

A NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Tânia Montenegro Teixeira*

1 Introdução. 2 A nova jurisdição constitucional. 2.1 Noção clássica. 2.2 Noção atual. 3 A efetivação dos direitos sociais a partir da idéia de nova jurisdição constitucional. 3.1 A efetivação dos direitos sociais por meio da implementação de políticas públicas. 3.2 O controle da implementação das políticas públicas: papel da nova jurisdição. 3.3 A responsabilidade dos juízes pela efetivação dos direitos sociais. 4 Conclusão. 5 Referências.

RESUMO

O presente artigo estuda o novo papel da jurisdição constitucional, que passa a assumir a função de aplicação dos direitos sociais, para que retome vigor o Direito como um todo, passando os cidadãos a confiar mais no Judiciário, que é responsável por acolher suas reais pretensões, escapando de antigas impressões de que o juiz nada pode fazer para atuar positivamente frente à ausência de concretização de um direito social, seja por meio da implementação do direito ou da ordem que obrigue o Poder Público a prestá-lo. Analisam-se o controle judicial da efetivação dos direitos sociais por meio da implementação de políticas públicas e a responsabilidade dos juízes nessa efetivação.

PALAVRAS-CHAVE: Nova jurisdição constitucional. Efetivação dos direitos sociais. Implementação de políticas públicas. Controle judicial. Responsabilidade dos juízes.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo procurou conceituar a jurisdição, expondo os modelos antigo e contemporâneo do papel a ser assumido pela jurisdição frente à concretização dos direitos sociais. Além disso, defendeu-se, com base em teorias doutrinárias e em jurisprudência, a necessidade de implementação de políticas públicas como meio mais adequado para a concretização dos direitos sociais, posicionando-se pela possibilidade de controle judicial pelas omissões estatais na realização de

* Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Pós-Graduação da Faculdade Christus. Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade Christus.

tais direitos, demonstrando o papel da nova jurisdição, inclusive com responsabilização dos juízes que ajam de forma diametralmente oposta.

Partiu-se da seguinte hipótese fundamental: a nova Jurisdição Constitucional é que tem a tarefa de efetivar os direitos sociais nas lides que se apresentam na realidade.

A pesquisa realizada para este trabalho, por meio de análise precipuamente crítica, necessitou ser procedida adequadamente para atender a seus objetivos. Sendo assim, buscaram-se na literatura as mais importantes opiniões acerca de temas correlacionados ao tema principal proposto, para alcançar entendimento holístico sobre as mudanças que pairam sobre o constitucionalismo, a jurisdição constitucional e a forma de concretizar os direitos sociais, assim como seu controle.

Para alcançar um real entendimento sobre o assunto, seguiram-se procedimentos metodológicos compatíveis com a produção do conhecimento científico, tais como: pesquisa bibliográfica, especialmente dos livros e artigos apontados nas referências e pesquisa na jurisprudência, para melhor entendimento das diversas teorias que dão cabimento à teoria principal trazida à tona por este artigo, não tendo se restringido essa pesquisa somente ao âmbito pátrio, já que a doutrina internacional muito tem a revelar sobre a análise proposta.

Pretendeu-se, com esse estudo, que a efetivação dos direitos sociais possa ganhar reais e definidos contornos, sobretudo, na prática forense, para que sejam garantidos os direitos dos que procuram o Judiciário em decorrência, principalmente, de sua hipossuficiência. É a noção da importância desses direitos e de sua plena normatividade que possibilitará aos juristas decidir pela aplicabilidade de tais direitos em muitos casos concretos, além de que possibilitará aos cidadãos o conhecimento dos direitos que lhe forem assegurados, para que busquem vê-los materializados, uma vez que não podem findar esquecidos como palavras mortas, especialmente na Constituição Federal.

2 A NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Os conflitos intersubjetivos, inerentes a qualquer sociedade, existem em razão da impossibilidade de satisfazer todas as pretensões individuais ou de uma determinada coletividade. Para dirimir os conflitos, uma evolução lenta e gradual deu-se, tendo a sociedade passado por fases de autotutela, autocomposição e arbitragem. Mas foi com a jurisdição que melhor tentou se alcançar a promoção da paz social, transferindo ao Estado, do modo como se concebe hodiernamente, o poder de decidir sobre as lides. Ressalta-se que as formas anteriores de composição das lides, mesmo que limitadas, ainda existem na fase atual.

Com a jurisdição,

completou-se o ciclo histórico da evolução da chamada justiça privada para a justiça pública: o Estado, já suficientemente

fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses. À atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de jurisdição.¹

A jurisdição, uma das três funções estatais, foi a forma encontrada de institucionalização do poder, uma vez que o Estado, representado pelos juízes (não individualmente considerados), substitui as partes para a solução de um conflito, sendo necessário apenas que as partes provoquem o Estado-juiz para realizar a atividade jurisdicional. A jurisdição, compreendida no seu conceito mais clássico, era a atividade de dizer o direito (*juris dictio*).

