas em torno da dignidade humana. As normas, as disposições de direitos, são garantias de efetivação. E essa efetivação passa pelo emponderamento das pessoas que sofreram violações em seus direitos, para que ganhem força para reação, pois os direitos fundamentais são materializados nas lutas e sob

²² SANTOS, Boaventura de Souza. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. Coimbra: Revista de Ciências Sociais, nº 48, junho de 1997, pp. 12-13.

condições sociais, políticas, culturais etc. Nesse sentido, Herrera Flores sintetiza: *los derechos humanos serían los resultados siempre provisionales de las luchas sociales por la dignidad*.²³

Os direitos fundamentais, porque traduzem na ordem constitucional a positivação de direitos humanos, são sempre direitos libertários. Devem ser acionados, mediante garantias de efetivação, como linguagem de emancipação política, para a construção de novos mundos e de novos cenários de liberdade, não podendo perder essa dimensão crítica e reflexiva de resistência a dominações políticas hegemônicas que impeçam o exercício da atuação crítica e das interações nos espaços públicos. Não podem ser reduzidos a ociosas disposições abstratas inidôneas para a luta contra as injustiças sociais decorrentes de práticas políticas e econômicas hegemônicas.

A compreensão dos direitos fundamentais reclama a percepção do constitucionalismo como novo paradigma do direito positivo. O constitucionalismo nascido a partir do pós guerra constitui um sistema de vínculos substanciais, que estabelece proibições e obrigações positivas nas ordens constitucionais. Esses vínculos substanciais se condensariam em princípios, que impõem compromissos a instâncias de poder, inclusive ao legislador, outrora representante da vontade geral da nação e, portanto, ilimitado.²⁴

A garantia de efetividade desses vínculos residiria na rigidez das constituições, na necessidade de um processo especial mais rigoroso para reformas constitucionais, que exigiriam maior consistência nos consensos políticos, mediante a previsão de quóruns qualificados, e a possibilidade de se rever judicialmente, por instância independente, com autonomia do processo político partidária, a atuação da representação política, que expressam o pensamento majoritário em determinados contextos. Essa rigidez constitucional, protegida por um sistema de controle de constitucionalidade remetido a órgãos jurisdicionais, condicionaria o próprio conteúdo da atividade política, da atuação legislativa.²⁵

Por essa razão, para Ferrajoli, à luz do constitucionalismo que repercutiria em toda a teoria do direito, os direitos fundamentais consignados nas cartas constitucionais devem ser garantidos e concretamente satisfeitos, com o máximo grau e efetividade. Não apenas os direitos de liberdade, mas também os direitos sociais em face dos poderes públicos e privados. Em suas palavras:

La historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva extensión de la esfera de los derechos: de los derechos de libertad en las primeras declaraciones y constituciones del siglo XVIII, al derecho de huelga y a los derechos sociales en las

²³ FLORES, Joaquin Herrera. *La reinvencción de los derechos humanos*, p. 26. Disponível em: < <http://www.ceapedi.com.ar/imagenes/biblioteca/libros/137.pdf> >. Acesso em: 13 mai. 2017.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales*. Cuestiones Constitucionales, julio-diciembre, número 015, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 114.

²⁵ *Ibid.*, p. 114.

constituciones del siglo XX, hasta los nuevos derechos a la paz, al ambiente, a la información y similares (...). Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguna de las diversas generaciones de derechos ha caído del cielo, sino que todas han sido conquistadas por otras tantas generaciones de movimientos de lucha y de revuelta: primero liberales, luego socialistas, feministas, ecologistas y pacifistas.²⁶

