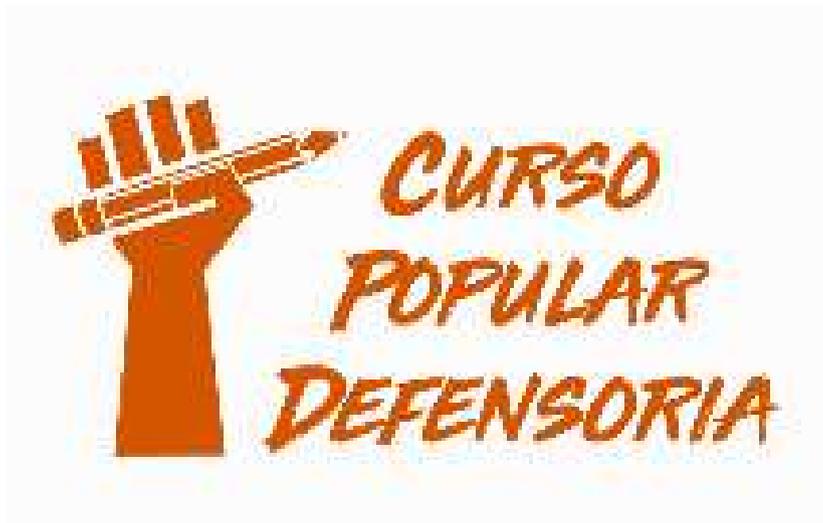


DIREITO CONSTITUCIONAL: Teoria Geral dos Direitos Sociais.



Luís Henrique Linhares Zouein



@lhlzouein

<https://t.me/lhlzouein>

Aspectos teóricos e práticos sobre efetividade e judicialização dos direitos sociais:

- ☒ **Força normativa da Constituição, inclusive das normas tidas como *meramente* programáticas:**
 - “(...) dúvidas não podem mais subsistir quanto à natureza jurídica das normas programáticas. Se a **Constituição é, toda ela, norma jurídica**, todos os direitos nela contemplados têm aplicabilidade direta, vinculando tanto o Judiciário, quanto o Executivo e o Legislativo. Assim, **as normas programáticas, sobretudo as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes de todos os órgãos do Poder.** (...) não pairam mais dúvidas nem subsistem mais questionamentos a respeito do caráter jurídico e, conseqüentemente, vinculante das normas constitucionais programáticas.” (Dirley da Cunha Júnior)

- ☒ **Abertura semântica das normas programáticas.**
 - Não apenas direitos sociais possuem esta estrutura.
 - Ex: liberdade de expressão vs. direito à saúde.
 - Ordem pública para privar o indivíduo de direitos fundamentais.
 - Zonas de certeza vs. zonas de incerteza.

- ☒ **Aplicabilidade direta e imediata dos direitos sociais:**
 - Art. 5º, §1º, da CRFB: “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*”

Aspectos teóricos e práticos sobre efetividade e judicialização dos direitos sociais:



☒ "A orientação doutrinária moderna é no sentido de reconhecer eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, mesmo a grande parte daquelas de caráter sócio-ideológicas, as quais até bem recentemente não passavam de princípios programáticos. Torna-se cada vez mais concreta a outorga dos direitos e garantias sociais das constituições."

☒ DA SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 80.

Aspectos teóricos e práticos sobre efetividade e judicialização dos direitos sociais:

- ✘ **Dimensão subjetiva dos direitos fundamentais e os direitos sociais como direitos subjetivos:**
 - Dimensão objetiva vs. subjetiva dos direitos fundamentais.
 - Direitos sociais como direitos subjetivos.
 - ✘ Ao menos quanto ao mínimo existencial.
 - A literalidade do art. 208, 1º, da CRFB: *“O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.”*
 - Obs: preferência pela tutela coletiva?

- ✘ **Princípio da juridicidade e a possibilidade de controle dos atos administrativos:**
 - Legalidade clássica vs. princípio da juridicidade.
 - Lei em sentido estrito vs. ordem jurídica.
 - Força normativa da Constituição e dos princípios.
 - Constitucionalização do Direito Administrativo.
 - Elementos do ato administrativo.
 - A questão da discricionariedade administrativa e o controle do mérito: motivo e objeto.
 - Superação da dicotomia entre atos administrativos discricionários vs. vinculados.

Aspectos teóricos e práticos sobre efetividade e judicialização dos direitos sociais:

- ✘ **Possibilidade de judicialização dos direitos sociais e a separação de poderes:**
 - Constituição analítica + inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da CRFB).
 - “Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes.” (STJ. 2ª Turma. REsp 1.488.639/SE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 16/12/2014).