Fundamenta-se o exercício da jurisdição em três objetivos, que são oriundos do caráter democrático do Estado contemporâneo: a pacificação (de caráter social), o de fazer valer a imposição da vontade do Estado e de suas decisões (de caráter político) e o de determinar o direito a ser observado (de caráter jurídico).²

O exercício da jurisdição é considerado como uma atividade política, já que, sabidamente, não é neutro o Judiciário. Deve ser imparcial nas decisões, mas nunca esquecendo que os objetivos sociais do Estado não podem ser preteridos.

2.1 Noção clássica

Tradicionalmente, a jurisdição, enquanto atividade do Estado liberal, portanto acima da sociedade, gozava de relativa autonomia, já que não podia intervir na sociedade, mas apenas “[...] garantir o desenvolvimento da ordem natural existente na sociedade. Seria, pois, um Judiciário meramente garantista, simples mantenedor de uma ordem espontânea, que lhe é exterior, uma vez que não proveniente do Estado”³. A jurisdição não era livre para, na solução dos casos concretos, harmonizar quaisquer diferenças evidenciadas, pois devia submeter-se à lei: era a vinculação judicial à lei. “Sua independência e importância eram medidas, agora, pelo grau de obediência devida ao legislador”⁴.

Os juízes buscavam a “neutralidade” para atender à “racionalidade ‘fria’ deste regime político”⁵. Aplicava-se mecanicamente o método da subsunção, em que se utiliza uma premissa maior (norma jurídica) sobre uma premissa menor (o fato) para se alcançar facilmente uma conclusão (decisão jurídica), já que se concebe que a realidade está inteiramente compreendida nos moldes legais. Tal método, desenvolvido pelo positivismo, supunha eliminar do Direito a análise cognitiva dos juízos de valor, os quais estariam fora do campo da ciência.

Não era papel dos juízes também a tentativa de se aproximar dos conflitos sociais nem da defesa da ordem jurídica (principalmente constituída de direitos individuais). As leis representavam somente os interesses da burguesia

e, para atender à igualdade formal, na suposição de uma sociedade homogênea⁶, eram gerais, abstratas, coerentes e dispositivas (só se realizavam na ausência de vontade contrária das partes, tendo caráter substitutivo)⁷.

Na pretensão de amparar de modo exaustivo as expectativas de justiça do cidadão, não atingiu a lei do Estado liberal a tarefa de demarcar racionalmente o âmbito da atividade prudencial⁸ do juiz, tendo convertido-se em “fundamento aleatório de justificação ‘racional’ da arbitrariedade”⁹.

Para o Estado liberal, a idéia de leis abstratas e genéricas significava uma forma de privilegiar a liberdade frente à igualdade. “Cada restrição à liberdade do indivíduo é superior ao poder de todas as leis positivas humanas, e que conseqüentemente também a de ‘procedura’ deve respeitar esse limite”.¹⁰ Era certo que os homens tinham diferenças entre si, mas aquele Estado nada devia fazer para amenizar as desigualdades, somente deixando livres os homens para que encontrassem formas melhores de se equilibrar, restando ao Judiciário declarar o direito de modo subsidiário e nunca preventivamente. O cidadão estava claramente abandonado pelas leis liberais.

2.2 Noção atual

Com o Estado social, a preocupação com as desigualdades teve seu ápice alcançado, o que fez tornar imperiosa a necessidade de atender, desde o processo legislativo, a todos os diferentes grupos sociais. A realidade fática pôde demonstrar que as diferenças materiais entre os homens (incluindo aí as diferenças entre classes sociais e entre aqueles que têm necessidades específicas) tornavam utópica a concepção de uma sociedade de homens livres e iguais em seus direitos e deveres.

Obviamente que, para isso, o confronto entre os grupos (que passaram a se fazer representados no Parlamento) aumentou e as leis passaram a ser o objeto principal das disputas (uma vez que todos os grupos desejavam ver em cada lei o privilégio ao seu próprio grupo, e não a construção que favorecesse a todos, sem esquecer das diferenças materiais existentes). Era o fim do paradigma das leis genéricas, abstratas, coerentes e fruto de uma vontade homogênea do parlamento.

Para evitar as leis casuísticas, pontuais e que privilegiassem um único grupo social e por medo de que as leis se afastassem dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais, o controle de constitucionalidade mostrou-se a melhor opção, cabendo tanto de forma abstrata, por um procedimento específico do órgão máximo do Poder Judiciário, como de forma concreta, no momento de análise das lides. Nessa nova concepção, o juiz pode, inclusive, controlar a inconstitucionalidade por omissão no caso concreto.

Conforme Marinoni, tornou-se “necessário resgatar a substância da lei e, mais do que isso, encontrar os instrumentos capazes de permitir a sua limitação e conformação aos princípios de justiça”¹¹. “A lei, dessa forma, perde o seu posto

de supremacia e agora se subordina à Constituição”.^{12 13 14} E deixa de ser vista como suprema, em razão de ser ainda produto imperfeito e inacabado, já que o produto final é a norma jurídica (produto da interpretação), e não o próprio dispositivo legal.