Nessa perspectiva do constitucionalismo, quais seriam os direitos fundamentais? Ferrajoli apresenta três respostas. A primeira, oferecida pela teoria do direito, apontaria que os direitos fundamentais se identificam aos direitos concernentes universalmente a todos, portanto *indisponíveis e inalienáveis*. Como oferecida pela teoria, a resposta apresenta apenas a definição de direitos fundamentais (que são os direitos fundamentais), mas não designaria quais seriam os direitos fundamentais. Nessa definição, há a apresentação da forma, mas não do conteúdo. A segunda resposta é oferecida pelo direito positivo. Seriam direitos fundamentais os estabelecidos nas constituições e nas declarações universais, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, nos tratados internacionais de 1966 e nas demais convenções internacionais sobre direitos humanos. Para a terceira resposta, Ferrajoli apresenta uma pergunta: quais seriam os direitos que deveriam ser garantidos como fundamentais? A resposta à pergunta é formulada pela filosofia política, de modo normativo, mediante critérios meta-éticos e meta-políticos. E assim apresenta três critérios axiológicos, hauridos no processo histórico do constitucionalismo. O primeiro critério concerne ao nexo entre os direitos humanos e a paz. Devem ser garantidos como direitos fundamentais todos os direitos cuja garantia constitui condição necessária à paz: direitos de liberdade, direito à vida e a integridade pessoal, os direitos civis e políticos, os direitos de liberdade, os direitos sociais necessários à sobrevivência. Referem-se aos direitos de resistência. O segundo critério axiológico pertence aos direitos de minoria. Concerne ao nexo entre direitos e igualdade. Direitos sociais como garantidores da redução das desigualdades econômicas e sociais. O terceiro critério se refere ao papel dos direitos fundamentais como leis dos mais frágeis. No duplo sentido, de tutelar as diferenças pessoais e de reduzir as desigualdades materiais.²⁷

3. A justicialidade dos direitos sociais

Os direitos sociais se fundam na ideia de igualdade material, no sentimento de solidariedade material, de que ninguém sofrerá privações nas condições básicas de uma vida digna. Estabelecem as condições vitais de exercício dos direitos de liberdade.

Sua efetividade, seu caráter vinculante, sua metodologia e dogmática, deverão levar em conta essa premissa política de que esses direitos sociais positivados projetam na ordem

²⁶ Ibid., p. 116.

²⁷ Ibid., p. 117.

jurídica interna os valores e diretrizes compartilhados como direito internacional e consolidados no Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, em vigor desde 3 de janeiro de 1976.²⁸

Como apontado por Abramovich, tanto os direitos civis como os direitos sociais envolvem despesas. Há custos nesses direitos. Em relação aos direitos civis, há todo um aparato, um sistema de proteção mantido pelo poder público para imprimir efetividade e proteção aos direitos civis. Há, por exemplo, estrutura cartorária para os registros civis, órgãos judiciais e sistema de repressão contra as afrontas aos direitos de liberdade, por exemplo. Para o autor, todos os direitos, sejam civis, políticos, sociais, econômicos ou culturais demandariam custos e prescreveriam obrigações negativas e positivas. Como os direitos civis que não se esgotam na abstenção do Estado, mas exigem serviços e estruturas de proteção, os direitos sociais importam também abstenções, obrigações negativas. O Poder Público não pode, por exemplo, realizar atividades que inviabilizem os direitos sociais. Não pode, por exemplo, inviabilizar o direito de greve,²⁹ desenvolver atividades danosas à saúde. Os direitos sociais, como os direitos civis, importam custos. O fato de serem onerosos, portanto, não pode servir de argumento para submeter a sua implementação à discricionariedade da representação política.

Os direitos fundamentais constituem garantias para a cidadania. E podem ser mobilizados nas estruturas de poder. Por um lado, há os direitos fundamentais que implicam ação do Estado, prestação material como saúde, educação, moradia. De outra parte, há os direitos fundamentais cujo conteúdo é o respeito, a consideração pelas instâncias de poder na não intervenção. Esses últimos direitos fundamentais impõem abstenção do Estado e das estruturas de poder. São os direitos de liberdade.³⁰

Os direitos fundamentais estão positivados na ordem constitucional, formando o seu núcleo estruturante. É esse núcleo que imprime unidade e identidade orgânica a toda ordem constitucional, considerado estruturante, disponibilizado para proteger e afirmar a dignidade da pessoa humana, centro de gravidade da institucionalidade. Esse núcleo é fundamental para a dinâmica da vida social e política, e confere estabilidade e legitimidade constitucional à atuação política e social.

