

CLARISSA MARQUES BRANDÃO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS:
Normas Constitucionais e sua Eficácia**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Orientadora: Prof.^a Msc. Christine Oliveira
Peter da Silva

BRASÍLIA

2009

CLARISSA MARQUES BRANDÃO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS:
Normas Constitucionais e sua Eficácia**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Orientadora: Prof.^a Msc. Christine Oliveira Peter da Silva

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção____
(_____).

Banca Examinadora:

Integrante: Prof. Dr.

Integrante: Prof. Dr.

Integrante: Prof. Dr.

Dedico o presente trabalho aos meus pais queridos, por quem nutro profundo amor.

Ao meu amado Marcelo, por todo seu companheirismo, generosidade e presença de espírito em todos os momentos que compartilhamos.

Agradeço à minha orientadora Christine pela incansável boa vontade e compreensão que sempre despendeu a todos nós seus alunos, quase sempre receosos no empreendimento do trabalho monográfico.

RESUMO

Relatório Monográfico de Pesquisa no âmbito do direito constitucional, cujo objeto é a temática da eficácia das normas constitucionais sobre direitos fundamentais sociais. O estudo da matéria passa por uma abordagem teórica a respeito das implicações decorrentes da opção por uma Constituição Dirigente, como também pelo estudo da natureza das normas constitucionais e a questão da formação de direitos subjetivos a partir da previsão de direitos sociais na Constituição. A problemática sobre a concretização dos direitos fundamentais sociais envolve questionamentos relacionados às omissões inconstitucionais, à discricionariedade estatal, ao controle jurisdicional das políticas públicas e dos orçamentos estatais. Além disso, diz respeito à reserva do possível e ao mínimo existencial, mormente quanto às circunstâncias de exigibilidade das condições necessárias à implementação desses direitos. Utilizou-se para o desenvolvimento desta monografia a técnica bibliográfica, sendo que o trabalho seguiu a linha dogmático-jurídica. A pesquisa permitiu concluir pela plena eficácia das normas constitucionais de direitos sociais fundamentais, e, conseqüentemente, pela vinculação dos órgãos estatais a essas determinações, competindo ao Poder Judiciário assegurar a observância da Constituição Federal também no campo das políticas públicas sem que isso implique ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Sociais, Eficácia, Constituição Dirigente, Concretização, Direitos Subjetivos, Omissões Inconstitucionais, Reserva do Possível, Mínimo Existencial, Controle Jurisdicional.

SUMÁRIO

RESUMO	5
INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1 – CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E NORMAS PROGRAMÁTICAS	11
1.1 CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE	11
1.1.1 <i>CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E MODELO DE ESTADO</i>	16
1.1.2 <i>SOBREVIVE A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE</i>	20
1.1.3 <i>MEDIAÇÃO DA LEGITIMIDADE DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE PELA LEI</i>	27
1.2 NORMAS PROGRAMÁTICAS	32
1.2.1 <i>DIVERSAS DEFINIÇÕES DE NORMAS PROGRAMÁTICAS</i>	37
1.2.2 <i>NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS E DIREITOS SOCIAIS: CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA</i>	47
1.2.3 <i>O CARÁTER PRINCIPOLÓGICO DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS DE DIREITOS SOCIAIS DO ART. 6º DA CONSTITUIÇÃO</i>	52
CAPÍTULO 2 – DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	56
2.1 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	56
2.2 OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS	62
2.3 A QUESTÃO DOS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS PÚBLICOS SUBJETIVOS	67
CAPÍTULO 3 – EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	72
3.1 A PROBLEMÁTICA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	73
3.1.1 <i>APLICABILIDADE E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS</i>	74
3.1.2 <i>DISCRICIONARIEDADE ESTATAL E OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS</i>	81
3.1.3 <i>CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E DOS ORÇAMENTOS ESTATAIS</i>	87
3.2 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL	93
3.2.1 <i>A RESERVA DO POSSÍVEL</i>	93
3.2.2 <i>MÍNIMO EXISTENCIAL</i>	102
CONCLUSÃO	107
REFERÊNCIAS	110

INTRODUÇÃO

Com o advento do constitucionalismo moderno, a formação do ordenamento jurídico pelas Constituições nacionais e a limitação de poder com fins de garantia, cada vez mais se observa o condicionamento da atuação estatal aos direitos e garantias fundamentais, afastando a opressão pela força e arbítrio por parte dos governantes.

Nesse contexto, faz-se essencial para o fortalecimento desse movimento que as normas constitucionais sejam dotadas de plena eficácia, tanto jurídica quanto social, de modo a maximizar a vontade constitucional, devendo ser rechaçados os comportamentos que desatendam ao texto da Constituição ou que se omitam no cumprimento de seus preceitos.

Devido à importância do tema, o presente trabalho dedica-se ao estudo da eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais sociais. A pesquisa se dará no campo do Direito Constitucional e visará investigar a aptidão e a legitimidade das aludidas normas para ampla produção de efeitos na sociedade e vinculação aos poderes públicos.

Apesar de não constituir novidade, cuida-se de matéria ainda bastante controvertida no cenário jurídico nacional, divergindo-se os estudiosos e aplicadores do direito sobre os efeitos decorrentes dessas normas no plano dos fatos.

Mesmo considerando a opção do constituinte nacional por uma constituição dirigente, consagrada de um Estado Social de Direito, vasta em normas de direitos sociais, ainda assim se observa forte resistência à implementação desses preceitos, seja pelo argumento da inexistência do atributo de eficácia plena, seja com amparo na alegação de insuficiência orçamentária para esses fins.

Com base nisso, tenta-se justificar a inconstitucional omissão dos poderes públicos na concretização dos direitos fundamentais sociais. Olvida-se da obrigatoriedade com que todos se sujeitam às normas constitucionais, como se fosse possível qualquer exercício discricionário entre seu cumprimento ou não.

O debate jurídico se intensifica quando se aborda a questão da possibilidade de formação de direitos subjetivos a partir das normas de direitos sociais. No ponto, muitas vezes, inclusive de autores renomados na doutrina pátria, defendem que os direitos sociais não prescindem da atuação legislativa para produzir efeitos, sem a qual não haveria como reclamar a implementação dessas prestações, na medida em que consagrariam meras expectativas de direito.

Ao lado dessas indagações, há também o problema referente aos orçamentos estatais, quase sempre considerados insuficientes para o atendimento dos direitos prestacionais, não obstante a necessidade real de se assegurar o mínimo existencial para uma vida digna.

A partir dessas premissas, esse estudo tem por objetivo demonstrar a necessidade de se conferir uma interpretação consentânea ao Princípio da Supremacia das

Normas Constitucionais de modo a corroborar a plena eficácia dos direitos fundamentais sociais, não obstante eventual omissão estatal em sua realização.

Por conseguinte, a grande celeuma introduzida neste trabalho está em se responder ao seguinte questionamento: são as normas constitucionais de direitos sociais realmente eficazes? A indagação sobre sua aplicabilidade imediata, independentemente de atuação legislativa, não nos escapará ao estudo conforme se verá adiante.

A investigação ora proposta será direcionada dentro dessas balizas, tendo como importante contribuição os ensinamentos de Canotilho¹, Paulo Bonavides² e Andreas Krell³, dentre outros.

A pesquisa seguirá a linha dogmático-jurídica, utilizando-se, sobretudo, a técnica bibliográfica, sendo que a problemática explicitada será desenvolvida com fundamento principalmente na legislação, mormente dispositivos da Constituição Federal, e doutrina. Como delimitação negativa, não se abordará a jurisprudência relacionada à eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais sociais porque se priorizou o enfoque doutrinário no trato da matéria.

Para se alcançar a meta estabelecida, os estudos terão por início a exploração da temática relacionada à Constituição Dirigente, sua natureza, o contexto histórico em que surgiu, bem como os posicionamentos atuais, nada tranquilos, a respeito

¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas programáticas. 1. reimp. Coimbra: Coimbra, 1994.

² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

³ KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

de sua permanência na atualidade tal como concebida inicialmente. Ainda no mesmo capítulo, discorrer-se-á sobre as normas programáticas, inicialmente apresentando diversas definições apontadas na doutrina, para depois tratar de suas implicações quando relativas a direitos fundamentais sociais.

No capítulo seguinte, a abordagem principal passará pela categorização dos direitos sociais como direitos fundamentais, disso decorrendo a incidência do regramento específico para esse grupo de direitos, no que tange à aplicabilidade imediata, inclusive. Também, será levantado o questionamento referente à formação de direitos subjetivos para a concretização de direitos sociais.

Por último, será introduzida a problemática propriamente dita sobre a concretização dos direitos fundamentais sociais. Nessa parte, para além de comentar a aplicabilidade e efetividade dos direitos sociais, abordar-se-á as conseqüências das omissões inconstitucionais, bem como as limitações relacionadas à discricionariedade estatal no cumprimento das metas constitucionais de direitos sociais. Não bastasse, será trabalhada a possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas e dos orçamentos estatais, considerando-se também a reserva do possível e a garantia do mínimo existencial.

CAPÍTULO 1 – CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E NORMAS PROGRAMÁTICAS

A doutrina de Canotilho sobre Constituição Dirigente, desenvolvida por ocasião da publicação em 1982 de sua obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, tem sido objeto de várias controvérsias. O próprio autor português reformulou suas idéias originariamente concebidas de forma a apresentar caminhos alternativos a uma rígida vinculação das opções políticas e escolhas dos órgãos públicos pelo texto constitucional.

Igualmente relevante o estudo sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, buscando conhecer as manifestações doutrinárias a respeito da aptidão de cada preceito, segundo classificação previamente estabelecida, para a produção de efeitos.

1.1 CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

Ensina Canotilho que os pontos essenciais para uma tentativa de ordenação funcional do estatuto constitucional são: a Constituição é garantia do existente e também programa ou linha de direção para o futuro.⁴

Com efeito, dentre as funções exercidas, a Lei Fundamental constitui normativo da organização estadual, determinando de forma vinculativa competências,

⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*: contributo para a compreensão das normas programáticas. 1. reimp. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 151.

formas e processos do exercício do poder. Correlacionado a isso, desempenha o papel de racionalização e limite dos poderes públicos.⁵

Por outro lado, exterioriza a fundamentação da ordem jurídica na sociedade, haja vista que a lei constitucional proporciona os meios de organização jurídica comunitária. Nesse sentido, busca-se a delimitação da natureza da constituição como ordem fundamental material, a partir do que é possível concluir que a Constituição jurídica é também uma Constituição política, razão pela qual a determinação de fins atribui sentido material à fixação de formas ou processos. Nas palavras de Canotilho:

Não sendo nenhuma organização neutra quanto aos fins, também a organização constitucional só alcançara dignidade material quando superar definitivamente as 'sequelas' de descrédito do Estado de Direito Formal. Ela deve ser uma ordem fundamental material.⁶

Logo, a Constituição mais do que um estatuto confirmante ou garantidor da realidade existente incorpora o esboço de uma via e aspirações desejadas, máxime no campo social, econômico e cultural. Disso defluiu seu caráter programático e, em decorrência disso, coloca a norma constitucional perante seus próprios limites funcionais, na medida de sua dependência à atuação executiva ou concretizadora dos órgãos públicos, podendo levar ao comprometimento do programa constitucional e da própria força normativa da Constituição.⁷

⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas programáticas. 1. reimp. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 151.

⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas programáticas. 1. reimp. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 151-152.

⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas programáticas. 1. reimp. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 153.

Essa linha doutrinária é denominada por Gisele Citadino de constitucionalismo comunitário, cuja finalidade essencial é implementar “justiça distributiva”, donde a interpretação judicial da Constituição é considerada por seus representantes uma ação política, cabendo ao Judiciário uma “ação de inclusão dos excluídos” visando “eliminar as perversas divisões sociais que caracterizam a sociedade brasileira”.⁸

Assim, tendo em vista essa dupla função, de garantia do existente e programa ou linha de direção para o futuro, a Constituição além das normas clássicas de organização, de competências, processo e normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, contém em seu bojo normas consignadoras das tarefas e fins do Estado, princípios e diretrizes jurídico-constitucionais vinculantes da ação estatal.⁹

Com esse olhar, Canotilho formula proposta sobre Constituição no sentido de que muito além de estatuto organizatório ou mero instrumento definidor de competências e regulador de processos, pode a Lei Fundamental constituir um plano normativo-material global do Estado e da Sociedade, não obstante aberto, que prevê

⁸ CITADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2000 apud KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p.68.

⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 55.

tarefas, estabelece programas e define fins,¹⁰ os quais são vinculativos ao poder público e relacionados ao campo econômico, social e cultural.¹¹

Deveras, a noção de Constituição Dirigente leva à idéia de vinculação da política e dos órgãos públicos, pela razão de que abraça em seu texto os objetivos e as diretrizes políticas do Estado, imprimindo-lhes juridicidade e, por conseguinte, judicializando os fenômenos políticos.¹² Nesse sentido, observa-se que a atuação política fica subjugada a limitações e imposições condicionadas por um projeto material vinculante, cuja implementação fica a cargo dos órgãos constitucionalmente previstos.¹³

Presente essa moldura, a atividade política se desenvolve conformada pelo Direito.¹⁴ Consoante afirma Canotilho, “todas as constituições pretendem, implícita ou explicitamente, conformar globalmente o político”.¹⁵ De forma que essa Constituição, tida como “estatuto jurídico do político” e um “plano global normativo do Estado e da Sociedade”, apenas sujeita a política ao comando das normas constitucionais, sem

¹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 12.

¹¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 58.

¹² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 58.

¹³ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.26.

¹⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 58.

¹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 28.

substituí-la,¹⁶ no que consiste a força da ideologia constitucionalmente adotada, com vinculação das políticas públicas ao texto magno.¹⁷

E, para o cumprimento dessa finalidade, há de se considerar o conjunto das coisas e fatos reais existentes em determinado contexto objetivando preservar a qualidade interpretativa do ordenamento jurídico posto. Na linha do que preceitua Gilberto Bercovici, ao cuidar do tema Constituição Dirigente:

Ao debruçarmo-nos sobre a problemática da Constituição dirigente, ou seja, sobre a constituição que define fins e objetivos para o Estado e a sociedade, precisamos fixar-nos ao texto de uma determinada constituição. Isso porque o texto constitucional é o texto que regula uma ordem histórica concreta, e a definição da Constituição só pode ser obtida a partir de sua inserção e função na realidade histórica. Esse é, nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, o ‘conceito de constituição constitucionalmente adequado’.¹⁸

À derradeira, importa lembrar que a Constituição Dirigente, como programa de ação para o futuro e linha de direção política aberta ao tempo, estabelecendo programas, diretivas, tarefas e fins, necessita de intervenção concretizadora.¹⁹ Aqui está lançada a problemática, um dos grandes desafios das Constituições contemporâneas, sobre a conversão da enunciação de princípios na categoria de direitos acionáveis, especialmente quando relacionados aos direitos sociais à educação, à cultura, à previdência e à saúde.²⁰ É a questão da transformação da realidade, onde se opera o

¹⁶ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

¹⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 239.

¹⁸ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

¹⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 59.

²⁰ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.26.

grande confronto entre a matriz programática da Constituição dirigente e, do outro lado, o papel desempenhado pela Constituição-garantia, instrumento de governo.²¹

Impele à reflexão, todavia, na busca de soluções para o enfrentamento do problema, se a observância das normas inseridas em uma Constituição Dirigente pode ficar amplamente condicionada, para fins de sua implementação, à livre vontade política dos órgãos competentes.

No mesmo diapasão, sinaliza-se que alguns dos problemas relacionados à Constituição Dirigente, tais como discricionariedade administrativa, reserva de qualificação do interesse público e inconstitucionalidade por omissão, para além do exame em uma perspectiva de concretização hermenêutica, constituem, fundamentalmente, problema de decisão, na conformidade das competências constitucionalmente definidas, correlacionadas aos institutos da legitimação, responsabilidade e sanção estabelecidos no texto constitucional.²² Sobre o tema, discorreremos mais adiante, com a profundidade necessária à realização deste trabalho.

1.1.1 CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E MODELO DE ESTADO

Sabido que a Constituição é a ordem jurídica global e fundamental do Estado e da Sociedade, importa dizer que nela está assente a opção do constituinte sobre o modelo de Estado adotado, como também as premissas estruturais de determinado

²¹ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

²² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*: contributo para a compreensão das normas programáticas. 1. reimp. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 176-177.

ordenamento.²³ É íntima a relação entre o programa constitucional, o modelo de Estado e os objetivos visados pela sociedade, razão pela qual se conclui que o problema da Constituição Dirigente implica também um problema de teoria do Estado.²⁴

A seu turno, a construção do tipo de Estado há de ser condizente com as plataformas do dirigismo constitucional. Por esse motivo, é de se buscar a estrutura estatal que atenda ao deveres prestacionais do Poder Público, considerando também os deveres de abstenção, tendo em vista a unidade das dimensões dos direitos fundamentais.²⁵

Não há como negar, pois, a influência nas relações de poder decorrentes da transmutação do modelo do Estado dos séculos XVIII e XIX para o modelo do Estado contemporâneo, do Estado Liberal ao Estado Social. Se por um lado a Lei Fundamental de um ordenamento liberal ou garantia limitava a atuação do Estado e suas funções, não autorizando ao poder público interferir no exercício das liberdades, competindo-lhe somente resguardá-las, de outra via a Constituição Dirigente amplia o Estado e as suas

²³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 67.

²⁴ OLIVEIRA, Fábio de. A Constituição dirigente: morte e vida no pensamento do doutor Gomes Canotilho. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 28, p. 195-228, jan./jun. 2005.

²⁵ OLIVEIRA, Fábio de. A Constituição dirigente: morte e vida no pensamento do doutor Gomes Canotilho. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 28, p. 195-228, jan./jun. 2005.

atribuições, passando o poder público a agir de forma ativa no que concerne às prestações exigidas pelo indivíduo.²⁶

O Estado de Direito moderno não mais se concebe como anti-estatal, devendo sim assegurar, positivamente, o aprimoramento da personalidade, com práticas interventivas na vida social, econômica e cultural.²⁷

A constante busca por melhorias sociais e econômicas se verifica sem o sacrifício das garantias jurídico-formais do Estado de direito. Isso porque não se alcança a liberdade sem a existência de solidariedade, devendo a igualdade e progresso sócio-econômicos fundar-se no respeito à legalidade democrática.²⁸ Assim, a base do Estado Social é a igualdade na liberdade e a existência de garantia no exercício dessa liberdade. A igualdade almejada, mais do que a formal, é a material, só que não mais perante a lei, mas, sobretudo, por meio da lei.²⁹

Dessa feita, com a ascensão do Estado social, denominado por alguns de Estado do Bem-Estar Social (o Welfare State) ou Estado providência, com caráter essencialmente intervencionista, que depende da presença decisiva do Poder Público nas relações socioeconômicas, surgem os direitos de crédito e com isso a prática de se exigir do Estado prestações de ordem econômica, social e cultural. Passa-se a falar em direitos

²⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 55.