- ✘ **Máxima efetividade dos direitos fundamentais.**

- ✘ **A questão dos custos dos direitos.**
 - **Exigência em provas:** *“O conteúdo normativo dos direitos sociais é composto de pretensões a prestações estatais positivas, não lhes correspondendo a função negativa ou de defesa do titular do direito em face da atuação estatal, que é típica dos direitos individuais.” Certo ou errado? ERRADO! MPERS / Banca própria / 2021.*
 - Minha posição: todos os direitos são positivos. Todos os direitos impõem um dever de respeito, proteção e promoção. Todos os direitos possuem custos.

Súmula n. 65 do TJ/SP:

“Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes.”



Aspectos teóricos e práticos sobre efetividade e judicialização dos direitos sociais:

☒ “No contexto constitucional contemporâneo, a controvérsia não gira em torno da possibilidade de adjudicação, mas dos limites a serem observados por órgãos judiciais quando da implementação desses direitos.”

☒ NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 520.



Mínimo existencial:

☒ Conceito de mínimo existencial:

- De acordo com a teoria do mínimo existencial, para que se possa usufruir dos direitos individuais, antes se faz necessária a **garantia de condições materiais básicas de vida digna**, ou seja, um **conjunto essencial de direitos preponderantemente prestacionais a serem implementados e concretizados que possibilitam aos indivíduos uma vida digna**. Percebeu-se que de nada valia reconhecer a liberdade plena aos indivíduos ante a inexistência de garantias mínimas para seu exercício. Em outras palavras: tais condições materiais elementares constituem-se de premissas ao próprio exercício dos demais direitos.

☒ Vida biológica e o mínimo vital vs. vida digna e o mínimo existencial:

- “A garantia do mínimo existencial representa um patamar mínimo para a existência humana, consubstanciando no seu conteúdo as condições materiais mínimas para a concretização do princípio-matriz de todo o sistema jurídico, que é a dignidade da pessoa humana. Para aquém desse limite existencial, a vida (na sua dimensão físico-biológica ou estrita, ou seja, o apenas mínimo vital) pode ainda resistir, mas a existência humana não atingirá os padrões constitucionais exigidos pela dignidade.” (Tiago Fensterseifer)

☒ O rol de Ana Paula de Barcellos:

- a) saúde;
- b) educação;
- c) assistência aos desamparados;
- d) acesso à justiça.
- **E a assistência jurídica?**

- ☒ “Mas, para além dos direitos propriamente “materiais” que integram o seu conteúdo, conforme destacados anteriormente, o acesso à justiça ou mesmo o **direito fundamental à assistência jurídica** titularizado pelas pessoas necessitadas, por sua vez, configura-se como “**elemento instrumental**” do **direito ao mínimo existencial**. Isso porque, em linhas gerais, o conteúdo dos demais direitos que compõem o mínimo existencial resultaria completamente esvaziado sem a possibilidade de as situações concretas de violações ou ameaça de violações a tais direitos serem levadas ao conhecimento do Poder Judiciário.” (Tiago Fensterseifer)

Mínimo existencial vs. reserva do possível:



“A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo poder público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (...) A noção de ‘mínimo existencial’, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.”

(ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, 2ª T, DJE de 15-9-2011.)

Reserva do possível:

- ☒ **Conceito de reserva do possível:** *“limitação fática ou jurídica oponível, ainda que de forma relativa, à realização dos direitos fundamentais, sobretudo os de cunho prestacional.”* (Marcelo Novelino)

- ☒ **1. Disponibilidade fática (ou material).**

- ☒ **Obs: necessidade de demonstração objetiva.**
 - **A posição do STF:** *“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.”* (STF - ADPF: 45 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004)
 - **A posição do TJ/RJ:** *“Cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas Constituição.”* (Súmula n. 241 do TJ/RJ)

- ☒ **2. Disponibilidade jurídica (legalidade orçamentária).**

- ☒ **3. Isonomia e a (in)capacidade de universalização.**
 - Ex: medicamentos de alto custo.

A crítica de Dirley da Cunha Júnior:

✘ Em sua origem, a reserva do possível significava que “o cidadão só poderia exigir do Estado e, por consequência, da sociedade, aquilo que razoavelmente se pudesse esperar; quer dizer, só é possível exigir aquilo que estiver dentro dos limites do razoável (...). Percebe-se que, **na sua origem, a reserva do possível não se relaciona à existência de recursos materiais e financeiros (...)**. Sucede, porém, que no Brasil a teoria da reserva do possível foi mal interpretada e passou a ser utilizada como fundamento econômico e financeiro, associada à insuficiência de recursos públicos, como forma de justificar a omissão do Poder Público no cumprimento de sua obrigação constitucional no sensível campo dos direitos sociais, o que, efetivamente, revela um absurdo.”

