

5

Interpretação e controle judicial da eficácia das normas constitucionais de direitos sociais *Interpretation and judicial control of the effectiveness of constitutional law of social rights*

RODRIGO SOLDI

Advogado da União; especialista em Direito Constitucional; mestre e doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

RESUMO

A análise sobre a eficácia das normas constitucionais de direitos sociais parte da classificação em três grupos principais, baseada nos diferentes efeitos das normas de direitos sociais. A complexa relação entre o Poder Judiciário e a eficácia das normas constitucionais de direitos sociais é tratada com profundidade, procurando compreender a noção de núcleo essencial dos direitos fundamentais e a relação do princípio da dignidade da pessoa humana como importante função demarcatória. Destaca-se também o princípio da proibição do retrocesso, que representa a garantia da eficácia progressiva dos direitos sociais, tendo por função servir de baliza para o exercício do direito de defesa dos direitos fundamentais. Nesse contexto, a implementação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário encontra limites; por isso, é trazida ao debate a questão sobre a implicação da garantia do mínimo essencial e o possível conflito com a escassez de recursos, cujo critério de ponderação denomina-se “reserva do possível”. O princípio da proibição do retrocesso é uma garantia da eficácia progressiva dos direitos sociais, significando um marco para o exercício do direito de defesa dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: constituição; direitos sociais; políticas públicas; democracia.

abstract

The analysis of the effectiveness of constitution standards of social rights part of the classification into three main groups, based on the different effects of standards of social rights. The complex relationship between the Judiciary and the effectiveness of constitutional standards of social rights is treated with depth, seeking to understand the notion of essential core of fundamental rights and respect the principle of human dignity as an important demarcation function. Also noteworthy is the principle of prohibition of the return, which represents the guarantee of the effectiveness of progressive social rights, serves as a beacon for the exercise of the rights of the defence of fundamental rights. In this context, the implementation of social rights by the judiciary finds limits, so it is brought to debate the implications of the essential minimum guarantee and possible conflict with resource scarcity, whose weighting criterion is called “reserve for contingencies”. The principle of prohibition of reverse is a guarantee of the progressive social rights effectiveness, meaning a landmark for the exercise of rights of defence of fundamental rights.

Keywords: constitution; social rights; judicial control; public policies; democracy.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O modelo da Constituição Federal de 1988 e os direitos sociais. 3. Normas constitucionais definidoras de direitos sociais. 3.1 Direitos fundamentais de defesa. 3.2 Normas constitucionais que ensejam prestações positivas do Estado. 3.3. Normas que contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma constitucional regulamentadora. 4. O controle judicial das políticas públicas de direitos sociais: um panorama sobre os limites de aplicabilidade dos direitos sociais. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O estudo sobre a eficácia das normas constitucionais é um tema sensível, que leva a reflexões sobre a própria perspectiva filosófica que se tem acerca do Direito. Quando o enfoque é voltado para as normas constitucionais de direitos sociais, permite-se pensar sobre diversos questionamentos referentes à eficácia nos dias atuais, inclusive os limites jurídicos para efetivar esses direitos fundamentais no modelo da Constituição de 1988.

Não se pode perder de vista que a efetivação ocorre de diversas gradações, conforme a espécie de norma constitucional. No entanto, o reconhecimento da força normativa dos direitos sociais significa, em última análise, cumprir o fundamento constitucional de realização da justiça social. Para tanto, parte-se da classificação da eficácia das normas constitucionais de direitos sociais, a sua efetivação é de diversa natureza, conforme sua eficácia e o valor perseguido.

Sem se afastar dos aspectos jurídicos do tema, procura-se avançar e ampliar o campo de análise, visando a contribuir para um panorama da efetivação das normas de direitos sociais pelo Estado.

O enfoque dado ao controle judicial da aplicabilidade das normas de direitos sociais significa enveredar no dificultoso e tormentoso limite do Poder Judiciário em concretizá-las, sobretudo por permear os limiares da repartição das competências constitucionais.

Desta forma, pretende-se desenvolver uma abordagem do tema numa perspectiva da totalidade, ou seja, sem separar o Estado de suas estruturas sociais. O discurso jurídico, para que tenha aplicabilidade e legitimidade, não pode estar dissociada do compromisso com a transformação das estruturas sociais, que são a base da própria efetividade da norma constitucional.

2. O MODELO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS DIREITOS SOCIAIS

Dentre os temas atuais, pode-se afirmar que a questão da efetividade dos direitos sociais é um daqueles que evidenciam sérios debates jurídicos, tendo em vista a tendência atual de jurisdicionalização da política. Em razão disso, a preocupação central consiste normalmente em fazer um estudo hermenêutico sobre a garantia da aplicabilidade das normas constitucionais de direitos sociais pelo Poder Judiciário. Reconhece-se que existem atualmente diversos estudos de alto valor doutrinário, o que ressalta a importância do Poder Judiciário no papel de garantidor da aplicabilidade das normas constitucionais.

Sem um afastamento dos aspectos jurídicos do tema, procurar-se-á avançar e ampliar o campo de análise, visando a contribuir para um panorama da efetivação das normas de direitos sociais pelo Estado.

Para isso, a dificuldade da Constituição em pretender transformar a realidade pelo direito posto representa um dos pontos principais sobre os entraves que encontrados na realidade.