Obviamente que os juízes ainda recearam diante do que passaria a ser (e foi) a chegada de uma nova forma de jurisdição. Na percepção clara de Faria, nota-se que:

preparado somente para lidar com questões rotineiras e triviais [...] por tratar o sistema jurídico com um rigor lógico-formal tão intenso que inibe os magistrados de adotar soluções fundadas em critérios de racionalidade substantiva, o Judiciário se revela tradicionalmente hesitante diante das situações não-rotineiras, hesitação essa que tende a aumentar à medida que, obrigados a interpretar e aplicar os direitos humanos e sociais estabelecidos pela Constituição, juízes enfrentam o desafio de definir o sentido e o conteúdo das normas programáticas que expressam tais direitos ou de considerar como não-vinculante um dos núcleos centrais do próprio texto constitucional. É aí, justamente, que se percebe como os direitos humanos e sociais, apesar de cantados em prosa e verso pelos defensores dos paradigmas jurídicos de natureza normativista e formalista, nem sempre são tornados efetivos por uma Justiça ineficiente diante dos novos tipos de conflito – principalmente os “conflitos-limite” para a manutenção da integridade social; ou seja, os conflitos de caráter intergrupual, intercomunitário e interclassista; uma Justiça que, revelando-se incapaz de assegurar a efetividade dos direitos humanos e sociais, na prática acaba sendo conivente com sua sistemática violação. É aí que se constata o enorme fosso entre os problemas sócio-econômicos e as leis em vigor.¹⁵

Apesar de todos os problemas fáticos enfrentados, uma vez percebida a essência da nova jurisdição constitucional, a jurisdição preocupada somente com a atuação da lei cedeu lugar à jurisdição que compreende e interpreta a lei partindo dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais.

A partir da derrocada final da jurisdição compreendida classicamente, a função de doutrinadores e juízes, ou seja, de juristas como um todo, deixou de ser a de meros descritores das leis para ser a de compreensores e construtores da lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, concretizando-a. O jurista não deve só “revelar as palavras da lei, mas sim [...] projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais”¹⁶, que clareiam toda a interpretação da ordem jurídica.

Faz-se necessário ressaltar que o magistrado sempre terá que optar pela solução que maior efetividade garantir à Constituição, diante das mais diversas possibilidades de esquemas legais aplicáveis a um mesmo caso. Deve a nova jurisdição constitucional garantir a eficácia inclusive das normas antes chamadas programáticas. “A lei não é mais objeto, porém componente que vai levar à construção de uma nova norma, vista não como texto legal, mas sim como o significado da sua interpretação e, nesse sentido, como um novo ou outro objeto”.¹⁷

Já com a percepção de que é impossível legislar na mesma velocidade da evolução das questões fáticas, passa o juiz a ser aquele que tem “legitimidade para construir novos casos e para reconstruir o significado dos casos já existentes ou simplesmente para atribuir sentido aos casos concretos”¹⁸. Para atribuir sentido, são necessários analisar previamente a lei e conhecer dos fatos sociais para compreender o direito ou para conformá-la.

Com a nova jurisdição,

a força normativa dos direitos fundamentais, ao impor o dimensionamento do produto do legislador, faz com que a Constituição deixe de ser encarada como algo que foi abandonado à maioria parlamentar. A vontade do legislador, agora, está submetida à vontade suprema do povo, ou melhor, à Constituição e aos direitos fundamentais.¹⁹

Partindo dessa compreensão mais holística do que é a jurisdição contemporaneamente, nota-se que lhe cabe dar efeito concreto ao conteúdo substancial de todo o ordenamento jurídico (inclusive das normas sociais), utilizando-se das características do neoconstitucionalismo para alcançar a força normativa da Constituição e dos direitos ali inscritos.

3 A NOVA JURISDIÇÃO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

É papel da nova jurisdição, agora toda ela chamada de constitucional, já que, independentemente da instância, deve preocupar-se com os princípios de justiça e direitos fundamentais positivados na Constituição Federal, buscar meios de fornecer aos cidadãos a concretização de seus direitos, especialmente os sociais.

3.1 Efetivação dos direitos sociais: implementação de políticas públicas

Os direitos sociais, por sua natureza, são direitos a prestações materiais do Estado, que têm como finalidade diminuir as desigualdades sociais. O que os faz serem mitigados é a falta de prestação real dos serviços sociais por parte do Poder Público, ou seja, a falta de implementação de políticas públicas que

satisfaçam as necessidades sociais apresentadas no ordenamento jurídico por meio dos direitos fundamentais de caráter social. Entenda-se por política pública a “conduta da Administração Pública voltada à consecução de programa ou meta previstos em normas constitucionais ou legal, sujeita à avaliação dos resultados alcançados”²⁰, que deve ocorrer de forma sistematizada e abrangente²¹. Para Mancuso, a lei não representa um

“fim em si”, mas a criação de mero instrumento de governo, um começo de obrigações a serem adimplidas, de condutas a serem implementadas, a par das correspondentes responsabilidades administrativas e políticas atribuídas ao Estado e aos seus agentes.²²

As políticas públicas, então, configuram-se como melhor meio para proteger determinados grupos hipossuficientes social e economicamente. Entretanto, as tais políticas “demandam principalmente o *gerenciamento* pelo Estado, podendo sua implementação ser realizada em parcerias com a sociedade civil”²³.

