

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E OS MECANISMOS PARA GARANTIR SUA EFETIVIDADE¹

Cláudia Toledo

Érika Conceição Batista

Isabella de Pádua Walentim Alves

Palavras-chave: direitos fundamentais sociais; controle constitucional; decisão judicial; Constituição Federal.

Os direitos sociais são direitos fundamentais previstos no artigo 6^a da Constituição Federal de 1988. Esses direitos são cláusulas pétreas, ou seja, são normas que não podem ser modificadas pelo legislador infraconstitucional, a não ser no sentido de seu aprimoramento. Outra característica é que esses direitos possuem uma dimensão positivo-prestacional, ou seja, são direitos à prestação positiva fática do Estado. Os direitos fundamentais sociais também possuem dupla dimensão, uma objetiva e uma subjetiva. A dimensão objetiva é aquela que apresenta os direitos sociais como fundamentais, além disso, desdobra-se na própria irradiação desses direitos, na formulação do princípio da proibição de insuficiência, e também na sua eficácia, que deve ser analisada a partir da perspectiva da sociedade. Já a segunda dimensão, apresenta esses direitos como subjetivos dos cidadãos, o que possibilita ao titular do direito fundamental demandar judicialmente posições jurídicas outorgadas pela norma respectiva, pois a exigibilidade desses direitos é imediata, o que independe de regulamentação ou de sua. Essas duas dimensões são complementares, pois caracterizados de forma objetiva, os direitos sociais organizam, delimitam e protegem o status jurídico do indivíduo, além do mais, impõe que o Estado aja para assegurar e garantir esses direitos e também execute seus fins e valores constitucionalmente previstos. E em relação à característica subjetiva, Konrad Hesse afirma que “quanto mais se exige sua efetivação, mais o Estado se vê obrigado a

¹ Este resumo relaciona-se com a pesquisa desenvolvida no projeto PIBIC/CNPq em andamento, intitulado “Direitos Fundamentais Sociais: Normas Meramente Objetivas e Direitos Subjetivos; Decisões Judiciais e Sanções por seu Descumprimento”, coordenado pela Prof.^a Dr.^a Cláudia Toledo.

efetivá-los e quanto mais o Estado os protege ou assegura a sua proteção, tanto mais os direitos subjetivos são exercidos.”.

Vale destacar que não se pode falar dos direitos sociais sem a observação do princípio da dignidade humana e do direito ao mínimo existencial. O mínimo existencial é direito fundamental social, extraído hermeneuticamente do texto constitucional. Já dignidade humana pode ser compreendida pelo viés de um elemento fundamental e informador dos direitos e garantias fundamentais, protegendo-os de medidas restritivas do Estado. A conexão da dignidade humana com os direitos sociais é de quanto maior a importância dos direitos sociais, maior será a possibilidade dos indivíduos terem uma vida digna. No preâmbulo da Constituição Federal de 1988 está instituído que o Brasil é um Estado Democrático. Com isso, a doutrina brasileira enfatiza que o mínimo existencial decorre da proteção à vida e é ainda uma exigência para a dignidade humana.

A Constituição Brasileira de 1988 atribui maior relevância aos direitos fundamentais e, de forma destacada, aos direitos sociais, que as anteriores. Ao Poder Judiciário, posto como guardião e realizador dos direitos plasmados no Texto Maior, foi atribuída a função de proteger os direitos fundamentais. Essa posição exige que o Poder Judiciário impeça violações aos direitos fundamentais por parte do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Uma das formas de impedimento ocorre por meio do controle de constitucionalidade, em que o Judiciário averigua a compatibilidade da lei com a Constituição, de forma que atos e omissões considerados contrários ao texto constitucional sejam tidos como inconstitucionais.

O controle constitucional demonstra a superioridade da Constituição e que a atividade jurisdicional é um elemento fundamental para Estado Democrático de Direito. Tal instituto pode se dar de forma concentrada ou difusa, isto é, por meio de tribunais comuns, com efeitos *inter partes*, ou pelo Supremo Tribunal Federal, com efeitos *erga omnes*. O controle concentrado pode ocorrer por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, que pode ser por ação (ADI), omissão (ADO) ou via ADI interventiva, Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) ou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Ao declarar a inconstitucionalidade por omissão, o Judiciário apenas declara a inconstitucionalidade aos outros Poderes, não podendo editar por si a parte

faltante. O art. 103, § 2º da Constituição Federal faz uma abordagem nesse sentido, sua redação, principalmente levando em consideração a falta de prazo legal para resposta do poder legislativo, revela a dificuldade que se tem quanto à exigibilidade das decisões judiciais. Em se tratando de direitos fundamentais, não se pode reduzir a atividade jurisdicional a um mero processo de comunicação de inconstitucionalidade, são necessários instrumentos para se exigir que tal inconstitucionalidade seja suprimida.