Portanto, se o enfoque ficar adstrito à visão fragmentária da Constituição, restrito ao ordenamento jurídico positivo, encontrar-se-ão barreiras intransponíveis para a superação dessas dificuldades.

Desta forma, pretende-se desenvolver uma abordagem do tema na perspectiva da totalidade, ou seja, sem separar o Estado de suas estruturas sociais. O discurso jurídico, para que tenha aplicabilidade e legitimidade, não pode estar dissociada do compromisso com a transformação das estruturas sociais, que são à base da própria efetividade da norma constitucional.

Em breves palavras, Gilberto Bercovici sintetizou bem a questão da crise da Constituição dirigente porquanto “consiste em ter a pretensão de resumir ou abarcar em si a totalidade do político no âmbito deste universo normativo fechado, onde prosperou o ‘positivismo jurisprudencial’”¹.

Então, não há dúvida em afirmar que a discussão atual está em estabelecer a fronteira entre a eficácia do Direito Constitucional e a política, bem como os limites do controle jurídico das políticas públicas.

O processo de elaboração da Constituição de 1988 tem estreita vinculação com a formatação atual dos direitos fundamentais na ordem constitucional, visto que representou o marco fundamental do processo de redemocratização do País após mais de duas décadas de regime militar ditatorial.

Nesse contexto, foi a primeira Constituição em toda a história do Brasil que previu um título próprio destinado aos princípios fundamentais, anterior ao título dos Direitos Fundamentais.

No âmbito do Estado Social de Direito, os direitos fundamentais possuem primazia inquestionável, pois a garantia do livre exercício dos direitos individuais e sociais traduz-se na demonstração de respeito à democracia e de um Estado com conteúdo material, que persegue os valores garantidores do bem-estar, o que, em síntese, significa a realização da justiça social.

No enfoque dessa exposição, o reconhecimento do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana recebeu uma cuidadosa atenção no ordenamento jurídico constitucional brasileiro. Em razão do próprio momento histórico nacional, a Constituição reforçou sua presença na ordem econômica, ao assegurar a todos uma existência digna (artigo 170, *caput*), como na ordem social, quando prescreveu

¹ BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 61, p. 5-24, São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n6>>. Acesso em: 18 de outubro de 2007.

o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável (artigo 226, parágrafo 7º) e ao garantir a proteção à criança e ao adolescente (artigo 227, *caput*).

Isso não significa que a dignidade da pessoa humana esteja restrita aos dispositivos constitucionais apontados. Ingo Wolfgang Sarlet demonstrou que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser considerado como critério basilar, mas não exclusivo para a construção de um conceito material de direitos fundamentais, assumindo a função de proliferador de direitos fundamentais ao longo dos tempos².

A existência dos direitos sociais acolhidos pela Constituição de 1988 não deixa de se inspirar na Constituição mexicana de 1917 e na alemã de 1919 (Constituição de Weimar). Em especial, com o advento da Constituição de Weimar, em 1919, representou-se o modelo constitucional que pôs um divisor de águas, com o reconhecimento de direitos sociais que alterou a organização estatal, estabelecendo um conjunto de direitos econômicos e dos direitos dos trabalhadores, especialmente no artigo 165, que a doutrina alemã denominou na época de constituição econômica³.

Além disso, o debate de Weimar possui um grau de relevância atual para as questões alusivas à teoria de Estado, através de métodos distintos de compreensão da Constituição.

O debate de Weimar contribuiu para o surgimento da teoria material da Constituição, em que a política passou a ser dirigida, tema que não fazia parte das Constituições liberais do século XIX, as quais tinham por objetivo apenas garantir o livre jogo das forças do mercado.

Então, houve a passagem do modelo de Constituição liberal, fundada na filosofia iluminista do século XVIII, que protegia somente os direitos individuais contra intervenções do Estado para aquelas denominadas de Bem-Estar Social. O resultado da tentativa de revolução socialista, ainda que não tenha alcançado seu objetivo, compeliu o Estado a reconhecer a existência de diferenças sociais, que demandam a previsão de direitos sociais que determinem a realização de prestações positivas do Estado.

² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 127.

³ HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constitución y derechos sociales. *Revista Derecho del Estado*, n. 15, p. 83, Bogotá, diciembre, 2003.

Feito este breve parêntese, encontra-se, na Constituição de 1988, a multifacetária forma de manifestação do princípio da igualdade no artigo 6º, o qual enuncia os direitos sociais básicos, no artigo 7º, com os direitos fundamentais dos trabalhadores, além de outros dispersos, sobretudo nos títulos “Da Ordem Econômica” e “Da Ordem Social”.

De fato, o conteúdo dos direitos fundamentais não se restringe ao consagrado na Constituição em razão da abertura dada pelo artigo 5º, parágrafo 2º, que configura uma norma constitucional inclusiva de direitos não expressos na Constituição.

Ingo Wolfgang Sarlet ensinou que o dispositivo consagra um conceito materialmente aberto da Constituição, encerrando a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos, como também de direitos fundamentais decorrentes de tratados internacionais. No campo dos direitos implícitos e/ou decorrentes dos princípios, têm sido exploradas na doutrina as possibilidades de desenvolvimento neste âmbito, como o direito à identidade genética da pessoa humana, o direito à identidade pessoal, as garantias do sigilo fiscal e bancário, dentre outros⁴.