²⁷ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

²⁸ HELLER, Hermann. Teoria del Estado. México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 229-234 apud BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 376-378.

fundamentais, assumindo o Estado um exercício, para além de garantir as liberdades públicas, de implementação, como dever social, das medidas públicas necessárias à pacificação das demandas sociais.³⁰ Consoante afirma Canotilho:

A força dirigente e determinante dos direitos a prestações (econômicos, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objecto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjectivo: de uma pretensão de omissão dos poderes públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma proibição de omissão (direito a exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos).³¹

A Lei Fundamental, pois, em um modelo de Estado social, estabelece um plano de direcção e transformação das estruturas sociais, concebendo um esboço programático com vistas à concretização de políticas públicas relativas à ordem sócioeconômica.³² Trata-se, pois, de um conjunto de disposições voltadas a determinar o direito dos trabalhadores e a estrutura da economia, consubstanciando o que se denomina de “conteúdo social das constituições”.³³

Tais circunstâncias inauguram uma sociedade em paz com o Estado, que reclama sua intervenção em domínios fundamentais. Não se limita a imprimir conformação social ao *status quo*, despindo-se de qualquer conteúdo social ou econômico, sob a alegação de perda de juridicidade do texto. Ao contrário, propõe-se a

³⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 56.

³¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas programáticas. 1. reimp. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 365.

³² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 56.

³³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 157.

funcionar como instrumento de direção e transformação social, além de assegurar a implementação de políticas públicas.³⁴

Chega-se à ilação, portanto, que o modelo de Estado subjacente à teoria da Constituição Dirigente é o do Estado Social e Democrático de Direito, não o do Estado Mínimo, Abstencionista ou Neoliberal.³⁵ Trata-se, também do mais adequado para a concretização da universalidade dos valores abstratos inerentes às Declarações de Direitos Fundamentais.³⁶

1.1.2 SOBREVIVE A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

No prefácio da 2ª edição do livro *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, que data do ano de 2001, Canotilho impugnando a idéia de que um texto constitucional conforme autoritariamente a sociedade, além da inadequação de servir como fonte jurídica única, parece defender a morte da Constituição Dirigente, revendo posicionamento anterior. Propugna a necessidade de uma nova teoria da constituição considerando a existência de:

[...] outras formas de direcção política que vão desde os modelos regulativos típicos da subsidiariedade, isto é, modelos de autodirecção social estatalmente garantida até aos modelos neocorporativos, passando pelas formas de delegação conducente a regulações descentradas e descentralizadas.³⁷

³⁴ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 33.

³⁵ OLIVEIRA, Fábio de. A Constituição dirigente: morte e vida no pensamento do doutor Gomes Canotilho. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 28, p. 195-228, jan./jun. 2005.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado Social**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 32.

³⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 15, p. 7-17, abr./jun. 1996.

Adiante, assevera:

Mesmo que as constituições continuem a ser simbolicamente a magna carta de identidade nacional, a sua força normativa terá parcialmente de ceder perante novos fenótipos político-organizacionais, e adequar-se, no plano político e no plano normativo, aos esquemas regulativos das novas ‘associações abertas de estados nacionais abertos’.³⁸

Nessa esteira, Canotilho propõe um constitucionalismo moralmente reflexivo, que objetiva, nas condições complexas da pós-modernidade, a utilização de fórmulas que viabilizem completar os anseios da modernidade no lugar da aplicação de um direito autoritariamente dirigente. Sustenta que:

[...] certas formas já apontadas de ‘eficácia reflexiva’ ou de ‘direção indireta’ – subsidiariedade, neocorporativismo, delegação – podem apontar para o desenvolvimento de instrumentos cooperativos que reforçando a eficácia, recuperem as dimensões justas do princípio da responsabilidade apoiando e encorajando a dinâmica da sociedade civil.³⁹

Explica que a “lei dirigente cede lugar ao contrato, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e globalização, mas o ânimo de mudanças aí esta de novo nos ‘quatro contratos globais’”. Tais contratos, na visão de Canotilho, seriam: “para as necessidades globais -- remover as desigualdades”. Também, “o contrato cultural -- tolerância e diálogo de culturas”; além do “contrato democrático – democracia como governo global” e, por fim, o “contrato do planeta Terra – desenvolvimento sustentado”. Arremata, dizendo que:

Se assim for, a constituição dirigente fica ou ficará menos espessa, menos regulativamente autoritária e menos estatizante, mas a mensagem subsistirá, agora enriquecida pela constitucionalização da responsabilidade, isto é, pela

³⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 15, p. 7-17, abr./jun. 1996.

³⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 15, p. 7-17, abr./jun. 1996.

garantia das condições sob as quais podem coexistir as diversas perspectivas de valor, conhecimento e acção.⁴⁰

Na linha desse raciocínio, a Constituição estaria enfraquecida em sua capacidade de ser dirigente, devendo-se limitar a fixar a estrutura e parâmetros do Estado e estabelecer os princípios relevantes para a sociedade. Encampa-se a tese de que o sistema jurídico e político não mais podem ter a pretensão de supremacia e universalidade sobre os outros sistemas sociais, de maneira a regulá-los de modo eficaz. Diversamente, o ordenamento jurídico levaria esses sistemas, com base nos princípios da responsabilidade social e da consciência global, a uma análise sobre os efeitos de suas decisões e atuação, conformando-os a respeitar situações limites, que acaso ultrapassadas todos perderiam.⁴¹

Passou-se a negar, inclusive, a possibilidade da formação de direitos subjetivos com fundamento nos direitos constitucionais sociais, reconhecendo ao legislador ordinário a legitimidade para determinar seu conteúdo concreto, sem vinculação estrita às normas programáticas existentes na Constituição.⁴²

Canotilho rebate a restrição da Lei Fundamental a mero instrumento de governo e contesta a idéia de se entregar à estrutura processual toda a determinação da

⁴⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 15, p. 7-17, abr./jun. 1996.

⁴¹ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

⁴² CANOTILHO, J.J. Gomes. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 15, p. 7-17, abr./jun. 1996.

substância,⁴³ convertendo-se a Constituição em lei da totalidade social, com regulamentação exagerada dos problemas constitucionais.⁴⁴

Nesse confronto entre processo e conteúdo, surge uma pretensão de conciliação da idéia de Constituição com duas exigências fundamentais do estado democrático-constitucional: a) a legitimidade material; b) a abertura constitucional. Enquanto a primeira revela a necessidade de a Constituição transportar os princípios materiais informadores do estado e da sociedade, a segunda traduz a viabilização pelo ordenamento constitucional do embate e luta política dos partidos e das forças políticas visando à concretização dos fins constitucionais.⁴⁵

Retomando à obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Canotilho, em conclusão ao prefácio, assenta o seguinte entendimento:

[...] a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do direito constitucional ao direito internacional e aos direitos supranacionais. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadanias seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da constituição, erguendo-se à categoria de 'linha Maginot' contra invasões agressivas dos direitos fundamentais⁴⁶

E termina por dizer que:

⁴³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 20.

⁴⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1250.

⁴⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1250.

⁴⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. XXIX.

Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas a ‘linha de caminho de ferro’ neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais.⁴⁷

Por sua vez, Eros Grau em resenha ao aludido prefácio, discorreu que “[...] uma teoria da Constituição não deverá jamais funcionar como ‘linha de caminho de ferro’ neutralizadora das análises de cada Constituição, uma a uma, o que nos levará à conclusão de que cumpre formularmos distintas teorias da Constituição”. Prossequindo na mesma linha de raciocínio, enunciou:

É isso: a Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma sociedade em um determinado momento histórico e, como ela é um dinamismo, é contemporânea à realidade. Quem escreveu o texto da Constituição não é o mesmo que o interpreta/aplica, que o concretiza.

Por isso podemos dizer que em verdade não existe a Constituição, do Brasil, de 1988. Pois o que realmente hoje existe, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, está sendo interpretada/aplicada.⁴⁸

A bem da realidade, a nova visão de Canotilho foi motivada pelas mudanças verificadas no constitucionalismo português, principalmente em decorrência do advento da União Européia, diante da qual houve uma flexibilização na soberania dos Estados-membros, afetando, indiretamente, a força normativa da Constituição portuguesa. Contudo, a idéia de Constituição Dirigente permanece, mormente tendo em vista a Constituição brasileira de 1988, que reflete uma realidade sociopolítica muito diferente da existente em Portugal.⁴⁹

⁴⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. XXX.

⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. Resenha do Prefácio da 2ª Edição. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁴⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 61.

Surgiram, porém, férteis debates doutrinários sobre a morte da Constituição Dirigente até que, por iniciativa do curso de Pós-graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná, realizou-se a I Jornada de Estudos sobre a Constituição Dirigente em Canotilho, no ano de 2002, com a participação de consagrados juristas brasileiros, e, por meio de videoconferência, do próprio Canotilho, onde restou esclarecida a nova concepção do constitucionalista português sobre a permanência da Constituição Dirigente.

Naquela oportunidade, Canotilho em resposta à indagação formulada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, afirmou que a Constituição Dirigente não morreu:

Portanto, quando coloca essas questões da ‘morte da constituição dirigente’, o importante é averiguar por que é que se ataca o dirigismo constitucional. Uma coisa é dizer que estes princípios não valem e outra é dizer que, afinal de contas, a Constituição já não serve para nada, já não limita nada. O que se pretende é uma coisa completamente diferente da problematização que vimos efectuando: é escancarar as portas dessas políticas sociais e econômicas a outros esquemas que, muitas vezes, não são transparentes, não são controláveis. Então eu digo que a constituição dirigente não morreu.⁵⁰

Restou confirmada a posição desse jurista sobre o compromisso e a capacidade de a Constituição Dirigente delimitar a liberdade de conformação do legislador, além de vinculá-lo aos objetivos traçados pelo programa constitucional. Na sua ótica, portanto, a programaticidade constitucional persiste, não obstante haver uma transferência do dirigismo constitucional para os tratados. A esse propósito, afirma:

[...] penso que as Constituições nacionais, agrade-nos ou não esta idéia, estão hoje em rede. Em termos de inter-organizatividade, elas vêm ‘conversando’

⁵⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 31. Em resposta de Canotilho ao questionamento feito por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

com outras Constituições e com esquemas organizativos supranacionais, vão desbancando algumas normas, alguns princípios das próprias Constituições nacionais: quem passa a mandar, quem passa a ter poder são os textos internacionais. Mas a directividade programática permanece, transferindo-se para estes.⁵¹

Deve-se ter em mente que a existência de previsão constitucional de tarefas a serem cumpridas pelo Estado não implica defender que a Lei Fundamental esgote a densificação dessas atribuições. Tampouco, significa dizer que tais imposições excluam outros agentes a pretexto de uma monopolização do Poder Público. Ao contrário, visando evitar a possibilidade de uma concepção indiscriminada e inverídica da eficácia jurídica plena dos direitos fundamentais, considerada sua aplicabilidade imediata, bem como a força normativa da Constituição, ressalva-se as hipóteses necessárias de interposição legislativa.⁵²

De se ver, então, que a Constituição Dirigente sobrevive e existirá enquanto for útil e historicamente necessária, sob pena de se sacrificar o futuro dos povos subdesenvolvidos, cuja preocupação com o desenvolvimento e busca de melhores condições está presente no modelo de um Estado social.⁵³ E remetendo a Dworkin, é de se considerar a Constituição Dirigente um trunfo a ser utilizado no discurso jurídico proferido no tocante ao controle judicial das omissões do poder público contra os arrazoados políticos.⁵⁴

⁵¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 15-16. Em resposta de Canotilho ao questionamento feito por Eros Roberto Grau.

⁵² OLIVEIRA, Fábio de. A Constituição dirigente: morte e vida no pensamento do doutor Gomes Canotilho. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 28, p. 195-228, jan./jun. 2005.

⁵³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 39-40. Em resposta de Canotilho à indagação feita por Marçal Justen Filho.

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2001 apud CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática**

Finalmente, conforme elucida Fábio de Oliveira, ao término de sua análise aos textos de Canotilho sobre o tema Constituição Dirigente, pode-se dizer que morreu o constitucionalismo dirigente auto-suficiente para transformar ou revolucionar a sociedade. Da mesma forma, morreu o dirigismo constitucional como sistema unívoco e fechado, do modo como estabelecido pela Constituição portuguesa. A Constituição Dirigente, porém, continua viva como programa de base para a política, vinculando legislador, administrador, judiciário e sociedade.⁵⁵

1.1.3 MEDIAÇÃO DA LEGITIMIDADE DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE PELA LEI

O debate sobre as relações entre a constituição e a lei como instrumento de legitimação da ordem constitucional abrange, resumidamente, o problema da legitimidade da Constituição Dirigente frente à justiça social, considerando fatores como distribuição de bens e direção econômica; a assertiva de que os alicerces, sobre os quais edifica-se a legitimidade de uma ordem constitucional, formam-se pela implementação de tarefas sociais positivas pelos órgãos públicos; e a atuação da lei como instrumento democraticamente legítimo para conformação da questão sócio-econômica.⁵⁶

Presente esse quadro, não há como olvidar que o exercício de certos direitos fundamentais reclama uma prestação jurídica consubstanciada na edição de

constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 65.

⁵⁵ OLIVEIRA, Fábio de. A Constituição dirigente: morte e vida no pensamento do doutor Gomes Canotilho. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 28, p. 195-228, jan./jun. 2005.

⁵⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas programáticas. 1 reimp. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 25-26.

normas punitivas, premiais, de processo ou de organização pelo Estado.⁵⁷ O cumprimento do programa constitucional admite alternativas ou variáveis de decisão política, porque, ainda que normativamente vinculadas, não se resumem à automática concretização das opções constitucionais.⁵⁸ Consoante explica Canotilho:

Desde logo, é apressado afirmar-se, a partir do postulado democrático e do postulado do Estado de Direito, que a ‘actualização’ das imposições constitucionais pressupõe uma reserva total da lei, no sentido de que toda a conformação concretizadora tem de ser uma lei do Parlamento.⁵⁹

A Constituição Dirigente objetiva conferir pautas de direção, sem impedir ou substituir a discussão pública, donde a carga programática não prescinde da densificação levada a efeito por parte das mesmas classes políticas que visa vincular em seus termos. Ao legislador, portanto, compete efetuar um juízo político, de ponderação de motivos, meios e resultados, que somente ele está em condições de realizar em determinadas hipóteses de concretização das imposições constitucionais.⁶⁰ Por essa razão, Canotilho situa o legislador em posição de destaque, comparado ao administrador e, também, ao juiz, pelo que assinala o seguinte:

Na concretização legislativa das imposições constitucionais há sempre um momento de iniciativa e impulso, no qual estão implícitas valorações político-constitucionais, conhecimento de factos, juízos de prognose, considerações de resultados, segurança jurídica e legitimação democrática, que não estão presentes numa simples concretização judicial.⁶¹

⁵⁷ KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p.31.

⁵⁸ OLIVEIRA, Fábio de. A Constituição dirigente: morte e vida no pensamento do doutor Gomes Canotilho. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 28, p. 195-228, jan./jun. 2005.

⁵⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas programáticas. 1. reimp. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 26.

⁶⁰ OLIVEIRA, Fábio de. A Constituição dirigente: morte e vida no pensamento do doutor Gomes Canotilho. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 28, p. 195-228, jan./jun. 2005.

⁶¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas programáticas. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 322.

Todavia, em relação aos direitos fundamentais, incumbe ao legislador potencializar o cumprimento de tais direitos e criar condições que tornem real e efetivo o exercício deles.⁶² Nessa linha de raciocínio, Peter Härbele observa que sem a legislação a Constituição se situa em uma altura ideal de validade estritamente formal, o que, levado às últimas conseqüências, a priva inclusive do caráter de princípio jurídico. Diversamente, por meio da atuação legislativa a Constituição alcança vigência real, permanecendo atualizada em um sentido específico.⁶³

E no tocante à liberdade discricionária outorgada ao legislador, ensina Gilmar Ferreira Mendes:

[...] discricionarieidade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, idéia de liberdade e limitação. Reconhece-se ao legislador o poder de conformação dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas. Veda-se, porém, o excesso de poder, em qualquer de suas formas (Verbot der Ermessensmissbrauchs; Verbot der Ermessensuberschreitung). Por outro lado, o poder discricionário de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar.⁶⁴

Certo é que a discricionarieidade do legislador para atuar está condicionada aos espaços deixados pela Constituição onde há liberdade para a escolha das regras de direito tendo em vista as tendências das relações sociais. A discricionarieidade do legislador, que tem por parâmetro unicamente a legalidade

⁶² BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, p. 56.

⁶³ HÄRBELE, Peter. La Garantia Del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales. Lima: Fondo Editorial de La Pontificia Universidad Católica Del Peru, 1997, p. 432 apud BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, p. 57.

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle da Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 41.

constitucional, é mais ampla do que a do administrador, que fica limitado à Constituição e à lei.⁶⁵

Por outro lado, no exame do problema da legitimidade de concretização das normas dirigentes, há também que se considerar a questão da ordenação positiva de competência. Trata-se de aferir, ao lado da aceção de reserva total da lei, a ocorrência da atuação diligente e oportuna dos órgãos legiferantes para acompanhar o processo de transformação social, com repercussão nas leis disciplinadoras de direitos sociais, econômicos e culturais. Igualmente, há que se ter em conta eventual inércia legislativa, afetando com as omissões o cumprimento das disposições constitucionais, donde as censuras formuladas primeiramente contra esse estado inativo dirigem-se ao legislador. Daí que, resai evidente certa fragilidade da Constituição Dirigente conforme bem coloca Canotilho:

As 'fraquezas' da constituição dirigente (e do direito constitucional) aparecem neste contexto: a directividade normativo-material da lei fundamental pode não ser 'actualizada' ou pode ser mesmo contrariada pelo órgão (ou órgãos) de direcção política que invocam a seu favor a 'legitimidade renovada' do apoio popular. Um 'sistema que gravita sobre si próprio' (SMEND), como é a ordem constitucional, não tem verdadeiramente sanção (a não ser política ou de luta política) para 'vincular e dirigir o legislador'. Com isto suscita-se a questão da força conformadora (directiva e sancionadora) do próprio direito constitucional.⁶⁶

Importa salientar, ainda, que a legislação de reserva, muito embora precursora de mudanças constitucionais, não ocupa o lugar da Constituição, tampouco

⁶⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 185.