²⁸Disponível em: < <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> pdf >. Acesso em: 17 jan. 2017.

²⁹ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. In: *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito: Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría Editores, 2009, p. 5.

³⁰ GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. Mexico: Doctrina Jurídica Contemporânea, 2001, p. 223.

Esse núcleo essencial condensa um conjunto de regras e de princípios considerados fundantes da ordem constitucional. Esse conjunto de normas tem unidade sistêmica. Compreende o sistema de direitos fundamentais que vai definir a dogmática constitucional, o modo como a Constituição será percebida no tempo, interpretada e aplicada na dinâmica social e política. E sendo sistema de direitos fundamentais, há interdependência entre cada um desses direitos fundamentais (partes do sistema) e implicações mútuas entre essas unidades fundamentais. Isso faz com que a unidade de sentido não se estabeleça em cada direito fundamental, mas apareça (se desvele) no conjunto desses direitos, que devem ser percebidos e valorados de modo articulado.³¹

Todos os direitos fundamentais são interdependentes, não obstante a indivisibilidade que lhes caracteriza. Todos devem ser articulados no sentido de proteger e de afirmar a dignidade da pessoa humana, centro de gravidade dos sistemas de direitos fundamentais, da ordem jurídica como um todo, fundamento da República Federativa do Brasil.³²

A indivisibilidade, a interdependência, a unidade que matizam os direitos fundamentais repercutem nos direitos sociais positivados na Constituição, tornando-os, tal como os direitos civis e políticos, justiciáveis, i.e., passíveis de serem demandados judicialmente.

A comunidade internacional tem sistematicamente ratificado o caráter indivisível e interdependente de todos os direitos humanos, considerando meramente ideológica e ultrapassada a divisão entre direitos civis e políticos *versus* direitos sociais, econômicos e culturais. Como os direitos sociais se dispõem à proteção e à garantia das condições básicas da vida digna, eles constituem premissas também para a efetivação dos direitos civis e políticos, considerados fundamentais. Não devem prevalecer, pois, para se negar a efetividade aos direitos fundamentais, os argumentos econômicos, financeiros, políticos que insistem na flexibilidade das redes sociais de proteção em tempos de globalização e de crise fiscal do Estado ou que levantam a natureza autoritária da judicialização da política³³

Os direitos sociais representam uma profunda mudança sobre o significado do conceito de liberdade. No processo de emancipação do ser humano, a experiência concluiu que o absentismo do Estado não era suficiente para o exercício das liberdades. A liberdade

³¹ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional*. UNED. Teoría y realidad constitucional. Número 20, 2007, p. 2007, pp. 496-497. Disponível em: < <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/20/not/not13.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

³² Art. 1º, CF.

³³ YAKSIC, Nicolás Espejo *¿Quién debería creer en los DESC? In: Los Derechos Económicos, sociales y culturales / Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México – Comisión Europea. – México: Secretaría de Relaciones Exteriores: Programa de Cooperación sobre Derechos humanos México – Comisión Europea, 2005, p. 27.*

reclama ruptura com as estruturas de opressão que submetem o ser humano, condenando-o a reprodução material da vida, privando-o da liberdade. Sem as condições básicas que garantam a dignidade da pessoa humana não há liberdade, fonte de sentido do direito velado no liberalismo³⁴.

Essa percepção de que os direitos sociais compõem ou pelo menos condicionam o exercício dos direitos de liberdade promove a transformação de sentido do direito. Essa aderência dos direitos sociais ao âmbito dos direitos tem repercussão na dogmática jurídica, na teoria da interpretação e na prática jurídica, alterando o papel da institucionalidade em matéria de direitos fundamentais.