Diante deste quadro, pode-se concluir que existem duas espécies de direitos fundamentais: os direitos materiais e formalmente fundamentais e os direitos apenas materialmente fundamentais, que são aqueles que estão fora do corpo do texto constitucional.

O reconhecimento dos direitos fundamentais com fonte no Direito Internacional implica uma questão tormentosa, que faz deparar uma série de problemas. Anteriormente ao advento da Emenda Constitucional n. 45, havia um debate sobre a eficácia dos tratados internacionais de direitos humanos.

Uma corrente doutrinária (Flávia Piovesan, Caçado Trindade e André Ramos Tavares, dentre outros juristas) permaneceu com a visão material dos tratados que abordassem os direitos humanos, lastreada na defesa da eficácia imediata dos tratados internacionais de direitos humanos com *status* constitucional, com base na redação original do artigo 5º, parágrafo 2º. Neste caso, a Constituição abrigava a teoria monista com preponderância no Direito Internacional.

No entanto, esse posicionamento não foi acolhido por outra parcela da doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal, que firmou entendimento pela teoria dualista com primazia no direito interno, o que significou a exigência de ratificação interna

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 99 e 103-104.

para o tratado passar a ser considerado como norma com equivalência hierárquica às leis ordinárias.

Com o advento da EC n. 45, houve a inclusão do parágrafo 3º no artigo 5º, colocando uma pá de cal sobre a problemática, pois somente os tratados e convenções internacionais de direitos humanos que forem aprovados segundo o procedimento da referida emenda constitucional terão efeitos equivalentes.

Ainda que continue a celeuma sobre a eficácia dos tratados constitucionais ratificados antes da inclusão do parágrafo 3º do artigo 5º, pelo fato de já terem sido aprovadas, seriam recepcionadas ou não a partir da sua promulgação com *status* constitucional. O cerne do problema refere-se à possibilidade de existirem direitos fundamentais de dois níveis hierárquicos: um com eficácia constitucional e outro com eficácia infraconstitucional.

A questão ainda não está fechada, mas há vozes na doutrina, como a de André Ramos Tavares, que sustentou a tese que declara haver novação legislativa pela introdução de um novo fundamento de validade. Em outras palavras, as convenções e os tratados anteriores que versam sobre direitos humanos incorporados ao direito interno passam automaticamente a ter eficácia material de emenda constitucional⁵.

Como não se trata do objetivo principal da exposição aqui efetuada, desde já é possível ter uma perspectiva mais ampliada sobre a importância dos direitos fundamentais, assim como a demonstração da disposição política do País em face da comunidade internacional.

Outro aspecto relevante consiste em identificar o caráter dirigente da Constituição vigente, uma vez que são encontrados inúmeros dispositivos que estabelecem as premissas materiais das políticas públicas, através da prescrição de tarefas e fins, a fim de que haja a transformação da sociedade.

Gilberto Bercovici explicou que a expressão Constituição dirigente foi empregada por Peter Lerche. Segundo o autor alemão, as Constituições modernas caracterizam-se por uma série de diretrizes constitucionais que são imposições permanentes ao legislador, e que somente neste âmbito restringir-se-ia a discricionariedade do legislador. Portanto, alertou sobre a diferença da concepção para com a obra de Canotilho. Enquanto Lerche preocupou-se em definir as normas

⁵ TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 47-48.

que vinculam o legislador e concluiu que as diretrizes permitem a discricionariedade material do legislador, Canotilho entendeu que toda a Constituição é dirigente⁶.

Nesse sentido, Canotilho salientou a importância da inclusão de premissas materiais basilares das políticas públicas em um Estado e uma sociedade política que pugnem pela garantia dos direitos democráticos e sociais.

Tanto sob a forma de princípios como de regras constitucionais, as normas programáticas são dotadas de eficácia normativa, mas possuem limites dentro do próprio ordenamento jurídico.

As normas programáticas culminam num impasse, porque são incapazes de regular de modo direto e imediato, e, como acentuou Crisafulli, apenas estabelecem aos órgãos governamentais como deverão ou poderão fazer relativamente a determinados assuntos. Assim, na prática, essas normas passaram a não ter valor concreto, em dissonância da intenção de seus divulgadores⁷. A eficácia das normas constitucionais de direitos sociais está intrinsecamente relacionada com a própria natureza finalística da Constituição, assim como estão os direitos sociais para o direito econômico.

Canotilho constatou com perspicácia a realização de políticas públicas de direitos fundamentais como condição para o livre desenvolvimento da personalidade e a defesa da dignidade da pessoa humana. Todavia, reconheceu a diferença entre a consagração dos direitos sociais e a imposição de implementação de políticas públicas:

Mas uma coisa é recortar juridicamente um catálogo de direitos de terceira geração, e outra fazer acompanhar a positivação dos direitos de um complexo de imposições constitucionais tendencialmente conformadoras de “políticas públicas” de direitos econômicos, sociais e culturais⁸.

Da mesma forma, como já foi dito, existem estreitas relações entre direitos sociais e direitos econômicos. Assim explicou didaticamente José Afonso da Silva:

O direito econômico tem uma dimensão institucional, enquanto que os direitos sociais constituem formas de tutela pessoal. (...) Os direitos sociais disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto. Em certo sentido,

⁶ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 34-35. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 12-13.