As políticas públicas envolvem dispêndio financeiro permanente, mas “as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais”²⁴ e, sendo as normas de caráter social, a promoção de tais direitos é condição prévia indispensável ao funcionamento do processo de deliberação democrático²⁵.

3.2 O controle da implementação das políticas públicas: papel da nova jurisdição

Cabe ao Poder Público buscar meios para efetivar os dispositivos legais garantidores de direitos sociais, mostrando-se o controle judicial como adequado meio de avaliar se o Estado está cumprindo seu papel, promovendo as políticas públicas, ou não, alegando falta de recursos para a realização dos direitos elencados como fundamentais.

A ineficiência estatal pode ser controlada pela atividade jurisdicional, devendo, inclusive, haver responsabilização dos agentes que agiram de modo a não prestar o serviço social ou se omitiram. Ressalta-se que é diante da inércia do Poder Público que mais claramente se percebe a importância do papel da nova jurisdição para concretizar os direitos sociais.

Sabidamente, não é do Poder Judiciário a tarefa de realizar o planejamento de políticas públicas e dispor sobre recursos, em razão do princípio da Separação dos Poderes. É exatamente por isso que há ainda certa resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público. Por saber da importância do papel da nova jurisdição, a doutrina mais moderna vem caminhando para uma superação desse dogma, afastando-se, cada vez mais, da “auto-restrição do Judiciário”²⁶.

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 [...]. Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. [...]. Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.²⁷

Revisto o conceito de separação de Poderes, que não pode servir como algema para a concretização dos direitos sociais em caso de omissão absoluta por parte dos Poderes que deveriam primariamente efetivá-los, resta ao Judiciário a tarefa de garantir aos cidadãos os direitos sociais e é a prática judiciária que vai alargar o limite estabelecido pelo Princípio da Separação dos Poderes, podendo a criatividade “contribuir para o alargamento do controle judicial e o avanço da concretização da Constituição”²⁸.

A observação do cumprimento das tarefas sociais não está reservada somente ao Governo e à Administração Pública²⁹, mas, por ter seu fundamento em normas garantidas constitucionalmente, pode e deve ser controlada pelos tribunais³⁰. A jurisprudência brasileira vem, paulatinamente, aderindo a esse raciocínio, garantindo ao cidadão a efetivação de seus direitos sociais. Também trazida no informativo 410 do STF, em razão de sua importância, a decisão

clareia a possibilidade de o Judiciário atuar positivamente diante das omissões dos outros poderes em matéria de políticas públicas:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles

incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina.³¹

O mesmo raciocínio é seguido na decisão do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário de n. 393175, publicado no informativo 414 do STF, que revela a necessidade de privilegiar a inviolabilidade do direito à vida e à saúde humanas, frente a interesses financeiros e, portanto, secundários do Estado:

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em

promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, “caput”, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. [...].³²

Percebe-se que, para garantir um direito social previsto na Constituição Federal, impõe-se ao Poder Público o dever de prestação positiva, que necessita de providências que promovam, em plenitude, a satisfação efetiva da disposição constitucional. O mero reconhecimento formal ou a simples positivação dos direitos sociais (“estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e [...] pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica”³³), é insuficiente, sendo imprescindível que o Estado confira real efetividade a tais direitos, permitindo às pessoas, nos casos de imotivado inadimplemento da obrigação estatal, ter acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.³⁴ Ao Poder Judiciário, pela omissão total do Estado, cumpre a tarefa de garantir a concretização desses direitos. Na falta de políticas públicas que apliquem as normas constitucionais, “surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados”³⁵.

O informativo 345 do STF traz decisão a respeito da ADPF de n. 45, indicando na ementa:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS,

ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).³⁶

Mas é na decisão do Ministro Celso de Mello que se vislumbra a possibilidade de efetivação dos direitos sociais por parte da Corte Constitucional, que tem a mais elevada responsabilidade de proteger a Constituição e, ainda mais, garantir a sua concretização, para que não reste esquecida como meras “folhas de papel”. Para o Ministro, a atribuição conferida ao STF de julgar ações que viabilizem a concretização de políticas públicas (como é o caso da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental), no caso de, estando previstas no texto da Carta Magna, terem sido tais políticas públicas descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República,

[...] põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a [...] Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas [...], sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: “DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non

praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. [...] A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. [...].³⁷

○ Ministro, em sua decisão, preocupa-se, ainda, em avaliar o princípio da reserva do possível, esclarecendo que não pode ser esse preceito utilizado de modo a negar o mínimo existencial, urgindo a concretização dos direitos sociais:

[...], notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese

- mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS (“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245-246, 2002, Renovar): “Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem

configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. [...].³⁸

O Poder Público pode ser condenado à prestação de determinado serviço público básico, ou ao pagamento de serviço privado³⁹ (exemplo: reembolso das despesas de atendimento em hospital particular). Aplica-se a condenação do Estado a pagamento de indenização também em casos de sua omissão absoluta, por encontrar-se o cidadão impossibilitado de fruir direito constitucionalmente garantido, o que impõe aos governantes a reflexão acerca dos reais custos de implementação do serviço público omitido.⁴⁰ Os critérios para a atuação do Judiciário necessitam ser obedecidos: a imposição por parte do Judiciário deve ser pontual e precisa ser suficiente para implementar diretamente um direito social em determinado caso concreto.