⁶⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas programáticas. 1. reimp. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 26-27.

dita seu conteúdo. Contrariamente, acaso se reconhecesse o legislador de reserva como legítimo transformador constitucional, o abuso inevitavelmente ocorreria.⁶⁷

Perceptível que, por um lado, o legislador deve considerar-se materialmente vinculado pelas normas constitucionais, positiva e negativamente; por outro viés, ao legislador é ressalvada a competência para atualizar e concretizar o conteúdo da Constituição. Presente esse paradoxo, formula-se proposta sobre o direito constitucional no sentido de que seja “um direito não dispositivo, pelo que não há âmbito ou liberdade de conformação do legislador contra as normas constitucionais nem discricionariedade na não actuação da lei fundamental”.⁶⁸

Ressalte-se, porém, que o papel do legislador não fica reduzido à simples tarefa de execução, traduzida na determinação de efeitos jurídicos ou escolha de opções a partir da normação prévia exaustiva nas normas constitucionais. Na verdade, “[...] a não disponibilidade constitucional é o próprio fundamento material da liberdade de conformação legislativa”.⁶⁹

À derradeira, a crítica que se faz é que muito embora se reconheça a fundamental importância da participação legislativa na concretização dos programas constitucionais, a verdade é que o problema maior quanto à eficácia social reduzida dos direitos fundamentais sociais não se deve à falta de leis ordinárias, mas à ausência de

⁶⁷ BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, p. 56.

⁶⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 63.

⁶⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 63-64.

atuação do Poder Público na prestação real dos serviços sociais básicos. Há sérios problemas na formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas e no controle dos gastos nos orçamentos dos entes da federação.⁷⁰

À guisa de conclusão, pode-se dizer que em um Estado Social de Direito, a promulgação de uma lei, mais do que um fim em si implica em um mero instrumento de governo, de forma a representar 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”.⁷¹

1.2 NORMAS PROGRAMÁTICAS

O problema central do constitucionalismo contemporâneo reside na determinação do caráter jurídico das normas programáticas e da aplicabilidade dos preceitos inseridos no texto da Constituição.⁷² Até meados do século XX, grande parte dos doutrinadores negava a natureza jurídica das normas programáticas, considerando-as não mais que mero programa de normas jurídicas futuras, com valor puramente político ou ético. Não obstante, a partir sobretudo da Segunda Guerra Mundial, passou a ser incorporada na doutrina constitucional a idéia de que todas as normas constitucionais, aí incluídos os princípios e normas programáticas, possuem dimensão jurídica.⁷³

⁷⁰ KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p.32.

⁷¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação Civil Pública. Lei 7.347/85 – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001, p. 731.

⁷² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 236-237.

⁷³ REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 23-24.

No sentido de proporcionar essa mudança de mentalidade, foi marcante a contribuição de Vezio Crisafulli, cujos escritos foram compilados principalmente na obra *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, de 1952, onde trabalha a noção de natureza verdadeiramente jurídica de todos os preceitos constitucionais. Segue o conceito desenvolvido por esse autor sobre as normas programáticas:

Aquelas normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objeto, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar sem um justificado motivo. Com referência àquelas postas não numa lei qualquer, mas numa Constituição do tipo rígido, qual a vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definindo como programáticas as normas constitucionais mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade. Em suma, um programa político, encampado pelo ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, provido de eficácia prevalente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias: subtraído, portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e de governo e assim obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limite destes.⁷⁴

Na doutrina pátria, Celso Antônio Bandeira de Mello compreende que o regramento constitucional, como um todo, estabelece comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos, razão pela qual quando dispõe sobre a realização da justiça social, mesmo que por normas programáticas, constitui o Estado brasileiro, de forma imperativa, no indeclinável dever jurídico de realizá-la.⁷⁵

A seu turno, Paulo Bonavides ressalta a dificuldade da boa doutrina constitucional na reconstrução do conceito jurídico de Constituição, no reconhecimento

⁷⁴ CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e Le sue Disposizioni di Principio*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952 apud REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 35-36.

⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. **Revista de Direito Social**, Porto Alegre, ano 2, n. 7, p. 137-164, jul./set. 2002.

do valor normativo de todo o texto constitucional, muito embora admita que a melhor corrente no Direito Constitucional contemporâneo parece ser indubitavelmente aquela que em matéria de Constituição rígida, preceitua a eficácia vinculante das normas programáticas. A não ser assim, jamais se poderia proclamar a natureza jurídica da Constituição, resultando disso a quebra de sua unidade normativa.⁷⁶

Por sua vez, Andreas Krell entende que as normas programáticas sobre direitos sociais definem a realização por parte do Estado de determinados fins e tarefas, de modo que “não representam meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem Direito diretamente aplicável”.⁷⁷

Tais considerações refutam as manifestações equivocadas no sentido de que as normas programáticas de uma constituição como a brasileira não são jurídicas. Ao contrário, conforme visto, possuem juridicidade, caráter imperativo, vinculativo e constituem imposição constitucional aos órgãos públicos, estabelecendo-lhes limites à sua autonomia, além de ditar-lhes os comportamentos públicos adequados aos interesses a serem regulados.⁷⁸ Afinal, a programaticidade ausente a juridicidade poderá constituir-se formal e materialmente no maior obstáculo à edificação de um real Estado de Direito.⁷⁹

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 236.

⁷⁷ KRELL, Andrés J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 20.

⁷⁸ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 139.

⁷⁹ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas – ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 73.

Nesse processo, a justiça social atua de forma determinante para a conformação de todas as normas da ordem econômica, somente podendo ser entendidas e operadas em vista desse princípio constitucional, além de constituir uma exigência constitucional para todo exercício de atividade econômica.⁸⁰

De se ver, ainda, que a existência da dicotomia entre as normas formalmente constitucionais e as normas materialmente constitucionais, consideradas as primeiras constitucionais tão-somente por integrarem a Constituição jurídica, enquanto as últimas veiculariam as denominadas questões tipicamente constitucionais, não mais suscita dúvidas quanto à juridicidade de todas as normas inseridas no texto constitucional, as de natureza programática, inclusive. Isso porque, a Constituição, em um todo, é dotada de força normativa, e como tal, representa mais do que simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, notadamente as formas sociais e políticas, imprimindo ordem e conformação à realidade política e social existente.⁸¹

Isso quer dizer que a Constituição reflete mais que as condições presentes de organização social – os fatores reais de poder de Lassale –, expressando também, no Estado contemporâneo, fins a serem alcançados que consubstanciam as normas constitucionais programáticas. Portanto, mais do que retratar apenas o que a sociedade constitui no presente, cuida de evidenciar o que pretende ser.⁸²

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 141-142.

⁸¹ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia Dos Direitos Sociais**: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 241-242, 244.

⁸² SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**: Construindo uma Nova Dogmática Jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 29/37.

E nessa pretensão, há que se buscar a efetividade de todas as normas constitucionais, consubstanciando a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social, por meio da materialização, no campo dos fatos, dos preceitos legais, simbolizando a aproximação máxima possível entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.⁸³

Todavia, para Canotilho certo é que se as exigências de legitimação de uma ordem constitucional historicamente situada apontam para uma conformação ativa dos fatos através da normatividade, igualmente correta a idéia de que uma teoria da constituição constitucionalmente adequada não prescinde da correspondência às modernas exigências promocionais do direito em observância à Constituição como instrumento de direção social. Daí que:

[...] o carácter dinâmico e programático subjacente a uma concepção promocional do direito (pode dizer-se funcional) suscita problemas específicos que uma teoria da constituição deve dissecar, pois eles colocam em jogo a 'força normativa' da constituição-programa.⁸⁴

Dessa forma, há que se considerar que uma constituição que somente estabelece competências e garante liberdades formais, sem qualquer dúvida, alcança mais facilmente o ideal de efetividade imediata. Contrariamente, uma constituição de carácter programático, não obstante conduza à aparência de maior transparência na vinculação dos órgãos públicos, em razão dos traçados de atuação e direção constantes em seu texto, pode encontrar-se em situação delicada, como também controvertida, pela situação de

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 82.

⁸⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas programáticas. 1. reimp. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 154-158.

dependência da vontade dos detentores do poder político para a concretização das disposições constitucionais.⁸⁵

Konrad Hesse, porém, acentua que a amplitude e a indeterminação da Constituição não induz à incapacidade do texto constitucional para dispor sobre a vida do Estado e da sociedade, em razão de que a Constituição não se limita a permitir matérias abertas, estabelecendo vinculativamente aquilo que não pode ficar aberto e indeterminado, dispondo também sobre procedimentos relativos às questões abertas.⁸⁶

Esse o cuidado que se deve ter: o de evitar uma hipertrofia programática, que não resolve por si mesma os problemas de direção social, na medida em que reclama a participação das instâncias políticas na concretização do programa, situando-se a vontade constitucional em relação de dependência dos detentores do poder.⁸⁷

1.2.1 DIVERSAS DEFINIÇÕES DE NORMAS PROGRAMÁTICAS

É rica a literatura jurídica sobre a natureza e eficácia das normas programáticas, destacando-se na doutrina algumas propostas elaboradas por juristas estudiosos do assunto.

⁸⁵ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

⁸⁶ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 18-20 apud BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

⁸⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas programáticas. 1. reimp. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 154.

Luis Roberto Barroso, na classificação das normas constitucionais por ele apresentada, tendo em conta a diversa consistência da posição jurídica dos indivíduos perante os preceitos constitucionais, além da destinação visada pelas normas, considera programáticas as normas cujo objetivo é estabelecer os fins públicos a serem alcançados pelo Estado. Tais normas incorporariam princípios, fins e valores desde logo observáveis ou a serem efetivados progressivamente, conforme as possibilidades do Estado, não gerando tecnicamente direitos subjetivos.⁸⁸

Em relação aos efeitos imediatos, exemplifica os de revogar os atos normativos precedentes que disponham contrariamente com o princípio que consagram as aludidas normas, como também o de gerar um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos editados em momento posterior, se confrontantes às suas disposições.⁸⁹

Nessa linha, o autor reconhece a existência de direito subjetivo frente às normas programáticas em algumas situações, fazendo nascer um direito subjetivo negativo, sendo exemplo a possibilidade de se exigir que o Poder Público se abstenha de praticar medidas que contradigam as determinações dessas normas; de oferecer resistência judicial ao cumprimento de regras ou submissão a condutas que o atinjam se forem contraditórios à dicção do preceptivo constitucional; e para alcançar interpretação e decisão consentâneas à finalidade da norma nos provimentos jurisdicionais.⁹⁰

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 89, 113-118.

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 117.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 117.

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello, adotando como método de classificação as variadas posições jurídicas do administrado frente às normas, no tangente ao maior ou menor exercício das utilidades por elas veiculadas, denomina “normas de posição jurídica menos consistente”, cujas características mais se assemelham à definição usual de normas programáticas, aquelas que expressam em seu texto uma finalidade a ser implementada obrigatoriamente pelo Poder Público. Salaria “nestas hipóteses, a posição jurídica dos administrados é menos consistente que nos casos anteriores, pois não lhes confere fruição alguma nem lhes permite exigir que se lhes dê o desfrute de algo”. O jurista, porém, não exclui a possibilidade das aludidas normas constituírem fontes de direitos subjetivos para o administrado, pelo que qualquer ato de outrem violador da norma será inconstitucional.⁹¹

Em sua classificação das normas constitucionais, Canotilho sistematiza as normas constitucionais em princípios e regras. Firma entendimento no sentido da normatividade dos princípios jurídicos, indicando-os, tal como as regras, como tipos de normas jurídicas. Esse jurista classifica os princípios em: princípios jurídicos fundamentais; princípios jurídicos políticos constitucionalmente conformadores; princípios constitucionais impositivos; e princípios-garantia. As regras, de outro lado, são subdivididas em: jurídico-organizatórias e jurídico-materiais, situando entre as regras jurídico-organizatórias: regras de competência; regras de criação de órgãos (normas orgânicas); e regras de procedimento, e, quanto às regras jurídico-materiais: regras de

⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. **Revista de Direito Social**, Porto Alegre, ano 2, n. 7, p. 137-162, jul./set. 2002.

direitos fundamentais; regras de garantias institucionais; regras determinadoras de fins e tarefas do Estado; e regras constitucionais impositivas.⁹²

Canotilho enquadra as normas programáticas na categoria dos princípios constitucionais impositivos e das regras definidoras de fins e tarefas do Estado. Dessa forma, conclui que as mencionadas normas exsurgem do texto constitucional ora como princípios, ora como regras.⁹³ E, enquanto princípios constitucionais impositivos, caracterizam-se por sua natureza impositiva ao Estado quanto à realização de fins e à execução de tarefas, devendo estar associadas a esses princípios as regras determinadoras de fins e tarefas do Estado.⁹⁴

Prosseguindo, o jurista lusitano salienta que algumas normas delimitadoras de fins ou tarefas estatais estão ligadas à realização e garantia dos direitos dos cidadãos, mormente os relacionados com os direitos econômicos, sociais e culturais, os quais, muitas vezes, são desprovidos da densidade necessária para assegurar seu cumprimento, o que, entretanto, não os destitui de força vinculante.⁹⁵

Para Canotilho, tais normas produzem os efeitos de vincular o legislador de forma permanente à sua realização; vincular todos os órgãos concretizadores, os quais devem adotar as normas como diretivas para a atividade

⁹² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1149-1156.

⁹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1150, 1155-1156.

⁹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1155-1156.

⁹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1156.

desempenhada (legislação, execução e jurisdição); vincular os poderes públicos, como limites materiais negativos, quanto aos atos contrários aos seus preceitos.⁹⁶

Por sua vez, Eros Roberto Grau chama de normas-objetivo, identificando-as como as que estabelecem fins e tarefas do Estado, o que Canotilho denomina de normas programáticas. Categoriza-as como espécies normativas diferenciadas das normas de conduta e de organização, na medida em que nelas são estabelecidas obrigações de resultado e não de meios.⁹⁷

Após salientar que a subdivisão das normas em de conduta e de organização há de ter em vista o seu conteúdo imediato, sob pena de se entender que todas as normas jurídicas, em última análise, estariam voltadas para a delimitação de comportamentos sociais, propõe que as normas jurídicas sejam subdivididas em razão do conteúdo imediato a que visam, donde se teria: a) normas de comportamento, quando o conteúdo imediato for a conduta; b) normas de organização, quando o conteúdo imediato for a organização; e c) normas-objetivo, quando o conteúdo imediato for algum resultado buscado.⁹⁸

O cogitado autor sustenta que as normas programáticas, por estipularem princípios e programas, dizendo respeito à eficácia da norma e não ao seu conteúdo, não fazem parte da classificação que reparte as normas em de conduta, organização e

⁹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1160-1161.

⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 131-138.

⁹⁸ GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 139-140.

objetivo. No entanto, concebe que as normas programáticas podem caracterizar-se como uma destas espécies de normas.⁹⁹

Logo, para Eros Grau a caracterização das normas programáticas está relacionada com a sua eficácia, no lugar de seu conteúdo, o que não impede, de maneira imediata, que tratem de uma conduta, organização ou fim visado.

A classificação elaborada por José Afonso da Silva com base na eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais leva às seguintes categorias: a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; b) normas constitucionais de eficácia contida e de aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; c) normas constitucionais de eficácia limitada e de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida. Estas últimas ainda são subdivididas em declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e declaratórias de princípio programáticos.¹⁰⁰

A partir dessa divisão, será resumido em algumas palavras o que entende esse doutrinador por normas constitucionais de eficácia plena e eficácia contida para depois se adentrar na análise das normas de eficácia limitada, em que se situam as normas programáticas, que é o que nos interessa nesse momento.

⁹⁹ GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 150-151.

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 82-86.

Normas de eficácia plena são aquelas que contenham vedações ou proibições, estabeleçam isenções, imunidades e prerrogativas, não especifiquem órgãos ou autoridades especiais a quem atribuam sua execução, não apontam processos especiais para o seu cumprimento e prescindam da elaboração de leis que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes determine o conteúdo, à razão de que já se encontram suficientemente claras na definição dos interesses visados. Em suma, no entendimento desse constitucionalista, tais normas se caracterizam pela precisão de suas determinações, de modo que se possa saber, exatamente, a conduta imediata correspondente às suas prescrições.¹⁰¹

Por outro lado, as normas de eficácia contida são aquelas que dependam da lei ou de conceitos gerais nela enunciados para a restrição da plenitude de sua eficácia, dispondo sobre os direitos subjetivos delas decorrentes. São de aplicabilidade direta e imediata.¹⁰²

Finalmente, as normas de eficácia limitada, denominadas por José Afonso de normas constitucionais de princípio, subdividem-se em normas constitucionais de princípio institutivo e normas constitucionais definidoras de princípio programático.¹⁰³ Pelas primeiras “[...] o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture

¹⁰¹ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 101.

¹⁰² SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 104.

¹⁰³ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 118.

em definitivo, mediante lei”.¹⁰⁴ Busca o autor estabelecer a diferenciação das citadas normas baseado no fato de que as normas de princípio institutivo apontam para uma legislação futura que lhes preencha a eficácia e lhes dê efetiva aplicação, na estruturação de instituições, órgãos ou entidades, enquanto as normas programáticas possuem conteúdo social e têm em mira a intervenção do Estado na ordem econômica por meio de prestações positivas.¹⁰⁵

Com efeito, as normas programáticas são concebidas por esse estudioso do tema como vinculadas, necessariamente, à regulamentação das relações econômico-sociais, traduzindo elementos sócio-ideológicos da Constituição, na parte em que se encontram os direitos sociais, também indicando os fins e objetivos do Estado mediante a definição de sentido geral da ordem jurídica.¹⁰⁶

Acaba, ainda, por desenvolver, tendo em vista a existência ou não de menção a uma legislação futura, uma subclassificação das normas programáticas segundo os sujeitos mais diretamente vinculados a elas: a) normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, dependentes do legislador e de sua discricionariedade; b) normas programáticas referidas aos poderes públicos, em certa medida abrindo espaço para a discricionariedade da legislação, da administração e da jurisdição, nem sempre dependendo de lei para seu cumprimento; c) normas programáticas dirigidas à ordem

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 126.

¹⁰⁵ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 123-125.