Neste contexto, é relevante abordar o Mandato de Injunção, que surgiu como possibilidade de insurgência do indivíduo quanto a uma omissão legislativa sobre direito previsto na Constituição. Este mecanismo atua como forma de permitir a demanda por regulamentação de uma norma constitucional quando os poderes competentes não a fizerem, de forma que lhes seja comunicada a mora, e, dada sequência à omissão, o Poder Judiciário possa editar a norma, com efeito *inter partes* ou *erga omnes*, este como exceção à regra.

Em relação aos atos administrativos, cabe ressaltar a utilização das políticas públicas pelo Estado para implementação dos direitos sociais. As políticas públicas não podem se afastar dos princípios constitucionais e, assim, observa-se, a necessidade de que os atos administrativos também estejam sujeitos ao controle de constitucionalidade, assentado nas mesmas ideias do controle de constitucionalidade da legislação em geral.

A atividade estatal é realizada a partir de atos administrativos, que podem ser vinculados ou discricionários. Os primeiros estão expressos estritamente na Constituição e nestes o controle jurisdicional atuará quando os atos não atenderem ao comando legal. Já os segundos são dotados de uma margem de liberdade do administrador, permitindo o controle jurisdicional quando o administrador não se valer de políticas públicas que estejam adequadas aos fins constitucionalmente almejados e que não se mostrem, assim, uma opção excelente para a realização do fim pretendido pela política pública.

Neste sentido, caso haja descumprimento da decisão judicial pelo Poder Executivo, há mecanismos que podem ser usados pelo Judiciário para exigir o cumprimento:

1. Condenar o Poder Público à “obrigação de fazer”. Ou seja, quando houver falta de recursos comprovada e o pedido de política pública não envolver risco irremediável à vida do indivíduo, o Poder Público poderá ser condenado à obrigação de inserir a verba de implementação da política pública ordenada na próxima proposta orçamentária.

2. Aplicar multas diárias.

3. Permitir a intervenção da União nos Estados ou Municípios.

Poderá haver, além das medidas citadas, responsabilização do agente público, no âmbito civil por improbidade administrativa e no âmbito penal por meio do crime de responsabilidade ou pelo crime de desobediência. Por último, cabe citar a possibilidade de adoção de uma medida extrema, em caso de contínua omissão administrativa e urgência de proteção de um direito fundamental: o sequestro das verbas públicas. Tal medida consiste em uma interpretação analógica ao artigo 100 da Constituição Federal e deve ser utilizada apenas quando houver insuficiência dos meios menos gravosos. Um exemplo dessa medida ocorreu no Rio de Janeiro, no o Agravo de Instrumento nº 0037862- 49.2013.8.19.0000, que manteve a decisão acerca do sequestro de verba pública. O caso considerou o fornecimento de medicamento a um portador de autismo grave como ação urgente e inadiável e o descumprimento do fornecimento dos medicamentos determinados na petição inicial pelo Estado, para justificar a utilização do mecanismo de sequestro de verba pública.

Desse modo, observam-se instrumentos que possibilitam a exigência do cumprimento das decisões judiciais advindas de controle de constitucionalidade relacionado a atos do poder executivo. Tais instrumentos não existem em relação a atos do poder legislativo. No tocante a esse poder, é vantajoso citar o direito alemão, que possui mecanismos interessantes para controlar o cumprimento das sentenças. Um deles é a permissão ao tribunal, por meio do parágrafo 35 de Lei Orgânica do Tribunal, de escolher a forma de cumprimento da decisão, o que lhe permite, por exemplo, optar por aconselhar que se preencha determinada lacuna ou estabelecer regra provisória, com efeito, *erga omnes*, enquanto não houver regulamentação pelo legislador. Outra possibilidade é a de escolher quem executará a decisão, podendo transferir a execução a pessoas, autoridades ou órgãos de acordo com a natureza da causa. Neste caso, o Tribunal poderá emitir comandos àqueles responsabilizados pela

execução, por exemplo, determinar que estes organizem um plebiscito. Cabe destacar, por último, que em relação a possíveis erros na execução por quem o tribunal determinou, este pode utilizar o mecanismo “recurso de execução”, para efetuar devidas reformas, e, em relação a descumprimento dos prazos fixados para o cumprimento da decisão, o tribunal pode adotar medidas executórias. Por meio dessa experiência alemã, vê-se que o direito comparado permite uma visão mais ampla sobre o problema e a abertura de um maior leque de possibilidades, apesar de necessária a consideração dos aspectos próprios de cada país para elaboração de mecanismos mais eficientes para exigir o cumprimento das decisões judiciais.