Os direitos sociais estão positivados na Constituição, e este estatuto na sua unidade tem força normativa. A possibilidade de se ter a proteção judicial de um direito constitui elemento central da própria definição de direito. Kelsen registrou que o Direito é uma ordem coativa, pois reage *contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas - particularmente contra condutas humanas indesejáveis - com um ato de coação*.³⁵ Ora, se os direitos sociais são categorizados como direito, há de se admitir a possibilidade de reclamação no sistema judicial contra eventual descumprimento desses direitos.³⁶

Na Constituição Federal, os direitos sociais estão anunciados no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) e no Título VIII (Da Ordem social). Os artigos 6º a 14 deste título estão reservados para os direitos sociais da educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade, infância, assistência a desamparados, políticos. O art.6º consigna os seguintes direitos sociais: *a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados*. Segundo o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Sendo fundamentais, os direitos sociais incorporariam o princípio da aplicabilidade imediata, conforme determinação expressa da Constituição.

Considerar todos esses direitos sociais como fundamentais tem enorme repercussão para a prática jurídica. Esses direitos sociais passam a ser justicializáveis, passíveis de serem

³⁴ ARANGO, Rodolfo. *Fundamento filosófico de los derechos económicos, sociales y culturales*. In: *Los Derechos Económicos, sociales y culturales / Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México – Comisión Europea*. – México: Secretaría de Relaciones Exteriores: Programa de Cooperación sobre Derechos humanos México – Comisión Europea, 2005, p. 84.

³⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 23.

³⁶ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. In: *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito: Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría Editores, 2009, p. 10.

demandados no sistema judicial. Todavia, os direitos sociais importam custos, demandam provisões orçamentárias, estrutura e logística de serviços. E essa previsão de despesas públicas está submetida ao elenco de prioridades políticas, que em princípio estaria a cargo da representação política. Concluir-se pela justiciabilidade implica em admitir-se a intervenção do sistema judicial na alocação de despesas, o que repercute no princípio da separação dos poderes, diagramado pelo racionalismo iluminista:

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.³⁷

Todavia, o princípio da separação de funções deve estar em sintonia com o conjunto do programa constitucional. Há na programação constitucional uma disposição política ao diálogo com a realidade social, com propósitos emancipatórios para o ser humano. Para compreensão desse programa emancipatório da Constituição, impõe-se sua genealogia, o exame dos sentimentos que acalentaram o seu processo político de elaboração e promulgação. Sendo a Constituição uma construção social, política e histórica, a formulação teórica acerca da dinâmica constitucional, da dogmática constitucional, da justiciabilidade dos seus direitos, da forma como a Constituição se irradia no plano da realidade, da prática das instituições na afirmação dos consensos fundantes, não pode prescindir do próprio *caráter contextual, temporal* da Constituição, a menos que se busquem fundamentações metafísicas, para além do plano da história³⁸, o que saltaria as fronteiras da ciência.

A indeterminação dos conceitos e das categorias dos direitos sociais, com abertura semântica para abrigar a dinâmica de construção de sentidos no processo político e institucional, sujeita a sua implementação a esferas de discricionariedades que são próprias do mundo político, onde a complexidade potencializada pelo número de variáveis deve compor a concretização dos sentidos na vida prática.

Há de se ter muita prudência na implementação de direitos sociais pelo sistema judicial, para que este não assuma, pelo princípio da substituição, as atividades próprias da política. As atividades políticas, concernentes à vida prática, não são apenas atividades de conhecimento, atividades da ciência cognitiva. Essas atividades envolvem decisões, com amplo espectro de discricionariedade.

³⁷ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. *Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 168.

³⁸ FEITOSA, Enoque. *Direito, marxismo e crítica jurídica*. In: *Crítica Jurídica na América Latina*. / Wolkmer, Antonio Carlos; Correias, Oscar. / Aguascalientes: CENEJUS, 2013, p. 394. Disponível em: < <http://bell.unochapeco.edu.br/congressocatarinense/wp-content/uploads/2014/06/CRITICA-JURIDICA-NA-AMERICA-LATINA.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2017.