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 138-139.

econômico-social em geral, diante das quais o comportamento contrário aos seus preceitos comporta juízo de inconstitucionalidade.¹⁰⁷

Paulo Bonavides afirma a juridicidade das normas programáticas, muito embora reconheça que sua existência confunde-se entre Direito e Política, o que dificulta sua efetivação.¹⁰⁸ Entende que a programaticidade de tais normas comporta graus de generalidade, de modo a se reconhecer que a norma princípio é programática na acepção lata, na proporção em que implica a observância quanto à ordem de relações a que se refere, e a norma de que se vale o legislador para estabelecer a si mesmo um programa de ação, com respeito ao objeto visado, obrigando-se ao seu cumprimento, tem natureza programática em seu sentido estrito.¹⁰⁹

Salienta, ainda, esse autor a importância na distinção entre as normas programáticas com aquelas que ele denomina de eficácia diferida. Ambas dependeriam de interveniência legislativa ou administrativa ulterior para lograr eficácia plena. A diferença está em que as primeiras pressupõem para sua efetivação da edição de legislação meramente técnica ou instrumental e atingem, de imediato, toda a coletividade indistintamente. No que diz respeito às normas programáticas, estas possuem eficácia

¹⁰⁷ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 147-151.

¹⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 245.

¹⁰⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 247-248.

circunscrita apenas aos órgãos legislativos ou, no máximo, aos órgãos estatais, cumprindo a lei um papel de ordem essencial para a implementação de seus preceitos.¹¹⁰

Por último, a definição de Ingo Wolfgang Sarlet, o qual assevera que as normas programáticas reclamam uma atuação do legislador para que possam gerar seus efeitos regularmente. Acrescenta que possuem baixa densidade normativa para o alcance de plena eficácia, tratando de normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem concretizadas pelo Estado, ou que contêm certas imposições de maior ou menor concretude voltadas ao legislador.¹¹¹

Na ótica desse jurista, as normas programáticas, como também todas as normas de direitos fundamentais, possuem os seguintes efeitos: levam à revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo dessas normas; contêm imposições que vinculam o legislador para além de concretizar os programas, tarefas e fins, também observar os parâmetros estabelecidos nas normas definidoras de direitos fundamentais a prestações; acarretam a inconstitucionalidade dos atos posteriores e contrários aos respectivos comandos; constituem-se em parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; geram algum tipo de posição jurídica, tomando-se esta em um sentido amplo como consagração de um direito subjetivo individual a certa prestação por parte do Estado; impedem o retrocesso social quanto às concretizações,

¹¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 251-252.

¹¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 309.

assegurando a determinado direito social prestacional implementado a transformação em um típico direito de defesa.¹¹²

Bem vistas as coisas, entende-se defensável, não obstante contrária a significativa parcela da doutrina, que as normas programáticas possuem juridicidade a ponto de conferir direitos subjetivos individuais perante o Estado, quando abusivo seu descumprimento. Nessa ordem de idéias e diante do caso concreto, impende sejam apreciadas as razões da mora estatal e, por conseguinte, estabelecido um juízo de razoabilidade entre os lados confrontados para compreensão dos limites fáticos, jurídicos e econômicos envolvidos. Essa parte será melhor trabalhada nos próximos capítulos deste estudo.

1.2.2 NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS E DIREITOS SOCIAIS: CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA

Foi com a afirmação do constitucionalismo social no século XX que se presenciou a incorporação nas novas Constituições das normas consagradoras de direitos sociais, assim como se deu com as normas programáticas. Pode-se dizer, então, que a afirmação dos fins do Estado na Lei Fundamental, por meio das normas programáticas, ocorreu paralelamente à positivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, para além dos direitos individuais clássicos.¹¹³

A proximidade entre essas duas classes de normas constitucionais – as programáticas e as definidoras de direitos sociais – vai além do momento histórico em

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 312-317.

¹¹³ REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 44-45.

que surgiram nos textos constitucionais para abranger também índole e desiderato parecidos. Isso porque, tais normas têm em comum a função de conformar a ordem econômica e social vigentes a certos postulados de justiça social e realização espiritual com o objetivo de alcançar a proteção dos indivíduos das desigualdades de cunho econômico e a melhoria das condições de vida.¹¹⁴

Dessa forma, as normas programáticas de direito social introduziram nos textos constitucionais programas a serem desenvolvidos pelo Estado consentâneos aos objetivos por ele perseguidos. Assim, falar em norma programática implica, necessariamente, falar de normas de direito social, abrangendo essa expressão também os direitos econômicos e culturais.¹¹⁵

Por possuírem essas características em comum, há na doutrina grande confusão entre as normas programáticas e as normas definidoras de direitos sociais, quanto a estas principalmente as que dependem de integração infraconstitucional. Isso ocorre também porque os dispositivos da Constituição que tratam da parte social são os que mais se revestem de caráter programático, dando margem então a maiores dificuldades e dúvidas de interpretação.¹¹⁶

Entretanto, não se concebe como de igual significado norma programática e norma de direito social. Aquela diz respeito ao plano da eficácia,

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 114.

¹¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 138-139.

¹¹⁶ REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 45.

enquanto esta ao conteúdo da norma, sendo de se reconhecer a predominância com que se deu a inserção de normas de direito social nas Constituições sob a forma programática.¹¹⁷ Disso, se extrai a problemática quanto a uma provável inflação constitucional de normas programáticas sobre direitos sociais, o que pode levar a um enfraquecimento da força normativa da Constituição.

É que a descomprometida previsão de normas programáticas de direitos sociais no texto constitucional produz o risco de que promessas constitucionais exageradas veiculadas como Direitos Fundamentais Sociais, cujos preceitos são desprovidos de real possibilidade de implementação, possam levar a uma frustração constitucional, e, conseqüentemente, a um descrédito da Constituição, abalando a confiança dos cidadãos na ordem jurídica como um todo.¹¹⁸

Tem-se como exemplo a Constituição de 1988, que repleta de normas divorciadas do processo político dinâmico, poderia ser considerada Constituição nominal.¹¹⁹ Tal categoria integrante da conhecida classificação de Lowenstein, conjuntamente à Constituição normativa e à Constituição semântica, pressupõe que promessas exageradas em normas constitucionais de cunho social representam, principalmente, um estímulo aos detentores do poder para sua implementação, ao passo

¹¹⁷ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia Dos Direitos Sociais**: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 247-248.

¹¹⁸ SARAIVA, Paulo Lopo. **Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 61-72.

¹¹⁹ KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p.27.

em que constituem fonte de esperança para os formalmente agraciados com suas disposições.¹²⁰

Com essa inserção exorbitante de normas programáticas na Constituição é que se mostra mais acentuada a natureza simbólica da linguagem constitucional. Assim, surge a legislação simbólica como a produção de textos que não servem à finalidade de caráter especificamente normativo-jurídico, onde se observa a predominância do seu significado político-ideológico em detrimento do seu aparente sentido normativo. Constata-se, assim, uma hipertrofia da função simbólica da lei em contradição com sua concretização normativa.¹²¹

De se ver, portanto, que a idéia básica que orienta a noção de constitucionalização simbólica reside na ausência de concretização normativa do texto constitucional de forma generalizada, representando um modelo jurídico-normativo cuja realização somente seria possível sob condições sociais diversas.¹²²

Não obstante, há quem sustente que o desarranjo entre a vontade jurídico-constitucional e as condições sócio-econômicas existentes pode ser superado

¹²⁰ LOEWENSTEIN, Karl. *Verfassungslehre*. Tübingen: Verlag J. C. Mohr, 3. Aufl., 1975 apud KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p.27.

¹²¹ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 221-222.

¹²² PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 224-226.

com a evolução do tempo, mediante processo de desenvolvimento da ordem social, política e econômica.¹²³

De outro lado, Marcelo Neves sustenta que a existência de muitas normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, desprovidas de condições mínimas de serem efetivadas, funciona como aparato do Estado na busca de uma imagem positiva no sentido de corresponder normativamente aos problemas reais da sociedade. Na verdade, constitui forma de manipulação ou de ilusão que resguarda o sistema político em relação a outras possibilidades. Razão pela qual entende que:

[...] embora constituintes, legisladores e governantes em geral não possam, através do discurso constitucionalista, encobrir a realidade social totalmente contrária ao welfare state previsto no texto da Constituição, invocam na retórica política os respectivos princípios e fins programáticos, encenando o envolvimento e interesse do Estado na sua consecução. A constituição simbólica está, portanto, estreitamente associada à presença excessiva de disposições pseudoprogramáticas no texto constitucional. Dela não resulta normatividade programático-finalística, antes constitui um alibi para os agentes políticos. Os dispositivos pseudoprogramáticos só constituem 'letra morta' num sentido exclusivamente normativo-jurídico, sendo relevantes na dimensão político-ideológica do discurso constitucionalista-social.¹²⁴

Todavia, consoante pensa Peter Häberle, não há como negar o importante papel desempenhado pelas normas que veiculam os Direitos Sociais na Constituição, paralelamente à sua função jurídico-normativa, de possuir uma finalidade sugestiva, apelativa, educativa e, principalmente, conscientizadora.¹²⁵

¹²³ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 64-65.

¹²⁴ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 37, 104.

¹²⁵ HÄRBELE, Peter. In: Staatszielbestimmungen – Gesetzgebungsaufträge: Bericht der Sachverständigenkommission. Bonn: Deutscher Bundestag, 1983 apud KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p.28.

Não bastasse, tais normas conferem sustentáculo à atuação dos integrantes da sociedade civil organizada na reivindicação desses direitos perante o Poder Público,¹²⁶ além de funcionarem como pauta de valores para movimentos que desejam sua aplicação e cumprimento.

1.2.3 O CARÁTER PRINCIPOLÓGICO DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS DE DIREITOS SOCIAIS DO ART. 6º DA CONSTITUIÇÃO

Conforme sustenta Paulo Bonavides a norma princípio seria programática em sua noção lata a partir da concepção de um princípio geral que inspire a adoção de uma linha de desenvolvimento da ordenação jurídica quanto à ordem de relações de que trata o princípio.¹²⁷ Na mesma direção o entendimento de Regina Maria Macedo Nery Ferrari, que atribui natureza programática, dentro de uma acepção genérica, a toda norma básica que atue como fundamento a uma ou mais normas particulares subordinadas. Daí que, os princípios têm uma eficácia programática na medida em que determinam uma seqüência de atuação do ordenamento jurídico. Ao revés, todo programa pressupõe assumir uma referência como princípio de ação.¹²⁸

Igualmente, a orientação de Crisafulli, conforme lembrado por Regina Maria de Andrade Nery:

[...] dentro de uma concepção genérica, toda a norma que sirva de fundamento a uma ou demais normas é, também, programática em uma acepção lata, pois que a adoção de um princípio geral implica assumir uma determinada linha de desenvolvimento do ordenamento jurídico e que, por ser vinculado por norma

¹²⁶ KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p.28.

¹²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 247-248.

¹²⁸ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 178, 215.

constitucional, prevalece sobre as normas ordinárias, tendo também eficácia interpretativa, posto que ninguém pode contradizê-la.¹²⁹

Já as normas do artigo 6º da Constituição Federal são programáticas em sentido estrito. Isso porque possuem estruturas abertas que não prescindem da intervenção estatal para imprimir-lhes eficácia.¹³⁰

Por outro lado, tem-se que normas como as dos artigos 193, 4º, 170 e incisos, caracterizam-se como programáticas em sentido lato porque não dependem, necessariamente, da mediação do Estado para produzir plenamente seus efeitos, apesar da observância pelos órgãos estatais das pautas nessas normas estabelecidas, quando de sua atuação.¹³¹

A interferência do poder público, então, até se justifica quando se trata de normas programáticas em sentido lato. Entretanto, tem-se em mira o desenvolvimento dos princípios de que cuida mediante a formulação de regras deles decorrentes. Diversamente, as normas programáticas, em seu significado estrito, implicam uma intervenção obrigatória estatal, não obstante sua omissão não constitua óbice, muitas vezes, à concretização da garantia nela enunciada.¹³²

Inegável a natureza de princípio das normas de direitos sociais do artigo 6º da Constituição, haja vista que ao estabelecerem bens jurídicos a serem resguardados,

¹²⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 191.

¹³⁰ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia Dos Direitos Sociais**: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 332.

¹³¹ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia Dos Direitos Sociais**: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 333.

¹³² MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia Dos Direitos Sociais**: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 333.

embora não disponham sobre as condutas adequadas para sua realização, proclamam um estado ideal de coisas a atingir. Exemplo disso o direito social à saúde instituído no artigo 6º, que representa a enunciação de um fim a ser atingido, sem que exista a descrição das condutas necessárias e suficientes à implementação desse direito,¹³³ cabendo ao Estado estabelecer os meios suficientes ao cumprimento do dever de assegurar a tutela do bem jurídico previsto.

Outrossim, em razão do caráter principiológico, as normas programáticas possuem eficácia interpretativa no ordenamento jurídico. Os fins por elas proclamados devem ser observados tanto na fixação dos programas quanto para a interpretação das demais normas jurídicas existentes.¹³⁴ Funcionam, ainda, como verdadeiros mandados de otimização, pois visam o alcance de um fim, na maior extensão possível tendo em vista as possibilidades jurídicas e fáticas existentes.¹³⁵

Por serem infinitas as possibilidades de comportamentos aptos a atingir a finalidade das normas programáticas como as do artigo 6º da Constituição de 1988, não se pode concluir, de forma definitiva, pela ampla eficácia delas. Tampouco seria viável especificar-lhes o conteúdo, de modo a abranger todas as prestações possíveis, para o implemento de direitos como educação, saúde, trabalho e moradia, dentre outros.¹³⁶

¹³³ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia Dos Direitos Sociais**: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 333.

¹³⁴ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia Dos Direitos Sociais**: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 335.

¹³⁵ REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 115.

¹³⁶ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia Dos Direitos Sociais**: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 335-336.

José Carlos Vasconcelos dos Reis, na linha do pensamento de Ronald Dworkin sobre as *policies*, que seriam políticas públicas ou diretrizes, entende que as normas programáticas revelariam uma aproximação entre as *policies* e os princípios na medida em que estes juridicizam a necessidade da instituição daquelas. Sustenta, então, que as normas programáticas constituem *policies* adotadas pelo ordenamento jurídico, revestindo-se assim de natureza e função jurídica. Caso inexistissem positivados na Constituição, os objetivos visados nas normas programáticas seriam apenas políticas públicas, na linha do que apregoa Dworkin, incapazes de embasar decisões judiciais, pela razão de que não conferem sustentáculo jurídico a tais decisões.¹³⁷

¹³⁷ REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 121. O autor faz referência à obra de Ronald Dworkin *Los Derechos en serio*.

CAPÍTULO 2 – DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A análise da eficácia dos direitos sociais passa necessariamente pela categorização das respectivas normas como direitos fundamentais, ocupando uma posição de destaque no texto constitucional, incidindo em tratamento diferenciado, de maior valia, no que tange à sua aplicabilidade, inclusive.

2.1 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, no decorrer da história, sofreram diversas transformações, tanto no que se refere ao seu conteúdo quanto em relação à sua titularidade, eficácia e efetivação. Nesse contexto, passou-se a cogitar da existência de gerações de direitos fundamentais, consagrando-se, primeiramente, a existência de três gerações ou dimensões. Elas revelam a seqüência cronológica do reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, os quais são proclamados gradualmente na proporção das carências do ser humano, que aparecem com a mudança das condições sociais, permanentemente em evolução.¹³⁸

No presente trabalho, perfilhar-se-á opção pelo termo dimensões, no lugar de gerações, seguindo orientação proposta por Ingo Sarlet, o qual justifica a escolha com fundamento na existência de críticas direcionadas à segunda denominação, em razão de sua impropriedade terminológica. Isso porque dá a entender pela substituição gradativa de uma geração de direitos por outra, ao longo do tempo, quando o que ocorre,

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 54.

na verdade, é o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais, encontrando-se em contínuo processo de expansão, cumulação e fortalecimento.¹³⁹ Além disso, tem por consequência fundamental a irreversibilidade ou irrevogabilidade dos direitos reconhecidos.¹⁴⁰

Pode-se dizer, pois, que as dimensões dos direitos fundamentais encontram-se em constante processo de transformação, terminando por ocasionar a recepção, na matéria constitucional interna e no âmbito do Direito Internacional, de diferenciadas posições jurídicas, que seguem adaptando os respectivos conteúdos às modificações ocorridas nas esferas social, política, cultural e econômica no decorrer dos tempos. Posta a questão nesses termos, observa-se o caráter cumulativo do processo evolutivo desses direitos, bem como a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, alcançando, ainda, unidade e indivisibilidade no quadro do direito constitucional de um País e, também, na estrutura do moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos.¹⁴¹

Os direitos fundamentais da primeira dimensão revelam o pensamento liberal-burguês do século XVIII, de cunho eminentemente individualista, donde encampam direitos do indivíduo frente ao Estado, de natureza civil e política, limitando o poder de intervenção dos órgãos públicos na autonomia individual. Caracterizam-se, então, como direitos de defesa, de natureza negativa, uma vez que visam assegurar uma

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 54.

¹⁴⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 196.

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 55.

abstenção e não uma conduta positiva por parte dos entes públicos.¹⁴² São, enfim, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.¹⁴³ O reconhecimento desses direitos se dá por ocasião da origem do constitucionalismo moderno, cujas reivindicações englobavam postulados como separação dos poderes e direitos individuais, inseridos em textos constitucionais.¹⁴⁴

Nessa categoria de direitos fundamentais, enquadram-se os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Posteriormente, são complementados por outras liberdades, incluindo as chamadas liberdades de expressão coletiva, tais como as liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, além dos denominados direitos de participação política, dos quais se destaca o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva. Também, integra esse grupo o direito de igualdade, concebido como igualdade formal, e as garantias processuais do devido processo legal, habeas corpus, direito de petição.¹⁴⁵

Importa salientar que a distinção entre os direitos de primeira e os da segunda geração é meramente gradual, jamais substancial, levando-se em conta que muitos dos direitos fundamentais clássicos foram reinterpretados e considerados sociais,

¹⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 56-57.

¹⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 564.

¹⁴⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 196-197.