⁷ CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizione di principio*. Milano: Giuffrè, 1952. p. 53-55.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. XX.

pode-se admitir que os direitos econômicos constituirão pressupostos de existência dos direitos sociais, pois, sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos⁹.

Até aqui se pode chegar à conclusão de que a problemática da eficácia dos direitos fundamentais materiais, principalmente aqueles que exigem ações afirmativas no exercício das funções estatais, é complexa. A competência do Judiciário tem alcance limitado no exercício de sua função típica, impedindo-o muitas vezes de concretizar os direitos sociais.

3. NORMAS CONSTITUCIONAIS DEFINIDORAS DE DIREITOS SOCIAIS

O reconhecimento da força normativa dos direitos sociais significa, em última análise, cumprir o fundamento constitucional de realização da justiça social. Para tanto, a sua efetivação é de diversa natureza, conforme a espécie de norma constitucional segundo sua eficácia e o valor perseguido.

Para que se tenha uma visão mais definida das formas de produção de efeitos das normas constitucionais, optou-se pela classificação de Luis Roberto Barroso. Segundo o mencionado jurista, as normas constitucionais definidoras de direitos sociais são classificadas em três grupos:

- a) normas geradoras de situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção ou direitos de defesa de direitos fundamentais;
- b) normas que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado;
- c) normas que contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma constitucional integradora.

3.1 Direitos fundamentais de defesa

Na concepção de direito de defesa, os direitos fundamentais são normas de eficácia plena, autoexecutáveis, pois, assegurando a garantia da abstenção do Estado, garantem o exercício do direito.

⁹ SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional positivo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 289.

Gilmar Ferreira Mendes, com base no pensamento de Konrad Hesse, observou que estes direitos fundamentais contêm disposições definidoras de competência negativa do Poder Público, que fica obrigado a observar o núcleo fundamental de liberdade constitucionalmente assegurado à pessoa. São as chamadas liberdades negativas, vistas aqui sob a dimensão social. Neste caso, a relação jurídica se assemelha à que decorre dos direitos individuais. Portanto, a observância destes direitos requer do Estado uma omissão ou um não fazer.

Por exemplo, cita-se o direito de greve previsto no artigo 9º da CF, para os trabalhadores da iniciativa privada, e no artigo 37, inciso VII, do mesmo diploma, para os servidores públicos.

3.2 Normas constitucionais que ensejam prestações positivas do Estado

Os direitos de defesa são insuficientes para assegurar a plenitude dos direitos sociais preconizados na Constituição. Ao invés de apenas assegurar um “não fazer” do Estado proveniente do texto constitucional, agora demanda o dever jurídico de entrega de uma prestação efetiva.

Se, por um lado, os direitos fundamentais individuais requerem preponderantemente uma abstenção do Estado, de outro, os direitos sociais pressupõem uma conduta positiva do Estado. Aqui está o ponto principal onde o direito posto por si só encontra seus limites e, como consequência, as dificuldades relativas à implementação desses direitos.

A garantia dos direitos sociais está vinculada à própria razão de ser do Estado Social, a fim de estabelecer uma igualdade jurídica material, política e social por meio de mudança estrutural.

Nesse contexto, surgem diversos questionamentos, pois exigem uma atuação positiva do Poder Público por intermédio de regulamentação estatal. Outro problema desses direitos é a insuscetibilidade de manutenção integral, já que depende do ambiente social em que está inserido, acabando por fazer a questão se deparar com as fronteiras da política.

Entra-se, assim, num embate de teorias cujos caminhos podem chegar a panoramas distintos sobre os limites de exequibilidade dos direitos sociais.

Norberto Bobbio identificou muito bem a polêmica, o que reforça a absoluta impossibilidade de se descontextualizar o “dever ser” do “ser”. Não se trata de emissão de opinião, mas de aferir a objetividade da efetivação da Constituição. O filósofo italiano ressaltou que o argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos fundamentais, particularmente contra os direitos sociais,

não é a sua falta de fundamento, mas sua exequibilidade. Enunciá-los não existe óbice, visto que se obtêm com facilidade, independentemente da convicção de seu fundamento absoluto. Todavia, quando se trata de efetivá-los, passando para a sua concretização, surgem entraves por meio de reservas e disposições. “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.¹⁰

Diante dessa realidade, existem teorias que sustentam que os direitos sociais não são verdadeiros direitos porque constituem meros programas de ação governamental. Seriam apenas disposições dependentes de regulamentação pelo Legislativo, sem a qual se tornam inexigíveis.

Clèmerson Mèrlin Clève fez um interessante estudo sobre a eficácia das normas de direitos sociais, cuja premissa básica consiste em ultrapassar a doutrina que interpreta as disposições programáticas como normas despidas de eficácia. O artigo 6º não pode ser interpretado como norma programática, devendo ser considerado disposição de direito fundamental¹¹.

É sabido de todos que as normas constitucionais são dotadas de força normativa, portanto aptas a produzir efeitos concretos independentemente de regulamentação. Os direitos sociais são os que têm encontrado maiores dificuldades de efetivação. Uma das dificuldades que eles têm enfrentado consiste em evidenciar uma identidade absoluta entre os direitos sociais e as normas programáticas, reduzindo todas as hipóteses em que se exigissem prestações positivas.