A academia deve contribuir com a construção de parâmetros para a atuação judicial. Como os direitos sociais quase sempre envolvem prestações materiais, que exigem custos, há a necessidade de elegerem-se prioridades. Os custos entram, então, como a primeira referência para a atuação judicial. A construção da dogmática da reserva do possível³⁹ foi desenvolvida sob essa lógica das restrições financeiras e econômicas. Nesse sentido, os direitos sociais só poderiam ser efetivados *quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos*.⁴⁰

A escassez de recursos poderia impedir a exigibilidade de um direito fundamental social. Nesses casos, o Judiciário terá ao seu alcance o mecanismo para cotejar o direito social vindicado com o sistema de direitos sociais, para então avaliar se a restrição de recursos levantada pela representação política é legítima ou não, e se há medidas que poderiam ser adotadas para a implementação da política pública específica. Com isso, prestigia-se a justiciabilidade dos direitos sociais, entendendo-os como sistema de direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constitucionalização dos direitos sociais e a estruturação de um sistema judicial habilitado para cotejar a atuação política com esses direitos, com poderes de revisão pelo sistema judicial, estão propiciando a judicialização da política, *a confiança cada vez maior nos tribunais e nos meios judiciais para tratar das principais questões morais, questões de política pública e controvérsias política*.⁴¹

No Brasil, como nos países que passaram por processos de democratização na América Latina, o Judiciário assumiu: a pauta republicana na luta contra a corrupção *e pela transformação das práticas políticas; o controle dos excessos governamentais; a proteção de interesses de minorias; a proteção de populações estigmatizadas ou em situações de vulnerabilidade; a proteção dos direitos sociais, com repercussões na gestão da ordem social e da econômica*.⁴²

³⁹ Por essa expressão, traduzida da experiência institucional Alemã (*Vorbehalt des Möglichen*), defende-se que a implementação dos direitos sociais estaria condicionada à disponibilidade econômico financeira do Estado. Cf. KRELL, Andreas J. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999, P. 246.

Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r144-17.PDF?sequence=4>>. Acesso em 21 jan. 2018

⁴⁰ GOMES CANOTILHO, J. J. Coimbra: Edições Almedina, 7ª ed., 2003, p. 482.

⁴¹ HIRSCHL, Ran. Artigo: *A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos*. In: Luiz Moreira (Org). *Judicialização da Política*. São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 28.

⁴² YEPES, Rodrigo Uprimny. *A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452007000100004&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 03 mar. 2017.

Na paralisia, na falha do sistema político, na sua incapacidade de realizar direitos sociais genericamente reconhecidos (“legalidade truncada”)⁴³, o cidadão ou instituições legitimadas para a proposição de demandas coletivas têm ajuizado, em razão do amplo acesso à justiça, demandas perante o sistema judicial, para implementar no plano prático os direitos sociais.

Em contexto marcado por fragmentações político partidárias, por arquitetura institucional que multiplica o número de órgãos reguladores, agências, autarquias, entidades, submetidas a constrangimentos fiscais, e por uma paisagem com profundas assimetrias e distorções sociais herdadas no processo histórico (que expressa um enorme *déficit* social), a intercessão do sistema judicial com o sistema político no Brasil tem sido marcante e recorrente, com grandes repercussões na vida política nacional.

A resposta judicial a essas demandas por efetivação de direitos sociais importa modificação de leis orçamentárias, que provocam desequilíbrios fiscais, e escolhas políticas que deveriam em princípio estar a cargo da representação política. Daí, surgem questionamentos acerca da legitimidade democrática das decisões judiciais, pois, pelo modelo político liberal de Judiciário, os juízes não estariam autorizados - porque não foram eleitos pelo processo político - a promover escolhas políticas para a sociedade, os juízes exerceriam uma atividade eminentemente técnica e neutra.

Restou evidenciado que os direitos fundamentais compõem um sistema, em que cada direito se implica. Há unidade, indivisibilidade e interdependência entre os direitos fundamentais. Conclui-se, assim, pela justicialidade de todos os direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais.