¹⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 55-56.

enquadrando-se em uma nova dimensão.¹⁴⁶ Não bastasse, os próprios direitos denominados de primeira geração, no Estado moderno, cada vez mais reclamam atuação dos poderes públicos para a concretização de prestações materiais, sem os quais o indivíduo sofre sérias ameaças de sua liberdade.¹⁴⁷

Somando-se aos direitos de primeira dimensão, nasceram os direitos de segunda dimensão, os quais dizem respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais. A quadra então vivida era de sujeição ao impacto da industrialização, e com ela graves problemas sociais e econômicos, tudo a reclamar um comportamento ativo do Estado na concretização da justiça social. A atuação dos poderes públicos passa a ter contornos positivos, assegurando ao indivíduo direitos a prestações sociais, como saúde, trabalho, educação, etc., em suma, o gozo de liberdades materiais concretas. Mais do que a igualdade formal, busca-se a igualdade material.¹⁴⁸

Nesse grupo de direitos, inclui-se não somente direitos de cunho positivo, como também os que revelam as liberdades sociais, de que são exemplos a liberdade de sindicalização e o direito de greve, além da observância dos direitos fundamentais dos trabalhadores, tais como o direito às férias e ao repouso semanal remunerado, à garantia de um salário mínimo, à limitação da jornada de trabalho, entre

¹⁴⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 196-197.

¹⁴⁷ KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p.47.

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 57.

outros. Contudo, é de lembrar que os aludidos direitos dizem respeito à pessoa como indivíduo, não se confundindo com os direitos coletivos e difusos de terceira dimensão.¹⁴⁹

São denominados direitos de igualdade, distinguindo-os dos direitos de primeira geração, denominados direitos de liberdade. Na lição de Loewenstein, ao passo em que no Estado liberal os direitos de liberdade eram exercidos contra o Estado, no Estado social os direitos de igualdade são usufruídos ante o Estado.¹⁵⁰

São vistos, ainda, como instrumentos de viabilização das próprias liberdades públicas, cujo gozo não dispensa o direito de acesso aos meios de existência.¹⁵¹ Daí porque as diversas dimensões de direitos fundamentais não podem ser examinadas de forma isolada, considerando-se que a certeza e eficácia de umas depende da certeza e eficácia das demais.¹⁵²

Os direitos de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, são titularizados por grupo de pessoas, protegendo-se a coletividade, ainda que indefinida e indeterminável. Integram essa categoria o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio-ambiente e qualidade de vida, à

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 57.

¹⁵⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 57.

¹⁵¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 197.

¹⁵² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Constitucionalismo Contemporâneo e a Instrumentalização para a Eficácia dos Direitos Fundamentais. **Revista CEJ**, n. 3, p. 76-91, set./dez. 1997.

comunicação e à conservação e adequada utilização do patrimônio histórico e cultural.¹⁵³

Encerram poderes cuja titularidade é coletiva ou difusa destinados de forma genérica a todas as formações sociais.¹⁵⁴

Grande parte desses direitos fundamentais ainda não está positivada, estando, todavia, em fase de consolidação no âmbito do direito internacional, conforme se vê no número de tratados celebrados e outros documentos transnacionais nesta seara.¹⁵⁵

Por fim, há tendência em reconhecer a existência de direitos fundamentais de quarta dimensão. No direito nacional, tal corrente é preconizada por Paulo Bonavides que a sustenta como resultado da globalização dos direitos fundamentais, universalizando-os no plano institucional, em correspondência à última etapa de institucionalização do Estado Social. Essa dimensão seria composta pelos direitos à democracia direta, à informação, assim também pelo direito ao pluralismo, constituindo a base de legitimação de uma possível globalização política e para a concretização da sociedade aberta ao futuro, em uma perspectiva de máxima universalidade, para a qual o mundo está a inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.¹⁵⁶

¹⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 58.

¹⁵⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 211.

¹⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 59.

¹⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 571-572.

Essa dimensão não obteve, ainda, o reconhecimento no direito positivo interno e internacional.¹⁵⁷

2.2 OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Passada a revolução industrial do século XIX, os direitos sociais, já no século XX, tiveram previsão constitucional, remontando às Constituições do México (1917), da República Alemã (1919) e também do Brasil (1934). De início, possuíam eficácia duvidosa, caracterizando-se pela baixa normatividade.¹⁵⁸ Entretanto, tais direitos passaram com o tempo a serem dotados de maior eficácia.

Caracterizam-se os direitos fundamentais sociais por serem exercidos através do Estado visando à consecução de prestações materiais, prevalecendo os interesses coletivos antes que aos individuais. Ao Estado compete, mediante a edição de leis, atos administrativos e por meio do desenvolvimento necessário de instalações de serviços públicos, a definição, execução e implementação das chamadas políticas sociais que propiciem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.¹⁵⁹

A intervenção estatal tem por intuito neutralizar as distorções econômicas geradas na sociedade, assegurando direitos relacionados à segurança social,

¹⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 60.

¹⁵⁸ KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 19.

¹⁵⁹ KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 19.

ao trabalho, ao salário digno, à liberdade sindical, à participação no lucro das empresas, à educação, ao acesso à cultura, dentre outros.¹⁶⁰

Presente essa moldura, não se pode prescindir da afirmação da fundamentalidade desses direitos no sistema jurídico pátrio, que vai ao encontro do fortalecimento dos efeitos decorrentes das normas constitucionais sobre direitos sociais. Tal caráter lhes garante uma especial dignidade no ordenamento jurídico nos aspectos formal e material.¹⁶¹

A fundamentalidade formal dos direitos sociais resulta da constitucionalização dos direitos, mediante sua inserção no corpo constitucional, apresentado as seguintes características: a) as normas de direito fundamental possuem superior hierarquia comparadas às demais normas do ordenamento jurídico; b) submetem-se aos limites formais e materiais de emenda constitucional, conforme previsto na Constituição Federal.¹⁶²

Por sua vez, a fundamentalidade material reside na relação existente entre os direitos fundamentais e o núcleo de valores que informa a Lei Fundamental, notadamente os princípios relacionados no Título I, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais, sob o ângulo material, representam as

¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas** – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 97.

¹⁶¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 498.

¹⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 88-89.

decisões axiológicas fundamentais adotadas pelo constituinte sobre as relações estabelecidas entre o Estado e a Sociedade, e dos cidadãos entre si.¹⁶³

A fundamentalidade formal não é suficiente para que determinado direito seja considerado fundamental perante a Constituição de 1988. Isso porque o constituinte inseriu uma cláusula de abertura quando dispôs sobre direitos fundamentais no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, cuidando de admitir como fundamentais os direitos derivados dos princípios e do regime constitucional, bem como os previstos nos tratados internacionais.¹⁶⁴

A concepção desse conceito material, para além de sua utilidade na identificação de direitos fundamentais externos ao catálogo constitucional, assume papel essencial na compreensão da real fundamentalidade de todos os direitos fundamentais previstos expressamente no texto constitucional, apesar de não inseridos no rol do Título II. Exemplo disso, os direitos sociais ao ensino fundamental, à saúde, como também à assistência social.¹⁶⁵

A Constituição brasileira de 1988 inovou ao cuidar dos direitos fundamentais sociais não no capítulo destinado à Ordem Econômica e Financeira ou à Ordem Social, dispondo sobre eles enquanto verdadeiros direitos fundamentais, e não como expressões de uma determinada ordem:

Tratou como verdadeiros direitos fundamentais àqueles que estão contemplados no artigo 6º - o direito à saúde, na verdade à proteção da saúde; o

¹⁶³ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 23.

¹⁶⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 24.

¹⁶⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 24.

direito ao trabalho, do qual o direito do trabalho é uma dimensão; o direito ao lazer, porque nem só de trabalho vive o homem; o direito à moradia, incorporado mais tarde pela Emenda Constitucional 26, de 2000; o direito à educação; o direito à previdência; o direito à segurança; o direito à assistência aos desamparados; o direito à proteção da infância e o direito à proteção da maternidade.¹⁶⁶

Não obstante, ainda se mostra bastante controvertida, na doutrina e jurisprudência, a categorização dos direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais, sendo-lhes aplicável o regramento específico das normas constitucionais de direitos fundamentais, havendo quem os considere apenas normas indicativas de programas a serem adotados pelos poderes públicos, segundo a vontade política existente e dependente da atuação concretizadora do legislador.¹⁶⁷

Ingo Wolfgang Sarlet posiciona-se sobre a matéria no sentido de que:

A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático, enquadrando-se na categoria das normas de eficácia limitada.¹⁶⁸

Paulo Bonavides atribui aos direitos sociais a característica de fundamentalidade, na medida em que positivados no texto constitucional e submetidos ao regime de aplicabilidade imediata prevista no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição. Sobre o conjunto de regras específicas a que são submetidos, acentua:

Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento

¹⁶⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. **Congresso Brasileiro de Direito Constitucional**, Curitiba, 2002. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

¹⁶⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 24.

¹⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 79.

adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60. Em outras palavras, pelos seus vínculos principais já expostos – e foram tantos na sua liquidez inatacável –, os direitos sociais recebem em nosso direito constitucional positivo uma garantia tão elevada e reforçada que lhes faz legítima a inserção no mesmo âmbito conceitual da expressão direitos e garantias individuais do art. 60. Fruem, por conseguinte, uma intangibilidade que os coloca inteiramente além do alcance do poder constituinte ordinário, ou seja, aquele poder constituinte derivado, limitado e de segundo grau, contido no interior do próprio ordenamento jurídico.¹⁶⁹

Em países com grande desigualdade social como o Brasil, os direitos sociais tem a relevante função de amenizar as agruras decorrentes do baixo desenvolvimento sócio-econômico, amparando principalmente a população mais carente em suas necessidades básicas. Essa situação não foi descartada pelo constituinte, que se encarregou dos direitos sociais atribuindo-lhes a mesma fundamentalidade que os tradicionais direitos de defesa ou individuais, relacionados ao princípio da liberdade. Não se pode olvidar que esse posicionamento é consentâneo aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil previstos no artigo 3º do texto constitucional.¹⁷⁰

Por fim, elucidativos os ensinamentos de Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo sobre a matéria ao concluírem que os direitos sociais, por serem fundamentais, caracterizam-se pela dupla fundamentalidade formal e material. Além de serem reconhecidos como cláusulas pétreas na Constituição, insuscetíveis de supressão e modificação desfavorável pelo poder constituinte derivado reformador, os direitos sociais também se submetem ao regime de aplicabilidade imediata do artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal, sendo plenamente eficazes.¹⁷¹

¹⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 564-568.

¹⁷⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 28-29.

¹⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti

2.3 A QUESTÃO DOS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS PÚBLICOS SUBJETIVOS

Com o advento do constitucionalismo social e o surgimento das Constituições do século XX, as normas constitucionais continuavam vistas desprovidas de juridicidade, tendo por comprometida sua eficácia jurídica. Não eram consideradas enquanto documentos verdadeiramente jurídicos, da mesma forma que as Declarações de Direitos proclamadas a partir do século XVIII, reacionárias ao poder político e, num sentido mais amplo, à realidade social e política instaurada até os movimentos que culminaram na Revolução Francesa.¹⁷²

Realmente, as liberdades proclamadas na Constituição, durante grande parte do século XIX, foram interpretadas, quando muito, como tarefas ao legislador, sem vinculação imediata dos Poderes de Estado à declaração dos direitos fundamentais, prevalecendo, apenas, o princípio da legalidade administrativa, com a subordinação da Administração Pública à lei. Os direitos proclamados no rol constitucional dos direitos fundamentais só eram compreendidos como barreiras de caráter negativo à atuação do Estado, não, gerando, por si mesmos, direitos subjetivos.¹⁷³

Entrementes, essa visão passa a ser substituída, ao menos por parte considerável da doutrina, pela concepção que admite a existência de direitos subjetivos a partir dos preceitos constitucionais. É que diante de um direito consagrado na Lei Fundamental nascem variadas faculdades que se constituem como poderes de exigir um

(Orgs). **Direitos Fundamentais:** orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 17.

¹⁷² REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 11-13, 16.

¹⁷³ REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 14-15.

comportamento negativo, o cumprimento de prestações positivas, jurídicas ou materiais, ou de produzir efeitos jurídicos na esfera de outrem, tendo por sujeito passivo nessas hipóteses os poderes públicos.¹⁷⁴

É o que se vê nos enunciados de normas programáticas de direitos sociais, em que há sempre a indicação de um bem jurídico a ser tutelado, cuja interpretação pode levar à conclusão de que, para a tutela respectiva, vislumbra-se um grande número de prestações, ou seja, vários direitos subjetivos,¹⁷⁵ entendidos estes como o poder de ação, assente no direito objetivo, tendo por finalidade a satisfação de certa pretensão.¹⁷⁶

Portanto, no reconhecimento de um direito subjetivo estão presentes as seguintes características: a) a correlação a um dever jurídico; b) a possibilidade de violação; c) a faculdade conferida pela ordem jurídica ao titular de um direito subjetivo ameaçado de propor ação judicial para exigir-lhe o cumprimento.¹⁷⁷

E, no tocante às regras de direitos sociais, que tutelam, em última análise, interesses e bens voltados à realização da justiça social, sua conformação produz efeitos de natureza diversa, que investem os jurisdicionados em posições jurídicas que podem ser divididas em três grupos: a) geram situações prontamente desfrutáveis,

¹⁷⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 168.

¹⁷⁵ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia Dos Direitos Sociais**: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 376.

¹⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas** – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 99.

¹⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas** – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 100.

dependentes apenas de uma abstenção; b) ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado, às vezes condicionadas a limites econômicos ou políticos; e c) contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora.¹⁷⁸

Não obstante as particularidades inerentes a cada grupo, influenciando no modo de efetivação das prestações sociais previstas, cabe ressaltar que as normas constitucionais que veiculam direitos sociais asseguram, para além da proteção de interesses legítimos, situação jurídica intermediária, o exercício de direitos subjetivos.¹⁷⁹

Sobre o tema, discorre Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

As normas programáticas impõem ao Estado o cumprimento de certos fins, a consecução de certas tarefas de forma a realizar certos princípios ou objetivos, fazendo surgir, por consequência, a necessária proteção dos interesses subjetivos que daí dimanam, proteção esta que pode ocorrer ora de modo direto, quando o interesse geral coletivo fica em segundo plano; ora indiretamente, quando o interesse coletivo encontra-se em primeiro plano, e o individual que será protegido reflexamente, em decorrência da promoção do interesse geral. Assim, é possível afirmar que nem sempre as normas programáticas apresentam-se aptas a produzir, desde logo, direitos subjetivos, mas quando isso acontece, surgem para os beneficiários situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, que serão efetivadas por prestações, positivas ou negativas, exigíveis do Estado, e quando não realizadas voluntariamente, fazem nascer para o titular do direito, uma pretensão que deverá ser veiculada pelo direito de ação, isto é, do direito de exigir perante o Judiciário a sua prestação coativa, pois ao lado da possibilidade de exigir, existe o dever jurídico de cumprir, e quando esta exigibilidade de conduta acontece do particular em face do Estado, diz-se existir um direito subjetivo público.¹⁸⁰

Por sua vez, Canotilho entende que há diferença na programaticidade das normas constitucionais quanto à possibilidade de exigir o cumprimento do dever

¹⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas** – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 104-108.

¹⁷⁹ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia Dos Direitos Sociais**: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 333. Esse entendimento é contrário ao raciocínio de José Vasconcellos dos Reis que em obra citada reconhece apenas a existência de interesses legítimos decorrentes das normas programáticas.

¹⁸⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 229-230.

imposto ao Estado. Considerando que as prestações possuem uma dimensão objetiva e uma dimensão subjetiva, conclui esse jurista que essas prestações constituem objeto da pretensão dos particulares e do dever concretamente imposto ao legislador através das imposições constitucionais.¹⁸¹

Todavia, em decorrência da impossibilidade da pretensão ser judicialmente exigida, não pertencendo ao modelo clássico de direito subjetivo, segundo Canotilho, a doutrina tende a potencializar apenas o dever objetivo da prestação pelos órgãos públicos e minimizar o seu conteúdo subjetivo. Mesmo assim, salienta que, caracterizado materialmente um direito fundamental, é inadmissível a inversão de planos: “os direitos à educação, à saúde e assistência não deixam de ser direitos subjetivos pelo fato de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição desses direitos”.¹⁸²

Demais disso, para Canotilho:

A força dirigente e determinante dos direitos a prestações (econômicos, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objeto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjetivo: de uma pretensão de omissão dos poderes (direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma proibição de omissão (direito a exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações ao cidadão).¹⁸³

Resta ultrapassada a concepção doutrinária que somente reconhece os direitos subjetivos a partir dos direitos sociais na sua versão negativa, ou seja, só

¹⁸¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas programáticas. 1. reimp. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 151.

¹⁸² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas programáticas. 1. reimp. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 151.

¹⁸³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas programáticas. 1. reimp. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 365.

admitindo a existência de direitos subjetivos na hipótese em que o legislador ou a administração pública proceda contrariamente aos objetivos neles previstos, dando ensejo ao reconhecimento de inconstitucionalidade e ao direito subjetivo de recusa ao cumprimento de lei ou ato contrário a esses direitos fundamentais sociais.¹⁸⁴

De natureza programática, ou não, todas as normas constitucionais referentes à Justiça Social consagram imediatamente direitos para os cidadãos, apesar da existência de diversos níveis de eficácia, consubstanciando direitos subjetivos, na acepção comum do termo.¹⁸⁵ Assim, esses direitos proporcionam o reconhecimento, a partir diretamente da Constituição, de direitos subjetivos a prestações sociais, de modo a investir o indivíduo na posição jurídica subjetiva de exigir do Estado, até judicialmente, as prestações materiais concretas que constituem seu objeto.¹⁸⁶

¹⁸⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org). **Leituras Complementares de Constitucional: direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 270-271.

¹⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. **Revista de Direito Social**, Porto Alegre, ano 2, n. 7, p. 137-162, jul./set. 2002.

¹⁸⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org). **Leituras Complementares de Constitucional: direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 268-269.

CAPÍTULO 3 – EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A norma constitucional não subsiste autonomamente em face da realidade. É na pretensão de eficácia que reside sua essência, buscando-se a concretização da hipótese regulamentada, considerando-se as condições históricas. É com base nessa pretensão de eficácia que a Constituição ordena e conforma a realidade, adquirindo força normativa na medida em que atinge esse intento de eficácia. A separação entre realidade e norma é prejudicial e eventual ênfase em uma delas “leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo”.¹⁸⁷

Por essa razão, a Constituição não se limita apenas à expressão de um ser para configurar também um dever ser, razão pela qual representa mais do que simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, buscando atribuir ordem e conformação à realidade política e social.¹⁸⁸

Nesse contexto, a Lei Máxima reveste-se de força normativa, convertendo-se a Constituição jurídica em força ativa na medida em que se fizerem presentes na consciência geral não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição. Além disso, certo é que:

¹⁸⁷ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 14-16.