Nas duas primeiras lides abordadas supra, fica evidente a possibilidade de o Estado ser compelido pelo Poder Judiciário a concretizar direitos sociais, como educação e saúde.

A Justiça Federal cearense vem aderindo também à possibilidade de concretizar direito social em razão de ter se tornado omissa o Poder Público. É o que se infere pela leitura da ementa da decisão da Ação Civil Pública n. 2003.81.00.009206-7:

CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL. DIREITO À SAÚDE. ART. 196 DA CF/88. POSSIBILIDADE E DEVER DE O PODER JUDICIÁRIO CONFERIR MÁXIMA EFETIVIDADE À NORMA CONSTITUCIONAL.

1. A Constituição Federal de 1988 reservou um lugar de destaque para a saúde, tratando-a, de modo inédito no constitucionalismo pátrio, como um verdadeiro direito fundamental social.
2. O cumprimento dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Público pode ser exigido judicialmente, cabendo ao Judiciário, diante da inércia governamental na realização de um dever imposto constitucionalmente, proporcionar as medidas necessárias ao cumprimento do direito fundamental em jogo, com vistas à máxima efetividade da Constituição.
3. Feliz será o dia em que não for mais necessária a intervenção judicial na concretização do direito à saúde. Enquanto esse dia não chegar, esta decisão terá algum sentido.⁴¹

A dogmática a ser adotada também para os casos individuais de ofensa a direito social é a de não restrição dos direitos da cidadania, com a compreensão de que os direitos sociais também fazem parte do núcleo de direitos fundamentais, em consonância com a concepção social do Estado Brasileiro, preconizando a necessidade de atuação estatal para efetivação e concretização dos direitos fundamentais sociais, ultrapassando, definitivamente, o dogma da separação dos poderes.⁴²

A parte mais frágil da relação entre Estado e indivíduo, carente de assistência especialmente no âmbito social, deve ver atendido direito seu, preterindo, então, a falsa alegação do princípio da reserva do possível e arrecadando do erário o recurso necessário.

3.3 A responsabilidade dos juízes pela efetivação dos direitos sociais

Na efetivação dos direitos sociais, o papel extremamente relevante do juiz é o de assegurar o seu reconhecimento e a concretização do significado dos enunciados constitucionais, garantindo, assim, que permaneça legitimado e independente o Poder Judiciário.⁴³ Os juízes devem controlar e exigir “o cumprimento do dever do Estado de intervir ativamente na esfera social”⁴⁴.

Não cabe mais, hodiernamente, um Judiciário que exerça apenas função jurídica, técnica e secundária, devendo exercer, sim, papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, conclamado a participar de modo direto da efetivação dos direitos sociais, dando-lhes real densidade e concretude. O Judiciário (que, em sua nova concepção, assume a tarefa de preservar e efetivar direitos) deve assumir um papel de reavaliador e legitimador das decisões políticas.⁴⁵

Grande, enorme, imensa, gigantesca é a responsabilidade do juiz constitucional – ao atribuir corpo e alma aos princípios, ao dar vida à Constituição: cabe a ele libertar os princípios de sua sina escorpíonica – de sua tendência auto-destrutiva, que

ameaça a prática de injustiça em nome da justiça de que eles (os princípios) pretendem realizar. Cabe ao juiz constitucional estar atento para que, em nome dos princípios constitucionais, mais injustiças não sejam perpetradas.⁴⁶

O juiz, enquanto agente político comprometido com a justiça, portanto não neutro, e por ser co-participante do processo de criação do Direito, deve estar atento às transformações do mundo moderno e próximo delas, para que, ao realizar a construção da norma para o caso concreto por um processo hermenêutico, reflita sobre valores sociais, políticos e econômicos. A sua responsabilidade é a de buscar as soluções justas aos conflitos, almejando a paz social, não se esgotando sua missão a dizer o direito nos autos de cada processo.

Uma vez que as normas têm conteúdo aberto, que necessita ter seu significado construído pela práxis (com a percepção dos valores constitucionais), atribui-se ao Judiciário a responsabilidade de elaborar a norma final aplicável, devendo implementar, por vezes, o conteúdo promocional do Direito contido nas normas constitucionais e nas leis que consagram direitos sociais.