Assim, o cidadão reúne potestade como sujeito de direito, a partir da gramática constitucional desenhada para a promoção da justiça social, e tem o poder de acessar as estruturas do Estado, para reclamar, como titular de uma justificada expectativa, individual ou coletivamente (por substituição processual assumidas por entidades públicas ou sociais), a efetivação desses direitos pelas instituições responsáveis, perante autoridades independentes dessas instituições. Os direitos sociais são justicializáveis, i.e., são passíveis de serem reivindicados perante o sistema judicial.⁴⁴

Eventuais questionamentos em relação à discricionariedade política na distribuição dos recursos na sociedade não esvaziam de sentido os direitos sociais. Esses questionamentos devem ser dirigidos aos mecanismos e estratégias processuais que devem ser mobilizados

⁴³ CASTRO, Marcos Faro. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm> Acesso em: 12.mar.2017

⁴⁴ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *El umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales em el Estado Social constitucional*. Buenos Aires: Del Pueto, 2006, p. 2.

pelo sistema judicial, para que as respostas judiciais não se afastem do princípio da formação democrática das decisões de poder. Mas em nada impedem a possibilidade de esses direitos serem reivindicados judicialmente.

Nas demandas que reivindicam a efetivação de direitos sociais, o processo judicial não objetiva apenas apurar fatos ocorridos no passado e lhes imprimir sentidos jurídicos antecipados pelo legislador. Nas demandas judiciais por direitos sociais, as vistas não se voltam ao passado, mas se lançam além do contexto dos fatos trazidos ao processo, na pretensão de regular o presente e o futuro. Nessas demandas, as sentenças são sempre projetos, que planejam e condicionam o tempo futuro. Há uma manifesta preocupação com os resultados práticos da atuação judicial, com as consequências de cada decisão tomada ao longo do processo. Em políticas públicas que efetivam direitos sociais, o olhar do juiz deve, então, se lançar, a partir do contexto do conflito, sobre o futuro. E esse olhar sobre o futuro, remete o juiz a espaços de decisão e de escolhas, e não apenas a espaços de aferição de verdades, a meros espaços de cognição e de conhecimento, como dispunha a ortodoxia liberal para Judiciário. Nas demandas por direitos sociais, o Juiz decide, escolhe a melhor solução, o melhor encaminhamento. A sua decisão não é determinada pelo conhecimento.

Essa abertura para escolhas e para decisão pelo Juiz, nas demandas por direitos sociais, que não são determinados pelo mero conhecimento e pela operação das leis, acaba por evidenciar a natureza política da atuação judicial e a reclamar mecanismos de legitimação dessas decisões.

A efetivação de direitos sociais configura, pois, exercício da política pela razão prática judicial. A política é a arte com que dialogamos com o tempo. E o tempo da política é sempre desdobrado no tempo futuro, por onde enredamos os demais tempos e construímos o mundo. Na política - ao contrário do campo científico, onde fazemos proposições descritivas da realidade e nos miramos no conhecer - fazemos escolhas, decidimos, com a perspectiva de encaminhar o tempo futuro. Na política não apenas conhecemos, mas fazemos opções e escolhas sobre o que seria melhor para os destinos da cidade.

Nas demandas por efetivação de direitos sociais, tidos por fundamentais, há o reclamo pela regulação do futuro, a reivindicação de medidas de conteúdo eminentemente político que articulam atos que se desdobram influenciando as vias do destino. E a execução desses atos não se dá todo de uma vez, mas quase sempre de maneira diferida no tempo, exigindo-se um plano de execução. Nessas demandas, as decisões judiciais devem assim ser elaboradas como planos de ações.