¹⁸⁸ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 15.

Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade.¹⁸⁹

Daí a importância do estudo da eficácia das normas constitucionais, de modo a conceber que as disposições inseridas no texto constitucional reclamam observância obrigatória, fazendo de sua prática um hábito, bem mais do que mera indicação de diretrizes aos órgãos públicos e à sociedade como um todo.

3.1 A PROBLEMÁTICA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

É cediço que todos devem obediência à Constituição, como Lei Máxima, seja por intermédio dos órgãos e agentes do Legislativo, Executivo e Judiciário, seja pela atuação dos integrantes da sociedade. O Estado possui o dever jurídico de realizar os comportamentos obrigatórios inseridos na Lei Fundamental, cabendo-lhe utilizar os poderes necessários para satisfazer determinadas finalidades em prol dos interesses coletivos.¹⁹⁰ Tais poderes, porém, são instrumentais tendo por função a viabilização do atendimento dessas metas, por isso considerados dever-poder de ação, isto é, o dever de cumprimento dos mandamentos constitucionais ao lado de um poder correlato que lhe é instrumental.¹⁹¹

¹⁸⁹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 19-20.

¹⁹⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas: Normatividade, Operatividade e Efetividade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 183.

¹⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. **Revista de Direito Social**, Porto Alegre, ano 2, n. 7, p. 137-162, jul./set. 2002.

Apesar da clareza dessa idéia, os problemas relacionados à concretização das normas constitucionais de direitos sociais ainda são assentes, dando ensejo a debates jurídicos sob diversos ângulos e enfoques, o que enriquece o estudo e avanço da matéria.

3.1.1 APLICABILIDADE E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Na identificação de argumentos contrários ou em oposição à aplicação imediata dos direitos fundamentais sociais, visualiza-se tese no sentido de que as normas de direitos fundamentais sociais são imprecisas e vagas, o que dificulta a sua aplicabilidade imediata, reclamando integração legislativa. Olvida-se que é a própria Constituição Federal que determina expressamente a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais pela disposição constante no parágrafo 1º do artigo 5º. Por isso, tem preponderado na doutrina o entendimento de que o caráter aberto dessas normas não constitui impedimento à sua imediata aplicabilidade.¹⁹² No mesmo sentido:

[...] somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição, é a que parte da premissa de que se cuida de norma de natureza principiológica, que, por esta razão, pode ser considerada como uma espécie de mandado de otimização (maximização), isto é, que estabelece para os órgãos estatais a tarefa de reconhecerem, à luz do caso concreto, a maior eficácia possível a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, entendimento sustentado, entre outros, por Gomes Canotilho e entre nós adotado por Flávia Piovesan.¹⁹³

Mesmo que as normas tenham sua eficácia, no plano dos fatos, condicionada à edição de lei, como no inciso XXXII do art. 5º da Constituição Federal, o

¹⁹² ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007, p. 47-49.

¹⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Ordem Constitucional Brasileira. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 25, n. 55, p. 29-74, jun. 2002.

qual preceitua que o Estado proverá, na forma da lei, a proteção ao consumidor, e no inciso XI do art. 7º, que dispõe sobre a participação dos empregados nos resultados ou lucros da empresa, desvinculada da remuneração, não significa dizer que tais normas deleguem ao legislador a competência para conceder aqueles direitos; ressalte-se que são eles concedidos pela própria Constituição, e, faltando o legislativo ao cumprimento desse dever, tem lugar a inconstitucionalidade por omissão.¹⁹⁴

Apesar da exigência constitucional de integração legislativa em algumas hipóteses, considerando a incidência do § 1º do art. 5º a todos os direitos fundamentais, ainda que de diferentes formas, não há como negar a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais.¹⁹⁵

Tal posicionamento é consentâneo às premissas consagradas com a implementação do Estado Constitucional de Direito e da concepção da Constituição como norma jurídica fundamental, revestida de supremacia jurídica, donde todas as suas normas, sem exceção, são providas de eficácia jurídica, somente variando sua carga eficaz em vista do grau de normatividade que lhe tenha sido outorgado no próprio texto constitucional.¹⁹⁶

¹⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas** – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 108.

¹⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Ordem Constitucional Brasileira. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 25, n. 55, p. 29-74, jun. 2002.

¹⁹⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org). **Leituras Complementares de Constitucional: direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 247.

A essência da Constituição está em sua vigência e pretensão de eficácia, que não podem ser dissociadas das condições históricas. A Constituição visa ordenar e conformar a realidade em razão justamente dessa pretensão de eficácia e ganha força normativa na proporção em que consegue realizar essa mesma pretensão.¹⁹⁷ Nas palavras de Canotilho:

‘Realizar a Constituição’ significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer constituição só é juridicamente eficaz (pretensão de eficácia) através da sua realização. Esta realização é uma tarefa de todos os órgãos constitucionais que, na actividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da constituição. Nesta ‘tarefa realizadora’ participam ainda todos os cidadãos que fundamentam na constituição, de forma direta e imediata, os seus direitos e deveres.¹⁹⁸

E quanto à oposição ainda existente em relação à efetividade das normas que consagram direitos fundamentais, ensina Luiz Roberto Barroso:

[...] modernamente, já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e a acionabilidade dos direitos fundamentais, na sua múltipla tipologia. É puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais. Também os direitos políticos e individuais enfrentaram, como se assinalou, a reação conservadora, até sua final consolidação. A afirmação dos direitos fundamentais como um todo, na sua exequibilidade plena, vem sendo positivada nas Cartas Políticas mais recentes, como se vê do art. 2º da Constituição portuguesa e do Preâmbulo da Constituição brasileira, que proclama ser o país um Estado democrático, ‘destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais’.¹⁹⁹

Os preceitos que cuidam dos direitos, liberdades e garantias são, portanto, para além de normas preceptivas, normas de eficácia imediata, possuindo aplicabilidade direta, vinculando as entidades públicas e privadas.²⁰⁰ Ademais, a

¹⁹⁷ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 13-16.

¹⁹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 201-202.

¹⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas** – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 102.

²⁰⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 78. Em comentário a artigo 18º da Constituição Portuguesa que serviu de referência para a adoção do nosso art. 5º parágrafo 1º.

aplicação direta dos direitos fundamentais, conforme preconizado por Canotilho, se verifica também contrariamente à lei, no caso desta estabelecer restrições em desconformidade com a Constituição.²⁰¹

A respeito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, Eros Grau sustenta que essas normas impelem aos particulares o imediato cumprimento, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo. Prosseguindo em sua idéia:

Significa, ainda, que o Estado também deve prontamente aplicá-las, decidindo pela imposição do seu cumprimento, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo, e as tornando jurídica ou formalmente efetivas.

Por essa razão é que tais normas já não têm mais caráter meramente programático, assumindo a configuração de preceitos auto-executáveis, aos quais o aplicador último do direito – o Poder Judiciário – deve conferir efetividade jurídica ou formal.²⁰²

Na esteira do mesmo raciocínio, a explicação dada pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães, por ocasião da apresentação da proposta de emenda que culminou com a redação final do artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal, e durante a votação em plenário, ao dispor que o significado da referida emenda está em que “[...] objetiva a expungir qualquer dúvida sobre o texto. Não é necessário lei complementar para que a sua aplicabilidade seja garantida. É isso que querem os autores da proposta”. O Deputado Gastone Righi, por sua vez, salientou que: “Aliás, nem se justificaria que os direitos e garantias desta

²⁰¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1104.

²⁰² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 326.

Constituição tivessem aplicação apenas quando a lei complementar os regulamentasse”.²⁰³

Ademais, não se ignora a aplicação imediata mesmo em relação às normas constitucionais programáticas definidoras de direitos fundamentais, que cuidam da fixação de programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelos poderes públicos, reclamando mediação legislativa. O que se observa é que as aludidas normas exigem um trabalho mais árduo de complementação por parte dos órgãos do Judiciário, no desempenho de sua função de garantia e efetivação dos direitos fundamentais.²⁰⁴

E não poderia ser diferente em relação aos direitos fundamentais sociais, que se caracterizam por constituírem posições jurídicas que autorizam o indivíduo a exigir do Estado um comportamento ativo com vistas à obtenção de prestações de natureza jurídica ou material, tidas por necessárias para implementação das condições fáticas que permitam o exercício efetivo das liberdades fundamentais e que viabilizam realizar a igualização de situações sociais desiguais, ensejando melhores condições de vidas aos mais carentes. Porque exprimem uma posição jurídica dirigida a um comportamento ativo por parte do Estado são direitos fundamentais a prestações, do

²⁰³ Apud CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org). **Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 254.

²⁰⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org). **Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 257.

que resulta a oposição de obstáculos, por alguns, à pronta aplicabilidade desses direitos.²⁰⁵

Prepondera, porém, o entendimento de que todos os direitos fundamentais, e aí se incluem os sociais, possuem aplicabilidade imediata, vinculando os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário aos seus preceitos. Assim:

Vinculam os órgãos estatais como um todo. Vinculam, evidentemente, o Poder Executivo, que haverá de respeitar os direitos de defesa, e ao mesmo tempo propor e realizar as políticas públicas necessárias à satisfação dos direitos prestacionais. Vinculam o Legislador, que haverá de legislar para, preservando esses valores e buscando referidos objetivos, proteger os direitos fundamentais normativamente, assim como, eventualmente, fiscalizando a atuação dos demais poderes.

E, por fim, vincula também o Poder Judiciário que, ao decidir, há, certamente, de levar em conta os princípios, os objetivos e os direitos fundamentais. Os agentes públicos brasileiros estão comprometidos, estão absolutamente vinculados a esses parâmetros constitucionais, ou seja, a Constituição desde logo retirou do mundo político, da esfera da disputabilidade política, aquilo que é nuclear para nós, os integrantes da comunidade republicana brasileira.²⁰⁶

Noutra forma de dizer, mas igualmente enriquecedora, as palavras de Flávia Piovesan sobre o papel dos poderes constituídos na tarefa de implementar a função prospectiva e transformadora do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais:

[...] compete ao legislador, como destinatário das normas consagradoras de direitos e garantias fundamentais: a) proceder em tempo razoável útil a sua concretização, sempre que esta seja necessária para assegurar a exequibilidade de normas, sob pena de inconstitucionalidade por omissão; b) mover-se no âmbito desses direitos, sendo-lhe vedado que, a pretexto da concretização de direitos por via legal, opere uma redução da força normativa imediata dessas

²⁰⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org). **Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 263-264.

²⁰⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. **Congresso Brasileiro de Direito Constitucional**, Curitiba, 2002. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

normas, trocando-a pela força normativa da lei; c) não emanar preceitos formais ou materialmente incompatíveis com essas normas.

Por sua vez, aos órgãos jurisdicionais compete: a) interpretar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade ótima e b) densificar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais de forma a possibilitar a sua aplicação imediata, nos casos de ausência de leis concretizadoras.

No que tange ao governo e à administração, incumbe-lhes um importante papel na tarefa de concretização dos direitos fundamentais, tendo em vista que, no exercício de sua competência planificadora, regulamentar, fornecedora de prestações, os órgãos da administração e do governo desenvolvem tarefas de realização de direitos fundamentais.²⁰⁷

Revela-se, pois, insubsistente o posicionamento daqueles que relativizam os direitos sociais, condicionando sua aplicabilidade à prévia atuação concretizadora do legislador, diversamente dos direitos de defesa, cuja exigibilidade reconhecem desde logo, sem necessidade de atuação legislativa.²⁰⁸ A Constituição Federal em nenhum momento faz qualquer distinção nesse sentido.

Ora, a heterovinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais sociais revela sua dimensão objetiva, enquanto que sua dimensão subjetiva está na possibilidade de demandar a satisfação judicial de seu preceito. Daí que, nem mesmo os direitos prestacionais derivados, que demandam alguma regulamentação, porque dotados de uma dimensão subjetiva mais fraca, podem ter sua eficácia relegada a um segundo plano, à espera por tempo indefinido da atuação do poderes públicos.²⁰⁹

²⁰⁷ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas** – ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 107-108.

²⁰⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org). **Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 265-266.

²⁰⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. **Congresso Brasileiro de Direito Constitucional**, Curitiba, 2002. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 02 jul. 2009. O autor explica que os direitos

Do que restou exposto, chega-se à indubitável conclusão de que as normas constitucionais relativas à Justiça Social não se resumem a simples exortações ou conselhos de valor moral. Bem mais do que isso, “todas elas são – inclusive as programáticas – comandos jurídicos e, por isso, obrigatórias, gerando para o Estado deveres de fazer ou não-fazer”.²¹⁰ Por isso que:

Todos os sujeitos públicos ou privados, vinculados pela Constituição, devem respeitar, observar, realizar a totalidade de seus preceitos sem a possibilidade de distinguir entre os artigos de aplicação direta e aqueles meramente programáticos. Nem todos os artigos da Constituição têm o mesmo alcance e significado, porém todos enunciam normas jurídicas imperativas, pois a Constituição transforma, converte os anseios, as aspirações em regras impositivas, em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos.²¹¹

A essa obrigação que se acha vinculado o Estado corresponde o direito da população à aplicação imediata dos preceitos constitucionais de direitos sociais, alcançando sua efetividade, que consiste na realização do Direito e no desempenho de sua função social concretamente, de modo a representar a materialização no plano dos fatos dos comandos legais, simbolizando a aproximação entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.²¹²

3.1.2. DISCRICIONARIEDADE ESTATAL E OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

Prepondera ainda na doutrina o entendimento de que as normas programáticas condicionam-se à discricionariedade do Poder Público, não sendo

prestacionais originários se distinguem dos direitos prestacionais derivados à razão de que os primeiros permitem desde logo ao intérprete encontrar uma dimensão subjetiva forte, enquanto nos segundos, por possuírem dimensão subjetiva fraca, demandam atuação do legislador.

²¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. **Revista de Direito Social**, Porto Alegre, ano 2, n. 7, p. 137-162, jul./set. 2002.

²¹¹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas: Normatividade, Operatividade e Efetividade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 225.

²¹² BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 82-83.

consentida aos cidadãos sua invocação mediante a postulação de seu cumprimento junto aos Tribunais. Por esse prisma, chega-se à ilação de que ao legislador fica a opção sobre a ponderação do tempo e dos meios em que as normas programáticas passem a ser revestidas de plena eficácia.²¹³ A respeito dessa temática, o pensamento de Norberto Bobbio:

O campo dos direitos do homem – ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de ‘programáticas’. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos é esse que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confinados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o ‘programa’ é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de ‘direito’?²¹⁴

A questão essencial está em combater, quando arbitrária, a discricionariedade dos poderes públicos a dar concreção aos direitos fundamentais sociais, passando a admitir o controle jurisdicional na hipótese de omissões inconstitucionais. Significa dizer que ao lado do direito à discricionariedade administrativa, alimentada pelos critérios de conveniência e oportunidade para a prática de determinados atos, reconhece-se a possibilidade jurídica de combate ao abuso de direito, ao desprezo dos comandos constitucionais sob o argumento de mera

²¹³ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas** – ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 74-76.

²¹⁴ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas** – ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 71-72.

programaticidade.²¹⁵ A conduta omissiva, nessa situação, caminha do cenário político ao cenário jurídico.²¹⁶

Outro não pode ser o entendimento senão o de que a dinâmica constitucional reclama a participação política, conferindo fundamento à sua realização, constituindo sua premissa material e limite para sua atuação, sendo que a estipulação dos fins do Estado não pode ter por condicionada sua concretização à vontade política do governo, como interesse superior do Estado, mas à opção popular consagrada na Constituição.²¹⁷

E quando falha essa atuação, dá-se lugar a uma violação à norma constitucional por comportamento omissivo:

Uma norma jurídica é desobedecida quer quando se faz o que ela proíbe quer quando não se faz o que ela determina. Sendo a Constituição um complexo de normas jurídicas – e normas de nível supremo – é inevitável concluir-se que há violação à Constituição tanto quando se faz o que ela inadmite como quando se omite fazer o que ela impõe. E se omissão houver ficará configurada uma inconstitucionalidade.²¹⁸

Essa inconstitucionalidade deriva de uma relação de contrariedade com a Constituição, de um comportamento ameaçador e violador à ordem constitucional,²¹⁹ às diretivas materiais permanentes, que representam limitações positivas e negativas de

²¹⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 85.

²¹⁶ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas** – ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 77.

²¹⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas: Normatividade, Operatividade e Efetividade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.161-162.

²¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. **Revista de Direito Social**, Porto Alegre, ano 2, n. 7, p. 137-162, jul./set. 2002.

²¹⁹ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas** – ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 74-76.

atuação, vinculando positivamente a todos os órgãos do Poder Público.²²⁰ Diversamente da inconstitucionalidade por ação, denominada inconstitucionalidade positiva, a inconstitucionalidade por omissão é inconstitucionalidade negativa, pois decorre de uma abstenção, inércia ou silêncio dos poderes públicos que deixam de concretizar os atos exigidos pela Constituição.²²¹

Caracterizam a omissão inconstitucional a falta ou insuficiência de medidas legislativas; a falta de implementação de medidas políticas ou de governo; a ausência de adoção de medidas administrativas, inclusive de caráter regulamentar, ou de outros atos da Administração Pública.²²² Ressalte-se, porém, no que tange à omissão legislativa, que somente a omissão autônoma e juridicamente relevante, presente uma exigência constitucional de ação, pode fundamentar uma inconstitucionalidade por omissão, sendo insuficiente para tanto o simples dever geral de legislador.²²³ Canotilho assevera sobre esse último aspecto que “não se trata, pois, apenas de um simples negativo ‘não fazer’: trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado”.²²⁴

²²⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas**: Normatividade, Operatividade e Efetividade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 188.

²²¹ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas** – ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 86-90.

²²² PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas** – ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 90.

²²³ CANOTILHO, J.J. Gomes. Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos: o direito à emanção de normas jurídicas e a protecção judicial contra as omissões normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 354-355.

²²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas programáticas. 1. reimp. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 331.