A crise de efetividade de identidade da Constituição em virtude da evidente exclusão econômica e a insatisfatória prestação ou mesmo omissão do Estado Social, numa conjuntura de fragilização das estruturas políticas e fortalecimento do poder econômico que rompe as fronteiras dos Estados, agravam as desigualdades nos países periféricos, inclusive com repercussão nos países desenvolvidos, cuja pobreza vem aumentando.

Assim, procuram-se na Constituição formas jurídicas para a satisfação das normas constitucionais sobre direitos sociais. Estes esforços vêm ganhando espaço no mundo jurídico e logrando alguns êxitos. Nesse particular, Clèmerson Merlin Clève conseguiu identificar a natureza dos direitos sociais, seus efeitos e os limites

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24.

¹¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*, n. 22, p. 19-29, Curitiba, julho/dezembro, 2003. Disponível em: <http://boletimcientifico.esmpu.gov.br/boletins/boletim-cientifico-n.-8-2013-julho-setembro-de-2003/a-eficacia-dos-direitos-fundamentais-sociais/at_download/file>. Acesso em: 1 de março de 2012.

nos quais a pessoa pode pleitear sua satisfação perante o Judiciário. Conforme seu entendimento, na Constituição Federal, inclusive no artigo 6º, encontrou direitos constitucionais originários e direitos prestacionais derivados.

Os primeiros podem ser reclamados à Administração Pública desde logo, ou mesmo pleiteados judicialmente, mesmo se não houver norma regulamentadora. Esses direitos criam situações jurídicas subjetivas, que permitem ao Judiciário determinar a satisfação do direito no caso concreto.

O direito à educação, especialmente o ensino fundamental, constitui um direito constitucional originário. Ainda que não houvesse lei concernente, até mesmo previsão de fonte de custeio no orçamento, a Constituição Federal afirmou que o acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo.

Essa hipótese chegou a ser objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 436.996 – SP, interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em ação civil pública promovida para garantir matrícula de criança em creche municipal, porque o Tribunal de Justiça houvera decidido que o caso se tratava de ato discricionário da Administração.

A Corte Suprema refutou os argumentos da decisão em segundo grau, levando-se em conta que a educação infantil representa uma prerrogativa constitucional indisponível (artigo 208, inciso IV). Em seu processo de concretização, não se subordina a avaliações meramente discricionárias diante da imposição estatuída no artigo 211, parágrafo 2º, da Constituição Federal. Por fim, ressaltou a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas definidas pela própria Constituição sempre que os órgãos estatais incumbidos destes encargos políticos, com sua omissão, venham a comprometer a eficácia e a integridade dos direitos sociais.

Por sua vez, os direitos prestacionais derivados não se realizam integralmente sem a prévia regulamentação, isto é, sem que haja uma política de serviços e de existência de recursos orçamentários. Atestou Clèmerson Merlin Clève que, dentre os direitos sociais, estes são a maioria¹².

¹² CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*, n. 22, Curitiba, p. 19-29, julho/dezembro, 2003. Disponível em: <http://boletimcientifico.esmpu.gov.br/boletins/boletim-cientifico-n.-8-2013-julho-setembro-de-2003/a-eficacia-dos-direitos-fundamentais-sociais/at_download/file> Acesso em: 1 de março de 2012.

3.3 Normas que contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma constitucional regulamentadora

À medida que se aprofunda o assunto, mais se adentra numa floresta densa de dificuldades. As limitações do ordenamento constitucional positivado em garantir a aplicabilidade das normas programáticas demonstram a própria limitação do Poder Judiciário.

Cuida-se de normas que apresentam a característica comum de baixa densidade normativa, ou seja, não possuem normatividade suficiente para permitir a plena eficácia, porquanto elas estabelecem programas, metas, tarefas a serem implementados pelo Estado, que determinadas imposições dirigidas ao legislador¹³.

Como já havia mencionado anteriormente, a eficácia dos direitos sociais tem uma imbricação com a dinâmica da Constituição dirigente, no sentido de que as normas impositivas atribuem a tarefa de concretizar os programas, fins e tarefas que visam à transformação da sociedade.

Não se nega que, mesmo assim, as normas programáticas sejam absolutamente destituídas de eficácia. É verdade que toda norma jurídica possui um mínimo de eficácia, ainda que seja negativa, invalidando todos os atos legislativos que com ela estejam em contradição.

Existem, então, diferentes “cargas de eficácia” comuns a todas as normas definidoras de direitos fundamentais, ensinou Ingo Wolfgang Sarlet, dentre as quais podem se destacadas as seguintes:

- a) acarretam a revogação dos atos normativos anteriores ao conteúdo da norma de direito fundamental, como consequência a inaplicabilidade, dando-lhes plena eficácia derogatória;
- b) contêm imposições ao legislador, a fim de não apenas concretizar programas, tarefas, fins e ordens, mas também estabelecem as premissas materiais preestabelecidas que o legislador deve respeitar para cumprir seu desiderato. Tomando-se como exemplo o artigo 215 da Constituição Federal, é determinado ao legislador estabelecer os meios e os critérios pelos quais deverá realizar as finalidades estabelecidas, ou seja, a norma constitucional fixa os fins, deixando ao legislador optar pelos meios e critérios mais adequados;

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 93.