Para responder a essas novas demandas, vem sendo implementado um conjunto de revisões estruturais que reprogramam o sistema judicial. Essas reestruturações são incorporadas ao sistema judicial por meio de reformas legislativas, de promulgação de emendas à Constituição, que trazem novos códigos operacionais e novas estruturas institucionais. O Novo CPC, a criação do Conselho Nacional de Justiça, a instalação dos Juizados Especiais Federais, a especialização de varas etc, objetivam a sincronização do sistema judicial com as expectativas de tipos de respostas a serem oferecidos ao sistema social e político. Essa reprogramação do sistema judicial constitui estratégia para capacitá-lo a conceder ao sistema político social as respostas adequadas aos conflitos dessa natureza que agora se judicializam.

Essas transformações institucionais não ocorrem com rupturas enunciadas, mas com uma reprogramação sub-reptícia, que vão sendo agregadas na institucionalidade. Os processos de reestruturação institucional no bojo da passagem de uma sociedade industrial para a sociedade do risco não acontecem em razão de processos revolucionários programados e desejados. Mas por exigências da própria dinâmica social, que tornam obsoletas as instituições no contexto de transição, produzindo efeitos e consequências nos arranjos institucionais.⁴⁵

Os ajustes, então, são produzidos por deslocamentos de sentido das estruturas sociais e políticas. E nesse deslocamento, há uma reprogramação do papel do Estado, da política, do exercício dos poderes. O Estado, dentro dessa nova paisagem social, precisa responder a riscos, por meio de políticas públicas, cuja efetivação reclama resiliência institucional e plasticidade em suas decisões.⁴⁶

Nessas demandas por direitos sociais, requer-se no sistema judicial não apenas a aplicação objetiva e neutra do direito legislado pela representação política, mas respostas institucionais complexas que intercedam nos destinos da *polis* e que interfiram em sistemas políticos e sociais. Isso exige do Judiciário novos papéis institucionais, com atuações processuais que em nada lembram a metodologia processual insculpida pelo cientificismo moderno que dominou a doutrina processual, em que o Judiciário se limitava a certificar a verdade verificada no procedimento, acerca do objeto em análise, sem se importar muito com o contexto conflitual, preso que estava ao objeto trazido pelas partes.

Em face das referências democráticas, o Judiciário deve ser capaz de estimular a participação e o emponderamento das instituições envolvidas, promovendo a autoregulação

⁴⁵ BECK, Ulrich. *A Reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: Beck, Ulrich; Giddens, Anthony; Scott Lash. *Modernização reflexiva*. São Paulo: UNESP. 1995. P. 12.

⁴⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 11ª. ed., 2011, p. 153.

dos conflitos, mediante processos que se construam como espaços de deliberação, sem que o Judiciário assuma protagonismos e ativismos nas decisões. Para isso, deverá convocar instituições que possam contribuir com o deslinde e, mediante diálogos, propor e construir um conjunto de ações que deverão ser desenvolvidas no tempo, de modo concatenado e orquestrado, com um plano de execução, buscando os recursos necessários, ainda que tenha de ser incluídos em orçamentos futuros.

Nessas demandas judiciais por implementação de direitos sociais, o Judiciário deverá ter também uma preocupação sistêmica, devendo avaliar e refletir o a consequência de cada passo tomado, reconsiderando ou adaptando os atos, de modo flexível, observando os contextos e, sobretudo, a higidez e a sustentabilidade do sistema de prestação material.

Esse protagonismo do Judiciário na cena política exige mecanismos de acomodação e de estabilização com os sistemas políticos, mediante protocolos de atuação consensualizados dentro da demanda. Esses protocolos, de outra parte, não podem perder de vistas a necessária rearticulação das estruturas e dos processos judiciais às expectativas emergentes nas novas demandas judiciais. Para o atendimento dessas expectativas, o Judiciário deve reprogramar-se, com novas estruturas e códigos operacionais que privilegiam a mediação, a eficácia e a sustentabilidade das decisões.

Ao ser demandado por implementação de direitos sociais, em contexto de paralisia ou de falha no sistema político, o Judiciário mirando-se nas referências democráticas deve ser capaz de estimular a participação e o emponderamento das instituições envolvidas, promovendo a autoregulação dos conflitos, mediante processos que se construam como espaços de deliberação, evitando-se protagonismos e decisionismos.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. In: *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito: Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría Editores, 2009.