A conduta omissiva no cumprimento dos preceitos constitucionais é tão maléfica que Anna Cândida da Cunha Ferraz chega a sustentar que tal omissão implica em processo de mutação constitucional:

A inércia dos órgãos estatais, que deixam de exercer a obrigação de emanar normas, determinada em preceitos constitucionais, traduz verdadeiro processo informal de mudança da Constituição. Configura inegável processo de mudança constitucional; embora não altere a letra constitucional, altera-lhe o alcance, na medida em que paralisa a aplicação constitucional. Tal paralisação, não desejada ou prevista pelo constituinte, é de ser tida como inconstitucional. [...] Como modalidade de mutação constitucional a inércia é processo pernicioso, que acarreta conseqüências desastrosas à vida constitucional dos Estados.²²⁵

Contudo, a possibilidade de reconhecimento da omissão inconstitucional configura recurso que tem por objetivo tornar viável uma Constituição do tipo constitutiva e dirigente, que consagra um modelo de Estado intervencionista, onde há previsão de direito a prestações positivas. Busca-se a maximização da efetividade das normas constitucionais com o estímulo ao desenvolvimento de sua aplicabilidade, de modo a resguardar a ordem jurídica do modelo social e à própria realização de uma Constituição Dirigente e de um Estado de Bem-Estar-Social.²²⁶

Ocorre que o grande problema relacionado à baixa eficácia social dos Direitos Fundamentais Sociais, conforme explicita Andreas Krell, não se deve à inexistência de leis ordinárias, mas à falta de prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público. É que, segundo esse autor, a maioria das normas para o exercício dos

²²⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 217-218 apud PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas** – Ação Direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 93.

²²⁶ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas** – ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 101-102.

direitos sociais já existe, residindo o problema na formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas e na manipulação dos gastos nos orçamentos da União, dos estados e dos municípios. E, diante da ineficiência do poder público na concretização desses objetivos decorrentes da vontade constitucional, sujeita-se à sindicabilidade dos seus atos e omissões, e conseqüente responsabilização de seus agentes.²²⁷

O certo é que esse comportamento omissivo, parcial ou total, há de ser repellido, pelas vias jurisdicionais, inclusive, buscando-se sempre conferir aplicabilidade imediata aos preceitos constitucionais. É inadmissível que se exija do destinatário das normas que aguarde, por tempo indefinido, a adoção pelos órgãos estatais das medidas necessárias à implementação de direitos. Caso contrário, estaria caracterizada verdadeira subversão da ordem jurídica, atribuindo-se à omissão inconstitucional maior eficácia comparada à atuação do constituinte, a ausência de norma regulamentadora, no caso de mora legislativa, mais vinculante que a existência de norma constitucional.²²⁸

A Constituição não é subordinada à vontade e aos desmandos dos poderes constituídos, nem tampouco é dependente das condições fáticas e circunstanciais. Sua supremacia representa a garantia de que os direitos e as liberdades públicas que declara nunca serão ofendidos, seja por atuação indevida, seja por omissão dos órgãos estatais.

²²⁷ KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 31-32.

²²⁸ PIOVESAN, Flávia. Constituição e Transformação Social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 37, p. 63-74, jun. 1992.

3.1.3 CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E DOS ORÇAMENTOS ESTATAIS

Diversamente dos direitos de defesa, cuja aplicabilidade imediata é mais frequentemente admitida, o exercício dos direitos prestacionais fica condicionado, na maior parte das vezes, a uma intervenção positiva do Poder Público, de cunho legislativo primeiro, de cunho administrativo ou material depois. Entretanto a pergunta que se faz é sobre o papel do Judiciário, seus limites de atuação, nesse universo de direitos.²²⁹

Se há um consenso quanto ao desempenho do juiz enquanto legislador negativo, tal não ocorre quanto a uma atuação pelo magistrado análoga à do legislador positivo ou também do administrador. Cumpre aferir, considerando que o Judiciário não dispõe de mecanismo eleitoral para a investidura de seus membros, se estaria sujeito a restrições estabelecidas por determinados limites. O próprio argumento de que o Judiciário atua como uma espécie de delegado do Poder Constituinte para a defesa da Constituição e dos direitos fundamentais poderia ser rebatido pelo contra-argumento no sentido de que, no regime democrático e pelo princípio majoritário, quem governa é a maioria.²³⁰

De outra volta, pode-se dizer que enquanto o positivismo jurídico formalista reclama a neutralização política do Judiciário, com a adoção pelos juízes de

²²⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. **Congresso Brasileiro de Direito Constitucional**, Curitiba, 2002. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

²³⁰ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas** – ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 86-90.

comportamento racional, imparcial e neutro, mediante aplicação do direito legislado de maneira lógico-dedutiva e não criativa, com o fortalecimento do valor segurança jurídica, o moderno Estado Social não prescinde de uma magistratura pronta para realizar as exigências de um direito material com base em normas éticas e políticas, não se exaurindo nos aspectos referentes ao valor econômico.²³¹

Na mesma direção, ressalta Clèmerson Merlin Clève que de modo diferente do que visto no Direito do Estado Liberal, em que se dependia basicamente do legislador, no Estado Social da sociedade de massas o Direito “não sobrevive, não se aperfeiçoa, não evolui nem se realiza sem o juiz”. Por fim, questiona o autor: “Teria, todavia, o juiz consciência disso?”²³²

Mesmo vista a questão sob o ângulo do princípio da Separação de Poderes, ainda assim não se esvazia a atuação do Judiciário na garantia de implementação dos direitos constitucionais. Sobre o tema, arguta a observação de Clèmerson Merlin Clève:

Em primeiro lugar, o princípio da separação dos poderes não pode ser visto como um princípio abstrato, fora da história. Ao contrário, o princípio deve ser compreendido tal como se apresenta, concretamente, na Constituição vigente. Ora, cumpre lembrar que o Constituinte de 1988 confiou muito no Poder Judiciário que foi bastante fortalecido na nova ordem constitucional. E no que diz respeito à legitimidade democrática, importa deixar claro que o Judiciário atua, de certa maneira, como um poder contra-majoritário em defesa dos direitos das minorias. De outro ângulo, o devido processo legal, a motivação e recorribilidade das decisões, a publicidade de suas manifestações e a

²³¹ APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. **Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p.145, 169.

²³² CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 117, p. 293-308, jan./mar. 1993.

vinculação à Constituição parecem constituir meios distintos de atribuição de legitimidade à esfera de atuação do Judiciário.²³³

O que não se pode admitir é que a Separação dos Poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, produza a paralisação das reivindicações de cunho social. Na verdade, há que se fazer nova leitura desse princípio para voltar ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais diante do arbítrio e da omissão estatal. Segundo Habermas, na proporção em que as leis passam a ser vistas não mais como programas condicionais, assumindo a forma de programas finalísticos, a sistemática clássica da divisão de poderes perde sua atualidade.²³⁴

Afinal, o controle de constitucionalidade praticado pelo Judiciário sobre os atos do Estado, quando realizado dentro de seus limites, “não afronta nenhum aspecto do princípio da separação de poderes; antes, pelo contrário, é perfeitamente condizente com o seu significado no Estado contemporâneo”.²³⁵

Entretanto, salvo quando houver uma violação notadamente arbitrária, o Poder Judiciário não deverá intervir em âmbito de atuação de outro Poder, substituindo em juízo de conveniência e oportunidade no que concerne à prestação dos direitos sociais assegurados na Constituição.²³⁶ Dada a indisponibilidade do interesse público, é pequena

²³³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. **Congresso Brasileiro de Direito Constitucional**, Curitiba, 2002. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

²³⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. 1, p. 236. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler.

²³⁵ REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 233.

²³⁶ KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 22.

a margem de efetiva discricionariedade nos atos da Administração Pública.²³⁷ Além do mais, consoante bem observou Seabra Fagundes, a própria atividade discricionária se desenvolve subordinada à lei, ainda que com uma margem de atuação maior que a própria lei lhe outorga tendo em vista os casos concretos.²³⁸ Acrescente-se que “as assim chamadas questões políticas podem dar ensejo a questões jurídicas, por afrontarem o Direito Positivo, ao qual se há de submeter toda a atividade do Estado”.²³⁹

No que tange à repercussão dos direitos sociais sobre o Terceiro Poder, ensina Tércio Ferraz Júnior que seu “sentido promocional prospectivo”:

[...] altera a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza).

[...] Altera-se, do mesmo modo, a posição do juiz, cuja neutralidade é afetada, ao ver-se ele posto diante de uma co-responsabilidade no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa. Tal responsabilidade, que, pela clássica divisão dos poderes cabia exclusivamente ao Legislativo e Executivo, passa a ser imputada também à Justiça.²⁴⁰

Outro problema, no âmbito desse acalorado debate, relaciona-se à falta de atuação do Judiciário como gestor do orçamento geral das entidades federadas, o que inviabiliza, em um só processo, a discussão e visão global dos quadros de receitas e despesas públicas. Além disso, presente um regime democrático – pluralista, não pode o

²³⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação Civil Pública. Lei 7.347/85 – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001, p. 723-726.

²³⁸ SEABRA FAGUNDES, Miguel. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 8 apud REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 226.

²³⁹ REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 226.

²⁴⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à Divisão dos Poderes: um princípio em decadência? **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 9, p. 40-48, 1995.

Poder Judiciário desempenhar o papel de idealizador solitário das políticas sociais. Também, é de se ressaltar que a função judicante não tem competência para, amplamente, definir o conjunto das políticas públicas. Nesse sentido, o registro de Dworkin:

Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral, e que deve tomar essas decisões elaborando e ampliando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.²⁴¹

Todavia, faltando o Legislativo ou Executivo ao dever de implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nelas implicados, surge o Judiciário para o resguardo dos direitos não observados. Uma das soluções possíveis para o impasse, considerando a destinação insuficiente dos orçamentos públicos para a realização de serviço social, seria a contestação e o controle das leis orçamentárias do respectivo ente federativo, por ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Ministério Público.²⁴²

Ademais, é preciso reformular a idéia de que o orçamento é somente autorizativo. Na verdade, o orçamento é programa veiculado por lei e, como tal, não pode ser autorizativo, mas de cumprimento obrigatório pelo Poder Executivo. Dessa feita, tem legitimidade o Ministério Público para compelir o Poder Público a adotar políticas públicas para, em um lapso temporal estabelecido, apresentar soluções para os problemas sociais apontados, cumprindo a lei orçamentária que contenha as dotações necessárias,

²⁴¹ DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 101. Trad. por Luís Carlos Borges apud GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos Fundamentais Sociais: releitura de uma constituição dirigente**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 216.

²⁴² LOPES, José Reinaldo Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José E. (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 125, 133.

além de obrigar o Estado a prever na lei orçamentária os recursos necessários para, progressivamente, realizar os direitos sociais.²⁴³

O Poder Judiciário pode também, eventualmente, controlar políticas públicas que estejam em dissonância com as disposições constitucionais, atuando como legislador negativo. Já como legislador positivo, é possível ainda, de diversas formas, inclusive com a imposição de multas, nos termos previstos no Código de Processo Civil, para os agentes públicos desidiosos, obrigar as autoridades competentes ao encaminhamento de propostas legislativas e administrativas necessárias para a satisfação desses direitos.²⁴⁴

É indispensável para que se alcance, no futuro, uma realização mais expressiva dos direitos sociais promocionais, a gradual intervenção ativa e constante no tempo pelos membros do Poder Judiciário, conjuntamente às ações do Ministério Público, Defensoria Pública e da sociedade civil.²⁴⁵ Conquanto o Judiciário seja absolutamente necessário, não é suficiente para a integral efetividade dos direitos sociais, daí a necessidade da democracia participativa e da atuação da população. É indispensável

²⁴³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. **Congresso Brasileiro de Direito Constitucional**, Curitiba, 2002. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

²⁴⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. **Congresso Brasileiro de Direito Constitucional**, Curitiba, 2002. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

²⁴⁵ KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 75.

uma radicalização dos instrumentos de democracia popular, máxime dos instrumentos de democracia participativa.²⁴⁶

3.2 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Não há como negar a importância e necessidade da concretização dos direitos fundamentais sociais. Trata-se de cumprir o texto constitucional encontrando-se os poderes públicos vinculados aos seus preceitos. Entretanto, é certo que o resultado dessa prática implica na realização de investimentos, muitas vezes bastante onerosos ao Estado. Mesmo assim, não se legitima a omissão no cumprimento da vontade constitucional, cabendo sempre um juízo de ponderação na aplicação e gestão dos orçamentos públicos. É o que veremos a seguir.

3.2.1. A RESERVA DO POSSÍVEL

O dirigismo constitucional recebe várias críticas, em razão da governabilidade, vale dizer, pela sobrecarga do Estado com tarefas, sem a existência de recursos suficientes para sua execução, o que o torna ineficiente e devedor da sua função de provedor da justiça social. Em vista disso, há campo para a defesa de um Estado mínimo, que deve limitar-se à atividade fiscalizatória e incentivadora da iniciativa privada e não agente de políticas públicas.²⁴⁷

²⁴⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. **Congresso Brasileiro de Direito Constitucional**, Curitiba, 2002. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

²⁴⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas: Normatividade, Operatividade e Efetividade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 163.

É com base nesse entendimento que Manoel Gonçalves Ferreira Filho, considerando as dificuldades de governabilidade do Estado brasileiro a partir de 1988, chega a propor para a solução do impasse a elaboração de uma nova Constituição:

A superação da crise de governabilidade não prescinde, ao invés, reclama, uma nova Constituição. A de 1988 nasceu fora de época, ainda inspirada por um marxismo vulgar intitulado de socialismo 'real', que logo se esborou. É necessário jogar no arquivo essa obra do copismo de esquerda.²⁴⁸

Como reação teórica e política contra o Estado intervencionista e de bem-estar, surgiu a ideologia neoliberal que se punha contrária a qualquer limitação ou regulamentação dos mecanismos de mercado por parte do Estado. Demais disso, considerava-se que o igualitarismo assegurado pelo Estado de bem-estar corrompia a liberdade dos cidadãos e a vitalidade da concorrência, que alavanca a prosperidade, sendo a desigualdade um fator positivo.²⁴⁹

Não obstante a força global que tomou o movimento neoliberal, atualmente busca-se o equilíbrio entre a ideologia liberal com a atuação estatal voltada para o atendimento das necessidades sociais em alguns setores. Nessa quadra, as Constituições contemporâneas constituem documentos que procuram compatibilizar os ideais do liberalismo capitalista com os do intervencionismo estatal.²⁵⁰

Mesmo a Constituição de 1988 é considerada de cunho social-liberal, ou, para muitos, liberal-social, porque permite um constante e contínuo balanceamento de

²⁴⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Constituição e Governabilidade**: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 21-23; 34-38; 142.

²⁴⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas**: Normatividade, Operatividade e Efetividade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 164.

²⁵⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas**: Normatividade, Operatividade e Efetividade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 165-167.

valores postos por diversas conjunturas, como, por exemplo, a livre iniciativa de um lado e, no outro, os interesses do consumidor.²⁵¹ Assim, ainda que diante do processo de globalização e do desenvolvimento tecnológico que confere novas estruturas aos Estados contemporâneos, é de se ressaltar a imprescindível atuação dos poderes públicos no campo da saúde pública, da educação e da segurança.²⁵²

A reserva do possível surge no Brasil, então, como fundamento constante em processos judiciais cuja demanda trata da reivindicação pelos cidadãos da implementação de direitos fundamentais sociais.²⁵³ Constitui mecanismo jurídico de aferição de constitucionalidade das políticas de direitos fundamentais sociais, tratando da existência de uma expectativa da sociedade no que tange aos serviços sociais e bens que lhe sejam disponibilizados, condicionando-se ao grau de desenvolvimento econômico-social do país, ao tempo em que depende das opções políticas realizadas pelos poderes públicos e pela sociedade civil.²⁵⁴

Está presente em um contexto de satisfação das necessidades humanas básicas, ou seja, os direitos fundamentais sociais, em um limite mínimo da reserva do possível, cuja inobservância configura situação de inconstitucionalidade. Dessa forma, o Estado com base em limitações de recursos não pode se escusar, por exemplo, do fornecimento de serviços básicos de saúde aos desprovidos de recursos financeiros,

²⁵¹ REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 45-46.

²⁵² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas: Normatividade, Operatividade e Efetividade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 168.

²⁵³ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 182.

²⁵⁴ GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos Fundamentais Sociais: releitura de uma constituição dirigente**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 198-199.

assegurar o acesso à Justiça, à previdência social, ao ensino fundamental, a assistência à maternidade, à infância ou aos adolescentes, como também às pessoas portadoras de deficiência. Tais direitos fundamentais sociais não comportam transação, somente a permitindo para a garantia de direitos sociais que ultrapassem o paradigma das necessidades básicas, competindo ao Legislativo, Executivo e à sociedade civil, nesses casos, a definição da reserva do possível.

Noutras palavras, a reserva do possível está diretamente relacionada à repercussão econômica nos orçamentos públicos para a concretização de direitos sociais prestacionais, donde não se nega a necessidade da efetiva disponibilidade do seu objeto, se o destinatário da norma se encontra em condições de proporcionar o gozo da prestação reclamada. Reveste-se pelo menos de três aspectos que guardam vínculo entre si e com princípios constitucionais:

[...] a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.²⁵⁵

Outrossim, a reserva do possível não constitui elemento integrante do próprio direito fundamental, mas é exterior a ele influenciando em sua eficácia. Compete ao Judiciário o exercício do mecanismo de ponderação, a partir da proporcionalidade, e

²⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 28-30.

aférir no caso concreto a possibilidade de superação da alegação de escassez de recursos.

Assim:

Não se pode afirmar que o direito fundamental já nasce com a limitação da reserva do possível de modo que, por exemplo, fornecer remédios para o tratamento de gripe é possível, enquanto fornecer remédios para o tratamento da hepatite “B” não é possível. A escassez dos recursos econômicos destinados à realização destes direitos não é natural, essencial, mas artificial, fruto da escolha realizada pelos poderes públicos. A prova desta artificialidade está no fato de que quando decisões judiciais determinam o fornecimento de certo medicamento, o Estado acaba por se organizar para promover uma dotação orçamentária capaz de suprir esta necessidade; e este remédio passa a ingressar na lista daqueles a serem obrigatoriamente fornecidos de forma gratuita a toda a população.²⁵⁶

A reserva do possível constitui, em verdade, espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, podendo atuar de forma a assegurar a observância desses mesmos direitos. Como exemplo, vislumbra-se a hipótese em que se verifica a existência de conflito de direitos, invocando-se a indisponibilidade de recursos, guardados os critérios de proporcionalidade e garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais, faz-se a opção de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.²⁵⁷

Por outro lado, é cediço que a problemática referente ao custo dos direitos, a qual se acha inegavelmente ligada à questão da reserva do possível, deságua na crise de efetividade que envolve os direitos fundamentais de todas as dimensões em razão da maior ou menor existência de recursos disponíveis para a realização de políticas sociais. Isso produz a consequência de se exigir uma deliberação mais consciente e

²⁵⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 192, 195.

²⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30.

responsável a respeito da destinação dos recursos públicos, mormente quando diminuta a disponibilidade de recursos.²⁵⁸

Há, portanto, a necessidade de se buscar o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, da maneira como a administração dirige as políticas públicas em geral, tanto no âmbito da atuação do legislador quanto na esfera administrativa. Além disso, abre-se a possibilidade de acesso à justiça “como direito a ter direitos capazes de serem efetivados”, sem contar a importância de desenvolver interpretações adequadas no que toca à legitimação do Ministério Público para atuar também no campo da efetivação dos direitos sociais.²⁵⁹

Igualmente importante a delimitação da aplicação da teoria da reserva do possível de modo a esclarecer em quais situações pode o Estado se escamotear de suas responsabilidades sociais.²⁶⁰ Por esse prisma, vale destacar a obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos da missão de aproveitar ao máximo os recursos existentes e minimizar os impactos da reserva do possível, compreendendo que se por um lado tal instituto há que ser visto com reservas, por outro também é correto que as limitações vinculadas a ele não são, em si mesmas, necessariamente indevidas.²⁶¹ Há que

²⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 31.

²⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 31

²⁶⁰ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 7, n. 32, p. 213-225, jul./ago 2005.

²⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti

se ter em mente, nessa linha de raciocínio, que a liberdade de conformação do legislador encontra-se vinculada à Supremacia da Constituição, estando a reserva do possível ligada a esses limites, tanto que:

A teoria da Reserva do Possível somente poderá ser invocada se houver comprovação de que os recursos arrecadados estão sendo disponibilizados de forma proporcional aos problemas encontrados, e de modo progressivo a fim de que os impedimentos ao pleno exercício das capacidades sejam sanados no menor tempo possível.²⁶²

A reserva do possível não autoriza a anulação dos direitos, quanto mais a se falar dos direitos fundamentais sociais e culturais. Busca-se, na verdade, a delimitação dos limites da responsabilidade jurídico-constitucional do Estado e dos governantes quando atuam em desrespeito às incumbências orçamentárias e financeiras a que estejam vinculados, omitindo-se ainda que existentes disponibilidades econômico-financeiras.²⁶³

Por outro lado, equívoca é a maneira pela qual a reserva do possível tem sido utilizada muitas vezes como argumento contrário à atuação judicial, funcionando também como justificativa genérica para o comportamento omissivo dos poderes públicos na efetivação dos direitos fundamentais, máxime de cunho social. Dessa forma, considerar a reserva do possível, quando adequado o uso dessa justificativa, repercute no entendimento que compete ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis ao atendimento dos direitos a prestações, assim como

(Orgs). **Direitos Fundamentais:** orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 32.

²⁶² SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 7, n. 32, p. 213-225, jul./ago 2005.

²⁶³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Mínimo Existencial e o Princípio da Reserva do Possível. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 5, p. 439-461, jan./jun. 2005.

da eficiente aplicação dos mesmos. Tudo isso sem perder de vista o sentido do disposto no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal.²⁶⁴

Demais disso, parece certo que se um determinado direito não é passível de ser exigido pela generalidade da sociedade, nada impede possa ser ele reclamado no plano individual, ancorado nas normas constitucionais que o assegure. Vale dizer, o cidadão, em estado premente e incontornável de penúria, tem legitimidade para pleitear que seu direito seja implementado pelo Estado, podendo socorrer-se das vias jurisdicionais. Ou seja, “a reserva do possível considera que pode ter situação em que a sociedade não seja atendida, mas cidadãos que demonstrem contingência insuperável, sim”.²⁶⁵

Realmente, o Estado não pode ser compelido à satisfação integral, a garantir apenas um resultado, mormente quando importa em altas despesas. Compete-lhe, porém, aplicar a diligência, a competência e o interesse adequados à satisfação dessa necessidade. É, então, obrigado a uma atuação de zelo, de eficiência e de acordo com os recursos materiais disponíveis para a implementação dos direitos com observância da reserva do possível no que tange à disponibilidade dos bens necessários à execução plena desses direitos.

²⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 32.

²⁶⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Mínimo Existencial e o Princípio da Reserva do Possível. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 5, p. 439-461, jan./jun. 2005.

E mesmo assim, impende salientar que restrições a direitos fundamentais sociais, com base em alegação de insuficiência de recursos financeiros, devem conter embasamento objetivo, necessário, adequado e racional para que se possa dar concreção a uma lei restritiva do alcance ou do conteúdo de um direito fundamental, comprovando-se a ausência de qualquer arbitrariedade.²⁶⁶ Nos termos dos ensinamentos de Cármen Lúcia Antunes Rocha:

Para saber se determinada providência ou política pública não se cumpriu sob a alegação de carência de recursos públicos, há que se ter como a) objetivamente demonstrável a impossibilidade material de eles voltarem ao constitucionalmente posto como fundamental no sentido de prestação dos serviços públicos essenciais em montante bastante para a sua implementação; b) demonstrado que as aplicações dos recursos em serviços não figurados constitucional ou legalmente como essenciais não forma a causa do descumprimento do primado constitucional dos gastos a serem aperfeiçoados segundo as necessidades sociais essenciais; c) mostrado que não se poderia exigir, juridicamente, conduta diversa do governante ou administrador público no sentido de modificar a forma de gastos realizados para propiciar melhor atendimento aos quesitos realizadores dos direitos fundamentais, máxime em se cuidando do que tenha sido definido como mínimo existencial a todos assegurado.²⁶⁷

Chega-se à conclusão, portanto, que a alegação da reserva do possível somente pode ser tida por aceitável quando plenamente justificável a ausência de recursos, já que não é plausível exigir-se dos governantes que realizem milagre diante da insuficiência orçamentária. Todavia, não se pode colocar de lado o acatamento dos direitos fundamentais e seu respeito intransigente, considerando-se que se tem em vista não apenas o que se gasta, mas a forma como se gasta os recursos públicos sem se olvidar

²⁶⁶ GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos Fundamentais Sociais**: releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006, p. 210.

²⁶⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Mínimo Existencial e o Princípio da Reserva do Possível. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 5, p. 439-461, jan./jun. 2005.

dos Princípios da Ética, da Justiça Social e da Solidariedade que embasam o Estado Democrático de Direito.²⁶⁸

3.2.2. *MÍNIMO EXISTENCIAL*

A legitimidade do Estado e a justificativa para a existência da sociedade residem na possibilidade que oferecem e pela condição de garantia a todos os homens e a cada um de superarem as deficiências e expandirem as suas condições de vida pela benéfica convivência uns com os outros. E é por essa razão que as Constituições atribuem valor de princípio à dignidade tornando-se dever jurídico a sua observância, de forma a “[...] ser cumprido no sentido de dotar a sociedade de condições materiais e econômicas que permitam às pessoas libertarem-se de situações de precariedade que os indisponham ao exercício dos direitos que lhes asseguram a dignidade humana”.²⁶⁹

E para que seja resguardada essa dignidade não se pode prescindir de uma organização da sociedade, especialmente do Estado, a fim de que ocorra o aperfeiçoamento das atribuições que lhe são conferidas com a finalidade de assegurar a implementação do mínimo necessário à existência digna.²⁷⁰

Nesse cenário, o conceito de mínimo existencial impõe-se como determinante constitucional quanto aos comportamentos sociais e as políticas estatais, contendo o conjunto de condições materiais, sociais, político-econômicas, culturais e

²⁶⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Mínimo Existencial e o Princípio da Reserva do Possível. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 5, p. 439-461, jan./jun. 2005.

²⁶⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Mínimo Existencial e o Princípio da Reserva do Possível. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 5, p. 439-461, jan./jun. 2005.

²⁷⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Mínimo Existencial e o Princípio da Reserva do Possível. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 5, p. 439-461, jan./jun. 2005.

psicológicas que constituem o básico necessário a cada ser humano para viver dignamente. Bem esclarece Cármen Lúcia sua importância:

O mínimo existencial, o conjunto das condições primárias sociopolíticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente – em especial aqueles que se dotam de conteúdo próprio, os direitos assegurados constitucionalmente, e aqueles que se referem aos fundamentais individuais e sociais – é que garante que o princípio da dignidade humana dota-se de conteúdo determinável (conquanto não determinado abstratamente na norma constitucional que o expressa), de vinculabilidade em relação aos poderes públicos, os quais não podem atuar no sentido de lhe negar a existência ou de não lhe assegurar a efetivação, de densidade que lhe concede conteúdo, sem o qual não se pode afastar o Estado.

Vale afirmar que não apenas o Estado, mas também a sociedade que o forma, tem a sua organização justa quando informada pelo princípio da solidariedade, donde emana, então, o compromisso de cada cidadão com o outro, vinculando-se ela, ainda, com a concretização dos direitos que estão na base do respeito à dignidade humana. A garantia do mínimo existencial determina os rumos e meios a serem utilizados pelo Estado para a definição de suas políticas públicas e informa a rota social para a sua organização consentânea com os valores que estão na base da convivência que nela se estabelece e nas relações que nela se desenvolvem.²⁷¹

Conforme salienta Fernando Facury Scaff o conceito de mínimo existencial, tendo por base o primado da liberdade, deve possuir maior amplitude naqueles países que se encontram na periferia do capitalismo. Isso porque,

[...] quanto mais desigual economicamente for a sociedade, maior a necessidade de assegurar os direitos fundamentais sociais àqueles que não conseguem exercer suas capacidades (ou liberdades reais) a fim de lhes assegurar o direito de exercer suas liberdades jurídicas. Para assegurar o 'mínimo existencial' no âmbito positivo (*status positivus libertatis*), é imperioso garantir o status de direito fundamental aos direitos sociais. Sem isso, os direitos fundamentais serão letra morta, pois se configurarão em liberdades jurídicas, sem possibilidade fática de exercício por grande parte da sociedade. Grande parte da população será parcialmente excluída da comunidade jurídica pois não poderá exercer seus direitos, mas será compelida a cumprir seus deveres para com o Estado e as demais parcelas da sociedade.²⁷²

²⁷¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Mínimo Existencial e o Princípio da Reserva do Possível. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 5, p. 439-461, jan./jun. 2005.

²⁷² SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 7, n. 32, p. 213-225, jul./ago 2005.

No Brasil, não há previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial. Entretanto, a garantia de uma existência digna consta do elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica.²⁷³

E, conforme reconhece a doutrina, o mínimo existencial está imbricado na dignidade humana que é princípio fundante dos direitos de defesa e dos direitos sociais a prestações, além de influir no jogo de ponderação com outros princípios constitucionais perante interesses emergentes.²⁷⁴ Demais disso, o mínimo existencial, formado que é pelas condições materiais básicas para a existência, além da proteção dos direitos individuais, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana, devendo ser reconhecida sua eficácia jurídica positiva ou simétrica, quer dizer, sua exigibilidade diante do Poder Judiciário.²⁷⁵

Disso se extrai que o Poder Judiciário pode determinar a realização das prestações positivas, não se encontrando tais direitos fundamentais sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo. Ao contrário, a proteção positiva do mínimo existencial não tem relação de dependência com a reserva do possível, cuja fruição independe do orçamento e de políticas públicas, na medida em que se compreendem nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos

²⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 24-25.

²⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60, 85, 102.

²⁷⁵ BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 278.

essenciais e na organização de estabelecimentos públicos, tais como hospitais e escolas primárias, dentre outros.²⁷⁶

Noutra forma de dizer, a garantia de condições materiais essenciais à dignidade humana, mínimo existencial, constitui prioridade do Estado brasileiro que haverá de repercutir na maneira como são gastos os recursos públicos, os quais deverão ser empregados prioritariamente para a consecução dessa prioridade. Na mesma linha de raciocínio, chega-se à conclusão de que a reserva do possível não poderia ser considerada substancialmente relevante nesse contexto, pela razão de que se está cuidando de prioridade máxima. Daí a importância do estabelecimento de parâmetros para um conteúdo concreto do mínimo existencial, conhecidas as limitações financeiras estatais de determinado momento histórico, o que liberaria a autoridade judiciária, nessas hipóteses, de discutir o argumento da reserva do possível. Isso porque, parte-se para a presunção de que o Poder Público dispõe de recursos para atender, pelo menos, as necessidades que integram esse mínimo existencial.²⁷⁷

Consoante proposta de Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial seria integrado por quatro elementos, sendo três materiais e um instrumental, quais sejam: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Conforme aduz a autora “[...] esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o

²⁷⁶ TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e os Desafios de Natureza Orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 81-82.

²⁷⁷ BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 272-274.

status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário”. Passo seguinte, explica que educação e saúde constituiriam um primeiro momento da dignidade humana. A assistência aos desamparados asseguraria o direito a um patamar mínimo, diante do qual não seria permitido viver aquém das necessidades estipuladas. O acesso à justiça, por fim, constituiria o elemento instrumental para assegurar a eficácia positiva reconhecida aos elementos que constituem o mínimo existencial.

CONCLUSÃO

Com a passagem do modelo de Estado liberal para o modelo de Estado social, o fortalecimento das Constituições nacionais e o condicionamento dos poderes públicos à vontade constitucional, não há como negar a predominância da escorreita interpretação que confere plena eficácia aos direitos fundamentais sociais com previsão nas normas constitucionais.

A Constituição brasileira, de natureza dirigente, é vinculativa a todos os órgãos públicos, sendo obrigatória a observância aos seus preceitos, seja no que diz respeito à organização estatal e delimitação de competências, seja no que tange à estipulação de programas de direção para o futuro.

Nessa ordem de idéias, assume papel fundamental a previsão de normas programáticas de direitos sociais no texto constitucional, que atribuem tarefas, estabelecem programas e fins a serem perseguidos pelo Estado, mais do que recomendações ou meras diretrizes a serem cumpridas ao alvedrio do Poder Público.

Certo é que as normas programáticas que veiculam direitos sociais possuem juridicidade, são imperativas e vinculam os agentes públicos e órgãos estatais, além de toda a sociedade. Elas também ensejam a formação de direitos subjetivos, acionáveis perante o Judiciário, ao qual cumpre o dever de resguardo de suas disposições, assegurando-lhes aplicação integral.

Assim, não subsiste o fundamento que se esteia no Princípio da Separação de Poderes para afastar a intervenção judicial na implementação de políticas públicas previstas na Constituição. Isso porque no modelo de Estado Social, adotado em nosso País, há necessidade de uma magistratura pronta para assegurar o cumprimento das normas de direito material, para além de se exaurir nas discussões relativas às limitações de caráter econômico.

Cabível, portanto, o controle de constitucionalidade praticado pelo Judiciário sobre os atos do Estado quando existente violação arbitrária à vontade constitucional, seja por meio de ação, seja por meio de conduta omissiva.

Na esteira desse raciocínio, não tem lugar a prática de arbitrariedades por parte do Poder Público com base na discricionariedade administrativa. Esse atributo do ato administrativo, informado que é pelos critérios da conveniência e da oportunidade, sofre restrições quando em jogo a concretização de direitos fundamentais sociais, onde a possibilidade de escolha é menor tendo em vista a indisponibilidade do interesse público e a subordinação da atividade discricionária também à lei.

Da mesma forma, sujeita-se ao controle jurisdicional as omissões inconstitucionais, na medida em que os fins estipulados na Constituição Federal não podem ficar condicionados à mera vontade política do governo, que pode assumir um comportamento ameaçador e contrário à ordem constitucional.

Noutro giro, quando da realização dos direitos fundamentais sociais, há a necessidade do exercício de um juízo de ponderação na aplicação e gestão dos

orçamentos públicos considerando os custos envolvidos. Porém, o Estado não está autorizado com base em limitações de recursos a se escusar, por exemplo, do fornecimento de serviços básicos de saúde aos mais carentes, de assegurar o acesso à Justiça, à previdência social, ao ensino fundamental, de prestar assistência à maternidade, à infância ou aos adolescentes, como também às pessoas portadoras de deficiência.

É impositivo que o Poder Público ao utilizar o argumento da Reserva do Possível comprove a falta efetiva dos recursos indispensáveis ao atendimento dos direitos a prestações. Ainda assim, é devida a observância à garantia de um mínimo existencial suficiente à sobrevivência digna da pessoa humana, cuja fruição não depende do orçamento e das políticas públicas.

Do que restou exposto, não há como negar a aplicabilidade plena das normas constitucionais que veiculam direitos fundamentais sociais. Tal concepção está relacionada à consagração de um Estado Constitucional de Direito, sem olvidar do papel desempenhado pela Constituição de norma jurídica fundamental com ampla supremacia jurídica.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. **Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Do Estado liberal ao Estado Social**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas programáticas**. 1. reimp. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. **Direito Constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 15, p. 7-17, abr./jun. 1996.

_____. Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos: o direito à emanção de normas jurídicas e a protecção judicial contra as omissões normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. **Congresso Brasileiro de Direito Constitucional**, Curitiba, 2002. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

_____. Poder Judiciário: autonomia e justiça. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 117, p. 293-308, jan./mar. 1993.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org). **Leituras Complementares de Constitucional: direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2006.

_____. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à Divisão dos Poderes: um princípio em decadência? **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 9, p. 40-48, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Constituição e Governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos Fundamentais Sociais: releitura de uma constituição dirigente**. Curitiba: Juruá, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Resenha do Prefácio da 2ª Edição. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997, vol. 1, p. 236. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LOPES, José Reinaldo Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José E. (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação Civil Pública. Lei 7.347/85 – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia Dos Direitos Sociais**: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Bahia: Juspodivm, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. **Revista de Direito Social**, Porto Alegre, ano 2, n. 7, p. 137-164, jul./set. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle da Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

OLIVEIRA, Fábio de. A Constituição dirigente: morte e vida no pensamento do doutor Gomes Canotilho. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 28, p. 195-228, jan./jun. 2005.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. Curitiba: Juruá, 2008.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIOVESAN, Flávia. Constituição e Transformação Social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 37, p. 63-74, jun. 1992.

_____. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Constitucionalismo Contemporâneo e a Instrumentalização para a Eficácia dos Direitos Fundamentais. **Revista CEJ**, n. 3, p. 76-91, set./dez. 1997.

_____. O Mínimo Existencial e o Princípio da Reserva do Possível. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 5, p. 439-461, jan./jun. 2005.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Os Direitos Fundamentais Sociais na Ordem Constitucional Brasileira. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 25, n. 55, p. 29-74, jun. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 7, n. 32, p. 213-225, jul./ago 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: Construindo uma Nova Dogmática Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e os Desafios de Natureza Orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direitos Fundamentais:** orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.