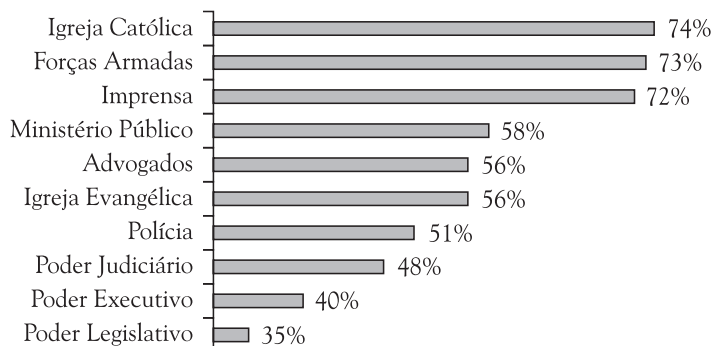
Para conseguir efetivar os direitos sociais, é imperativa a implementação de políticas legislativas e políticas públicas, que requerem investimento significativo de finanças por parte do Poder Executivo, como já se explicitou, mas, além disso, se exige a alteração da função clássica do juiz, que se torna co-responsável

pelos políticas dos outros poderes estatais, tendo que orientar a sua atuação no sentido de possibilitar e fomentar a realização de projetos de mudança social. A orientação das sentenças nesse sentido levaria à politização do exercício da jurisdição, o que constitui uma ruptura com o modelo jurídico subjacente ao positivismo jurídico, que fundamenta a separação do Direito da Política.⁴⁷

Para Faria, a aplicação de um novo tipo de legalidade (a legalidade pensada em termos concretos) acarreta a realização política de determinados valores, afetando, em consequência, a realidade socioeconômica a partir de um projeto relacionado com a implementação do direito social.⁴⁸ O juiz investe-se de uma carga política, que o compele não a criar políticas públicas, mas a impor a execução daquelas já estabelecidas em lei⁴⁹, podendo as sentenças “constituir importantes veículos para canalizar em direção aos poderes políticos as necessidades da agenda pública através de uma ‘semântica’ dos direitos sociais”⁵⁰.

Não agindo o Judiciário dessa forma, sofrerá ele a maior das sanções, qual seja, a social, que impõe a falta de legitimidade para toda sua atuação, uma vez que a sociedade passa a descrer na instituição. Uma pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE), encomendada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, revelou que a população já vem

demonstrando sua falta de confiança no Poder Judiciário. Com relação ao Poder Judiciário, mais da metade dos entrevistados revelou não avaliar positivamente a sua imagem, ficando nítida a falta de credibilidade desse Poder.



Quadro 1 – Avaliação positiva da imagem das instituições brasileiras.

Fonte: IBOPE.⁵¹

Reconhecendo a essencial função da sua atuação positiva frente à efetivação dos direitos sociais, os juízes poderão soltar-se das antigas amarras do sistema de separação absoluta dos poderes, do positivismo jurídico e da falsa característica de neutralidade e passarão a cumprir com o papel de arautos de um tempo de maior equilíbrio nas relações entre hipossuficientes e o Estado, no que se refere aos direitos sociais, até hoje tão difundidos nas Constituições e ordenamentos jurídicos de todo o mundo, mas tão pouco concretizados e aplicados na realidade social.

4 CONCLUSÃO

A substancialização dos direitos sociais é prática esperada a partir da instauração de uma nova jurisdição constitucional. Essa nova jurisdição deve assumir a função de aplicar os direitos sociais, desvinculando-se da preocupação exclusiva com a lei, passando a orientar-se pela necessidade de compreender, interpretar e construir a norma, a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais. Essa é sua tarefa principal, como hipotetizado no início deste artigo, sem a qual continuará obsoleta, revivendo as crises que a tem acometido nos últimos anos na sociedade brasileira.

A nova jurisdição constitucional precisa perceber que pode, por meio de suas decisões, realizar a efetivação dos direitos sociais, seja pela imposição de obrigações ao Poder Público, seja por meio da responsabilização dos agentes que se omitiram diante de casos concretos de necessidade de implementação de tais direitos. A possibilidade de realizar controle sobre as políticas públicas é outro meio que cabe ao Poder Judiciário para viabilizar o cumprimento de seu papel. A responsabilidade dos juízes é extrema, já que eles têm de atuar positivamente frente à construção de normas que concretizem direitos sociais, sob pena de sofrerem uma das piores sanções, a sanção social, que pode fazer toda a sociedade desacreditar na sua função.

Na decisão do caso concreto, urge ao juiz lembrar que, a partir das palavras escritas nos dispositivos legais, e especialmente nos constitucionais, e nos autos de um processo, existem diversas possibilidades de normas, que, uma vez mal elaboradas, fazem os cidadãos permanecerem apáticos e descrentes de qualquer perspectiva de melhora no horizonte, mas se, por outro lado, bem construídas, levam à implementação da justiça, à concretização da vontade de Constituição e, conseqüentemente, à transformação do mundo.