_____. *El umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales em el Estado Social constitucional*. Buenos Aires: Del Pueto, 2006.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2003.

ARANGO, Rodolfo. *Fundamento filosófico de los derechos económicos, sociales y culturales*. In: *Los Derechos Económicos, sociales y culturales / Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México – Comisión Europea*. – México: Secretaría de Relaciones

Exteriores: Programa de Cooperación sobre Derechos humanos México – Comisión Europea, 2005.

BECK, Ulrich. *A Reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: Beck, Ulrich; Giddens, Anthony; Scott Lash. *Modernização reflexiva*. São Paulo: UNESP, 1995.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de direito*, p. 11.. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/32571-39731-1-PB.pdf>> . Acesso em: 10 de janeiro 2017.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo Caminho*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 207/208.

CASTRO, Marcos Faro. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm>. Acesso em: 12.mar.2017

CLÈVE, Clèmerson Merlin . *O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 3, 2003. Disponível em: <<http://bell.unochapeco.edu.br/congressocatarinense/wp-content/uploads/2014/06/CRITICA-JURIDICA-NA-AMERICA-LATINA.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2017.

FARHI, Maryse; PRATES, Daniela Magalhães; FREITAS, Maria Cristina Penido de; MACEDO, Marcos Antonio. *A crise e os desafios para a nova arquitetura financeira internacional*. São Paulo: Revista de Economia Política, 29, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rep/v29n1/08.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2017.

FEITOSA, Enoque. *Direito, marxismo e crítica jurídica*. In: Crítica Jurídica na América Latina. / Wolkmer, Antonio Carlos; Correias, Oscar. / Aguascalientes : CENEJUS, 2013.

FEITOSA, Maria Luiza P. Alencar Mayer. *Desafios de humanização do direito civil constitucional. um direito civil social?*

FERRAJOLI, Luigi. Prólogo. In: Abramovich, Víctor y Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

_____. *Sobre los derechos fundamentales*. Cuestiones Constitucionales, julio-diciembre, número 015, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

FLORES, Joaquin Herrera. *La reinvenición de los derechos humanos*. Disponível em: <<http://www.ceapedi.com.ar/imagenes/biblioteca/libros/137.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2017.

GOMES CANOTILHO, J. J. . Coimbra: Edições Almedina, 7ª ed., 2003.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. Mexico: Doctrina Jurídica Contemporânea, 2001.

HIRSCHL, Ran. Artigo: *A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos*. In: Luiz Moreira (Org). *Judicialização da Política*. São Paulo: 22 Editorial, 2012.

_____. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política*. In: Luiz Moreira (Org). *Judicialização da Política*. São Paulo: 22 Editorial, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARIANO, Cynara Monteiro. *Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gatos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre*. Revista de Investigações Constitucionais. Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. *Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 168.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional*. UNED. Teoria y realidade constitucional. Número 20, 2007, p. 2007. Disponível em: <<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/20/not/not13.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

KRELL, Andreas J. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999.

ROSANVALLON, Pierre. *La nueva cuestión social: repensar el Estado providencia*. 1ª ed. 4ª remp. Buenos Aires : Manantial, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. Coimbra: Revista de Ciências Sociais, nº 48, junho de 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *O Papel do Poder Judiciário Brasileiro na Tutela e Efectivação dos Direitos (e Deveres) Sócio Ambientais*. Lisboa: Direito Público Sem Fronteiras.2011.

TELLES, Vera da Silva. *Direitos sociais: Afinal, do que se trata?* Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

YAKSIC, Nicolás Espejo *¿Quién debería creer en los DESC? In: Los Derechos Económicos, sociales y culturales / Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México – Comisión Europea. – México: Secretaría de Relaciones Exteriores: Programa de Cooperación sobre Derechos humanos México – Comisión Europea, 2005.*

YEPES, Rodrigo Uprimny. *A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452007000100004&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 03 mar. 2017.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 11ª. ed., 2011.