- c) impõem a declaração de inconstitucionalidade de todos os atos normativos promulgados após a vigência da Constituição, casos colidentes com o conteúdo dos direitos fundamentais;
- d) constituem parâmetro de interpretação, integração e aplicação de normas jurídicas, porque contêm diretrizes, princípios e fins que condicionam as atividades dos órgãos estatais. Neste aspecto, influenciam o Poder Judiciário e a Administração na aplicação das demais normas jurídicas;
- e) geram algum tipo de posição jurídico-subjetiva, tomando-se em sentido amplo, de gerar no mínimo direito subjetivo de sentido negativo, pois permitem ao indivíduo exigir do Estado que o mesmo se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma de direito fundamental;
- f) concretizados determinados direitos sociais prestacionais, estes acabam por transformar-se em direito de defesa conhecida como princípio de proibição do retrocesso¹⁴.

Essas normas não conferem irradiação imediata de seus efeitos, nem permitem às pessoas terem utilidade substancial, concreta, nem lhes possibilitam pleitear a fruição dos direitos. Em outras palavras, são normas de eficácia limitada, pois dependem da edição de lei que as complemente conforme os critérios discricionários no exercício da competência que afasta da apreciação judicial a possibilidade de efetivá-las.

Ingo Wolfgang Sarlet exemplificou, na Constituição da República, o direito ao trabalho, previsto no artigo 6º da CF. Poder-se-ia argumentar que existe, no âmbito do Direito do Trabalho, um direito fundamental a uma política de pleno emprego, já que esta constitui um dos princípios fundamentais da ordem econômica da Constituição (artigo 170, inciso VIII). De fato, o direito ao trabalho foi objeto de inúmeras normas constitucionais, inclusive no artigo 7º, sem que isso significasse reconhecer a existência de um direito subjetivo a um posto de trabalho¹⁵.

Em face desse impasse, convém fazer uma abordagem preliminar sobre quais são as balizas restritivas dos direitos fundamentais sociais, o que representa o núcleo essencial que define a fronteira entre limitação e inconstitucionalidade.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 296.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 299-300.

4. O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS SOCIAIS: UM PANORAMA SOBRE OS LIMITES DE APLICABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Esse pequeno esboço não tem por objetivo esgotar o tema, visto que, ao mergulhar-se no âmago dos direitos fundamentais sociais, fica patente a ausência de uma convergência de entendimento na comunidade jurídica e as diretrizes adotadas pelo Poder Judiciário.

Nesta parte final, ingressar-se-á naquilo que hoje realmente se tem por noção de direitos sociais e verificar as linhas referenciais optadas pela hermenêutica constitucional para identificar o que é considerado como direito social no caso concreto.

Primeiramente, traz-se o alerta de Gilmar Ferreira Mendes sobre o pensamento errôneo de que direitos, liberdades e garantias são passíveis de limitação ou restrição. O autor em tela quis dizer que se deve atentar para os chamados limites imanentes ou “limites dos limites”, que balizam ação do legislador quando restringe direitos individuais. Estes limites referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, à determinação e à generalidade das restrições impostas¹⁶.

O princípio da dignidade da pessoa humana pode vir a assumir importante função demarcatória, determinando a fronteira para o que se convencionou como padrão mínimo dos direitos sociais. A respeito da fronteira denominada padrão mínimo da esfera dos direitos sociais, Ingo Wolfgang Sarlet asseverou que, “onde faltam as condições materiais mínimas, o próprio exercício da liberdade fica comprometido, e mesmo os direitos de defesa não passam de fórmulas vazias de sentido.”¹⁷.

Visto sob o prisma da competência das funções legislativa, executiva e judiciária, a análise do princípio do núcleo essencial dos direitos fundamentais permite-se ter uma noção do que hoje é considerado direito social garantido e os limites de sua proteção no contexto da realidade atual.

A partir disso, a análise mais detida parte da visão de proteção dos direitos sociais baseada em estudos que têm como padrão mínimo o princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 41.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 353.

Interessante salientar a base da concepção de direito constitucional construída por Clèmerson Merlin Clève como “dogmática constitucional emancipatória”, cuja raiz volta-se para estudar o texto constitucional à luz da dignidade da pessoa humana¹⁸.

No âmbito dos direitos sociais, ganha relevância a garantia do mínimo existencial necessário para uma vida digna, não prevista expressamente no texto constitucional, mas proveniente do direito à vida e do dever do Estado em garantir condições mínimas de dignidade de viver.

Esta visão restrita vem sendo superada atualmente, ainda que seja incipiente, com a conexão entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade. Por exemplo, o reconhecimento de direitos pelo Poder Judiciário resultante de união, baseado no direito a livre orientação sexual¹⁹.

Assim, a dignidade da pessoa humana polariza o cerne do direito de defesa dos direitos fundamentais, além de vincular o Estado no dever de viabilizar o pleno desenvolvimento das pessoas e de estas viverem com dignidade.

Não obstante esses avanços, para a doutrina majoritária à qual se filiou Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana não se confunde com o núcleo essencial dos direitos fundamentais, pelo fato de que nem todos os direitos fundamentais possuem um conteúdo em dignidade, mas todos são dotados de um núcleo essencial, até porque tal garantia estaria esvaziada se houvesse uma identidade absoluta com o conteúdo da dignidade. Todavia, assevera-se que o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ocupar lugar de destaque para alguns, pelo fato de que o seu conteúdo acaba por ser identificado como integrante do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Para outros, mesmo não aceitando tal identificação, considera-se pelo menos que o conteúdo da dignidade da pessoa em cada direito fundamental encontra-se imune a restrições²⁰.