5 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *O órgão jurisdicional e a sua função: estudos sobre a ideologia, aspectos críticos, e o controle do Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 240, p. 83-103, abr.-jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 4 maio 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=84&dataPublicacaoDj=04/05/2004&numProcesso=45&siglaClasse=ADPF&codRecurso=0&tipoJulgamento=MC&codCapitulo=6&numMateria=61&codMateria=2>>. Acesso em: 21 out. 2007a.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 393175/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12 de dezembro de 2006. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 2 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=24&dataPublicacaoDj=02/02/2007&numProcesso=393175&siglaClasse=RE&codRecurso=216&tipoJulgamento=M&codCapitulo=5&numMateria=1&codMateria=3>>. Acesso em: 21 out. 2007b.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 410715/SP. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 22 de novembro de 2005. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 3 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=25&dataPublicacaoDj=03/02/2006&numProcesso=410715&siglaClasse=RE&codRecurso=216&tipoJulgamento=M&codCapitulo=5&numMateria=1&codMateria=3>>. Acesso em: 21 out. 2007c.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

ESTEVES, João Luiz M. *Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007.

IBOPE. Igreja Católica, Forças Armadas e Imprensa são as instituições que têm imagem mais positiva perante a população brasileira. *Ibope*, São Paulo, fev. 2004. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=5&proj=PortalIBOPE&pub=T&db=caldb&comp=Opinião+Pública&docid=ED4E4C8BC714DFA783256EA2006146AD>>. Acesso em: 18 out. 2007.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LIMA, George Marmelstein. Ação civil pública – SUS – Direito à saúde – Contratação de leitos hospitalares. *George Marmelstein – Blogspot*, Fortaleza, ago. 2007. Disponível em: <http://georgemlima.blogspot.com/2007/08/jurisprudenciando_07.html>. Acesso em: 27 set. 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1.

MORAES, Germana de Oliveira. O Juiz Constitucional no Brasil. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 22, p. 25-28, nov./dez. 2003.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. Jurisdição, poder do Estado e acesso à Justiça. *Escritório Online*, Brasília, DF, fev. 2000. Disponível em: <http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=1319&>. Acesso em: 4 set. 2007.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. A atuação criativa do juiz. *Instituto de Direito Comparado e Internacional de Brasília*, Brasília, DF. Disponível em: <<http://idcb.org.br/artigos/dr%20oriana/Aatuacao.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2007.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lênio Luis. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

- ¹ CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 26.
- ² OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. Jurisdição, poder do Estado e acesso à Justiça. *Escritório Online*, Brasília, DF, fev. 2000. Disponível em: <http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=1319&>. Acesso em: 4 set. 2007.
- ³ ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 128.
- ⁴ ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *O órgão jurisdicional e a sua função: estudos sobre a ideologia, aspectos críticos, e o controle do Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 15.
- ⁵ *Ibid*, p. 17.
- ⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1.
- ⁷ ROCHA, *op. cit.*.
- ⁸ Entende-se por atividade prudencial a decisão dos juízes que representa o exercício da competência diretamente deduzida do direito objetivo, sem qualquer apelo à razão prática.
- ⁹ ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 17.
- ¹⁰ MANFREDINI, Giuseppe, 1984 apud MARINONI, *op. cit.*, p. 31.
- ¹¹ MARINONI, *op. cit.*, p. 44.
- ¹² PERLINGIERI, Pietro, 1991 apud MARINONI, *op. cit.*, p. 44.
- ¹³ STÜRNER, 1979 apud MARINONI, *op. cit.*, p. 44.
- ¹⁴ HÄBERLE, Peter, 1972, apud MARINONI, *ibid*, p. 44.
- ¹⁵ FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação da Justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 99, apud TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 88.
- ¹⁶ MARINONI, *op. cit.*, p. 45.
- ¹⁷ FERRAJOLI, Luigi, 2003 apud MARINONI, *op. cit.*, p. 45.
- ¹⁸ MARINONI, *op. cit.*, p. 93.
- ¹⁹ *Ibid*, p. 94.
- ²⁰ MANCUSO, Rodolfo de C. A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 705-751, 2001, apud KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 32.
- ²¹ BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 240, p. 83-103, abr.-jun. 2005.
- ²² MANCUSO, *op. cit.*, p. 731, apud KRELL, *op. cit.*
- ²³ FRISCHEISEN, Luisa C. Fonseca, 2000 apud KRELL, *op. cit.*, p. 34.
- ²⁴ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 91.
- ²⁵ *Ibid*.
- ²⁶ ESTEVES, João Luiz M. *Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007, p. 82.
- ²⁷ KRELL, *op. cit.*, p. 22-23.
- ²⁸ MORO, Sérgio Fernando, 2000 apud KRELL, *op. cit.*, p. 85.