✘ JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 691.



Princípio da vedação ao retrocesso:

☒ Conceito:

- Para a doutrina dominante, o princípio da vedação ao retrocesso deve ser entendido como um **limite material implícito** (pois, embora não expresso, decorre do sistema jurídico-constitucional), de forma que os direitos fundamentais já constitucionalmente assegurados e que alcançarem um grau de “densidade normativa adequada” não poderão ser suprimidos por emenda constitucional ou, menos ainda, por legislação infraconstitucional.

☒ Princípio constitucional implícito: DPESC / FCC / 2017.

☒ Princípio da vedação ao retrocesso como limitação ao Poder Constituinte Originário? DIVERGENTE!

☒ Supressão mediante medidas compensatórias.

☒ Dimensão negativa vs. dimensão positiva:

- Manutenção do *status quo* vs. de imposição de avanço social.
- Cuidado! Exigência na DPEBA / FCC / 2021:
 - ☒ O princípio do não retrocesso social se identifica com a ideia de
 - ☒ (...)
 - ☒ D) concretização da dimensão positiva aos direitos sociais.
 - ☒ E) um direito constitucional de resistência. (ALTERNATIVA CORRETA!)

A vedação ao retrocesso é absoluta?



- ✘ “Afirmar que o retrocesso é inadmissível, quando o retrocesso é inevitável em decorrência de crises econômicas, é o mesmo que desproteger as expectativas dos direitos, querendo protegê-las.”
- ✘ MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 961.
- ✘ **A questão do núcleo essencial (DPESC / FCC / 2017).**

Princípio da vedação ao retrocesso:

- ⊠ **Exigência em provas:** P: “A respeito do princípio da proibição de retrocesso, considere”. R: “A sua aplicação está restrita ao âmbito dos direitos sociais, não alcançando outros direitos fundamentais.” Certo ou errado? ERRADO! DPESC / FCC / 2017.

- ⊠ **Aplicabilidade aos direitos de 1ª dimensão:**
 - Ex: “Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido” (art. 4.3 da CADH)

- ⊠ **Aplicabilidade aos direitos de 3ª dimensão:**
 - Proibição do retrocesso socioambiental: STF. Plenário. ADI 4717/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 5/4/2018 - Info 896.

Caso concreto/questão:

Lis e Alexandre são pais de Lucas Sant, de 4 anos, e moradores da cidade de Volta Redonda/RJ. Alexandre jamais deixou de trabalhar como segurança do Black Jack PUB. Lis, por sua vez, abandonou sua atividade laborativa como garçoneiro do Hanamy Sushi Lounge para se dedicar à maternidade. Ocorre que, diante da crise econômica vivida pelo país, Alexandre não é mais capaz de sustentar financeiramente a si, a Lis e a Lucas sozinho. No entanto, Lis não tem com quem deixar o filho do casal sequer para comparecer às entrevistas de emprego. Por isso, busca a Secretaria de Educação do Município para matricular Lucas no ensino infantil, sendo informada de que não há mais vagas na cidade e que Lucas seria incluído em uma “lista de espera”. Após expedição de ofício pela Defensoria Pública, o Município apenas reitera o que já havia sido informado à Lis e acrescenta que, diante das limitações orçamentárias, Volta Redonda não é capaz de, neste momento, ofertar a vaga para Lucas.

Considerando o caso concreto apresentado, responda: você, na qualidade de Defensora ou Defensor Público, o que faria e com que fundamentos? Antecipe eventuais teses defensivas apresentadas pelo ente público.

Esqueleto de resposta:

- Medidas cabíveis: ação pelo procedimento comum ou MS. Pedido liminar e subsidiário de custeio na rede particular.
- Fundamentos normativos: artigos 6º e 205 da CRFB; art. 13 do Protocolo de São Salvador; artigos 13 e 14 do PIDESC; Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e ECA.
- Fundamentos pela efetividade e judicialização do direito à educação:
 - Força normativa de toda a Constituição, em superação do conceito das normas “meramente” programáticas.
 - Aplicabilidade direta e imediata de todos os direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CRFB).
 - Princípio da juridicidade vs. mérito administrativo.
 - Dimensão subjetivas dos direitos fundamentais (art. 208, §1º, da CRFB).
 - Máxima efetividade dos direitos fundamentais.
 - A questão da separação de poderes.
- Principiologia de ECA (ex: absoluta prioridade).
- ATENÇÃO! Direito à creche e à pré-escola como direito trabalhista (art. 7º, inciso XXV, da CRFB).
- Reserva do possível vs. mínimo existencial. Crítica às listas de espera.