¹⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*, n. 22, p. 19-29, Curitiba, julho/dezembro, 2003. Disponível em: <http://boletimcientifico.esmpu.gov.br/boletins/boletim-cientifico-n.-8-2013-julho-setembro-de-2003/a-eficacia-dos-direitos-fundamentais-sociais/at_download/file> Acesso em: 1 de março de 2012.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 105.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 109 e 119. Luis Fernando Calil de Freitas sustentou que “a dignidade da pessoa humana manifesta-se em cada direito fundamental, disso decorrendo que a afetação ao núcleo essencial do direito fundamental importaria ofensa indireta à dignidade da pessoa humana – muito embora núcleo essencial e dignidade da pessoa humana não se possam confundir – porque, afetado ao núcleo essencial, desapareceria o direito fundamental em causa e, em decorrência disso, tal forma específica de manifestação da dignidade da pessoa humana deixaria de gozar da proteção jusfundamental.” (Cf. FREITAS, Luis Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 194-195).

A compreensão do núcleo essencial dos direitos fundamentais permite identificar a sua essência e a relação com a dignidade da pessoa humana.

A proteção do núcleo essencial, enquanto postulado constitucional imanente, tem por finalidade evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais²¹. Basicamente, a controvérsia do significado da ideia de proteção do núcleo essencial está polarizada nas teorias absoluta ou objetiva e subjetiva ou relativa.

Para a primeira teoria, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de decisão legislativa. Com base numa interpretação material, haveria um espaço que seria passível de limitação por parte do legislador, outro seria insuscetível de limitação. Neste caso, é exigível a justificação, e ter-se-ia “um limite do limite” para a própria ação legislativa a fim de não se perder a raiz do dispositivo fundamental²².

Os defensores da teoria relativa veem o núcleo essencial do ponto de vista subjetivo, pois definem tal núcleo de acordo com cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma. O núcleo essencial seria obtido mediante o processo de ponderação entre meios e fins²³.

O núcleo essencial para a teoria absoluta consiste numa esfera central intangível sob o prisma abstrato da norma. Por sua vez, a teoria relativa reduz o núcleo essencial mediante a aplicação da lei com base nos fins constitucionalmente previstos, observando-se o princípio da proporcionalidade.

Gilmar Ferreira Mendes constatou a fragilidade da teoria absoluta ao acolher o conteúdo material do núcleo essencial, pois pode converter-se em fórmula vazia dada a dificuldade ou, mesmo, a impossibilidade de se demonstrar ou caracterizar, no plano abstrato, a existência do mínimo essencial, como também da teoria relativa, porque pode conferir uma flexibilidade exagerada ao estatuto dos direitos fundamentais, o que acaba por descaracterizá-los como princípios centrais do sistema constitucional.

Por essa razão, salientou Gilmar Ferreira Mendes que Konrad Hesse propôs uma fórmula conciliadora que reconhece, no princípio da proporcionalidade, uma proteção contra limitações arbitrárias ou desarrazoadas e contra lesão aos direitos

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 43.

²² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 43.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 43-44.

fundamentais. A proporcionalidade não deve ser interpretada em sentido meramente econômico, visando a adequar a medida limitadora ao fim perseguido, como também deve atender ao direito afetado pela medida²⁴.

Em verdade, o autor alemão mencionado encontrou a harmonia nas teorias porque não fez um corte entre razão e realidade. A premissa legal tem uma esfera intangível e determinada que configure o núcleo essencial do direito social que se materializa e se define no processo de aplicação do princípio da proporcionalidade.

O núcleo essencial encontra-se vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente em se tratando de direitos sociais de prestação indispensáveis para garantir uma vida digna.

Neste contexto, determinar os padrões qualitativos mínimos implica a obrigação do Estado em preservar o mínimo existencial, de sorte que, segundo Clèmerson Merlin Clève, “não há dignidade humana sem um mínimo necessário para existência”²⁵. Assim, o mínimo existencial implica garantir prestações mínimas de direitos sociais, o que, para observância do mínimo, permite ao administrado recorrer ao Judiciário, que estará autorizado decidir a respeito.

Desta maneira, a tutela jurisdicional do mínimo existencial é perfeitamente possível pelo Poder Judiciário, determinando a assegurar uma prestação mínima com o reconhecimento da responsabilidade dos poderes públicos.

Com a clareza que lhe é peculiar, Clèmerson Merlin Clève examinou a noção de mínimo existencial com precisão do alcance de seu conteúdo:

O conceito de “mínimo existencial”, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua noção de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combatida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido no cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino²⁶.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 45.

²⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*, n. 22, p. 19-29, Curitiba, julho/dezembro, 2003. Disponível em: <http://boletimcientifico.esmpu.gov.br/boletins/boletim-cientifico-n.-8-2013-julho-setembro-de-2003/a-eficacia-dos-direitos-fundamentais-sociais/at_download/file>. Acesso em: 1 de março de 2012.

²⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*, n. 22, p. 19-29, Curitiba, julho/dezembro, 2003. Disponível em: <http://boletimcientifico.esmpu.gov.br/boletins/boletim-cientifico-n.-8-2013-julho-setembro-de-2003/a-eficacia-dos-direitos-fundamentais-sociais/at_download/file>. Acesso em: 1 de março de 2012.