- ²⁹ BERCOVICI, 1999 apud KRELL, op. cit.
- ³⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes, 1998 apud KRELL, op. cit.
- ³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 410715/SP. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 22 de novembro de 2005. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 3 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=25&dataPublicacaoDj=03/02/2006&numProcesso=410715&siglaClasse=RE&codRecurso=216&tipoJulgamento=M&codCapitulo=5&numMateria=1&codMateria=3>>. Acesso em: 21 out. 2007c, grifo nosso.
- ³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 393175/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12 de dezembro de 2006. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 2 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=24&dataPublicacaoDj=02/02/2007&numProcesso=393175&siglaClasse=RE&codRecurso=216&tipoJulgamento=M&codCapitulo=5&numMateria=1&codMateria=3>>. Acesso em: 21 out. 2007b, grifo nosso.
- ³³ SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- ³⁴ BRASIL, 2007b, op. cit.
- ³⁵ STRECK, Lênio Luis. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 55.
- ³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 4 maio 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=84&dataPublicacaoDj=04/05/2004&numProcesso=45&siglaClasse=ADPF&codRecurso=0&tipoJulgamento=MC&codCapitulo=6&numMateria=61&codMateria=2>>. Acesso em: 21 out. 2007a.
- ³⁷ BRASIL, 2007a, op. cit., grifo nosso.
- ³⁸ BRASIL, 2007a, op. cit., grifo nosso.
- ³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ⁴⁰ LOBATO, Anderson Cavalcante, 1999 apud KRELL, op. cit.
- ⁴¹ LIMA, George Marmelstein. Ação civil pública – SUS – Direito à saúde – Contratação de leitos hospitalares. *George Marmelstein – Blogspot*, Fortaleza, ago. 2007. Disponível em: <http://georgemlima.blogspot.com/2007/08/jurisprudenciando_07.html>. Acesso em: 27 set. 2007.
- ⁴² ESTEVES, op. cit.
- ⁴³ GOMES, Luís Flávio, 1997 apud PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. A atuação criativa do juiz. *Instituto de Direito Comparado e Internacional de Brasília*, Brasília, DF. Disponível em: <<http://idcb.org.br/artigos/dr%20oriana/Aatuacao.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2007, p. 4.
- ⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 42.
- ⁴⁵ KRELL, op. cit.
- ⁴⁶ MORAES, Germana de Oliveira. O Juiz Constitucional no Brasil. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 22, p. 25-28, nov./dez. 2003, p. 28.
- ⁴⁷ PINTO, op. cit., p. 9-10.
- ⁴⁸ FARIA, José Eduardo, 1996 apud PINTO, op. cit., p. 10.
- ⁴⁹ MIRRA, Álvaro L. Valery, 1995 apud KRELL, op. cit.
- ⁵⁰ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, 1997 apud KRELL, op. cit., p. 94.
- ⁵¹ “Pesquisa realizada entre 7 e 11 de fevereiro de 2004. Foram feitas 2.000 entrevistas com pessoas de 16 anos ou mais em 145 municípios do país. O intervalo de confiança estimado é de 95% e a margem de erro máxima é de 2,2 pontos percentuais”. IBOPE. Igreja Católica, Forças Armadas e Imprensa são as instituições que têm imagem mais positiva perante a população brasileira. *Ibope*, São Paulo, fev. 2004. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=5&proj=PortalIBOPE&pub=T&db=cald&comp=Opinião+Pública&docid=ED4E4C8BC714DFA783256EA2006146AD>>. Acesso em: 18 out. 2007.

THE NEW CONSTITUTIONAL JURISDICTION: TURNING SOCIAL RIGHTS EFFECTIVE

ABSTRACT

This paper examines the new role of constitutional jurisdiction, which is taking over the role of turning social rights effective, strengthening Law as a whole and making citizens rely more on the Judicial branch, which is the area of the government in charge of protecting the legitimate interests of citizenry. In this sense, the Judiciary is managing to dismiss old feelings common in society related to the perception that judges are incapable of acting on the benefit of the effectiveness of social rights. Nowadays, judges are able to contribute to the effectiveness of social rights either by executing a right or by obliging State do assure a social right. The author also assesses judicial control of the effectiveness of social rights by the means of public policies and the responsibility of judges for rendering social rights effective.

KEYWORDS: New constitutional jurisdiction. Effectiveness of social rights. Execution of public policies. Judicial control. Responsibility of judges.

LA NOUVELLE JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE ET LA MISE EN OEUVRE DES DROITS SOCIAUX

RÉSUMÉ

Cet article fait une étude du nouveau rôle de la juridiction constitutionnelle qui mets en oeuvre les droits sociaux pour que le Droit reprenne un essor, pour que les citoyens puissent confier plus au Pouvoir Judiciaire. Pouvoir responsable d'accueillir leurs réelles prétentions, échappant des anciennes impressions du juge ne pouvant rien faire pour travailler positivement face au manque de concrétisation d'un droit social, soit par l'implémentation du droit ou de l'ordre qui oblige le Pouvoir Public à le faire. On analyse le contrôle judiciaire dans la mise en oeuvre des droits sociaux par l'implémentation de politiques publiques et la responsabilité des juges dans cette mise en oeuvre.

MOTS-CLÉS: Nouvelle juridiction constitutionnelle. Mise en oeuvre des droits sociaux. Implémentation de politiques publiques. Contrôle judiciaire. Responsabilité des juges.