No entanto, a verificação do mínimo existencial pelo Judiciário não é tarefa fácil. Ao interferir em questões de políticas públicas, passa obrigatoriamente por ponderar sobre a escassez de recursos orçamentários de um lado e a efetiva concretização dos direitos sociais.

Aqui se constata que a Constituição dirigente constitucionalizou a política, fazendo da política estatal a concretização das premissas materiais da política constitucionalizada. Diante deste fato, houve a jurisdicização política, o que transferiu para o Judiciário a competência de apreciar o cumprimento das políticas públicas segundo os ditames estabelecidos na Constituição.

Nesta dura tarefa de julgar esses casos, o Judiciário encontra obstáculos orçamentários, que são representados pela expressão “reserva do possível”. Conforme o ensino de Ana Paula de Barcellos, a expressão “reserva do possível” é utilizada na doutrina para identificar a limitação dos recursos orçamentários em face da necessidade de aplicação para concretização dos direitos sociais²⁷.

A competência transferida ao Judiciário para analisar políticas públicas envolve indagações sobre se a liberdade de opções dos agentes políticos e a ausência de recursos públicos tornam legítima a recusa do Estado em assegurar o mínimo dos direitos sociais.

Todavia, não se pode deixar de salientar que o Judiciário está aparelhado para decidir casos concretos que lhe são traduzidos a juízo. Nestes contextos, estará, na solução da lide, fazendo uma “microjustiça”, visto estar lidando com a verdade contida nos autos do processo.

Nestas decisões individuais, não detém o Judiciário possibilidade de visualizar o aspecto das limitações orçamentárias para o atendimento de políticas públicas, muitas das vezes já implementadas. Melhor dizendo, em ações individuais não torna possível perceber o Judiciário o grau de proteção que deve ser dado aos direitos sociais, sobretudo porque, nessas lides, não há escassez de recursos ante a demanda dos litigantes.

Desta forma, muitas das vezes a verdade decidida individualmente, com base no adágio “o que está nos autos está no mundo”, não revela a realidade do Estado e dos reflexos que sofrem os administrados pelo contingenciamento de políticas públicas concretizadas, ainda que pesem as restrições diante da escassez de recursos.

²⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Educação, Constituição, democracia e recursos públicos. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. 12, p. 47, Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2003.

Vê-se, desde já, um problema que se traduz num conflito entre o interesse individual e o interesse social. Isso não significa o pleno afastamento do Judiciário de examinar a efetivação de políticas públicas pelo Estado. Contudo, os limites de competência do Poder Judiciário devem ser analisados com parcimônia. Segundo Luis Roberto Barroso:

(...) onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição o Judiciário deve agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicada, eventual interferência judicial deve ter a marca de autocontenção²⁸.

A polêmica da questão consiste na possibilidade de as normas de direitos sociais receberem diversas concretizações, já que se vive imerso num sistema pluralista. A apreciação dos fatores econômicos para tomadas de decisões políticas e aos meios de efetivação compete primordialmente aos órgãos políticos – Poder Executivo e Legislativo²⁹.

Luis Roberto Barroso salientou, ao comentar sobre a concretização do direito à saúde, argumentos sobre os impactos da atividade jurisdicional quando há interferência sobre a atividade executiva.

A primeira delas é desorganização da Administração Pública, que vem se tornando corrente quanto à obrigação de decisões judiciais em matéria de medicamentos. Por exemplo, quando há uma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, a Administração Pública retira o fármaco do programa, em detrimento de pacientes que o recebiam regularmente para entregá-lo ao litigante individual. A decisão favorável priva a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa de atendimento ao cidadão. Por isso, se de um lado soluciona uma lide individual, de outro lado, impede o melhor aproveitamento das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública³⁰.

²⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial*. *Migalhas*, n. 2.976, outubro, 2008. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042-Da+falta+de+efetividade+a+judicializacao+excessiva+Direito+a+saude>. Acesso em: 3 de maio de 2008.

²⁹ KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação de serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 144, p. 241, Brasília, outubro/dezembro, 1999.

³⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial*. *Migalhas*, n. 2.976, p. 25, outubro, 2008. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042-Da+falta+de+efetividade+a+judicializacao+excessiva+Direito+a+saude>. Acesso em: 3 de maio de 2008.

Outra crítica consiste na possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos servindo mais à classe média que aos pobres. Com a exclusão destes, aprofundar-se-ia mais a desigualdade porque a obrigação de transferir recursos obstaculizaria o Governo em aplicar recursos em programas institucionalizados³¹.

Outra crítica frequente, salientou Barroso, refere-se ao aspecto financeiro, denominado de “reserva do possível”. Segundo o mencionado autor:

Os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis. Investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. De fato, o orçamento apresenta-se, em regra, aquém da demanda social por efetivação de direitos, sejam individuais, sejam sociais³².

Em sentido contrário, Janaina Cassol Machado, em estudo sobre a concretização do direito à saúde sob o viés de medicamentos não inclusos na Relação Nacional de Medicamentos Especiais (Rename), defendeu entendimento divergente.

O princípio da seletividade é utilizado pelos defensores da aplicação do preceito da reserva do possível enquanto limitador financeiro a favor do Estado quando pretender justificar a sua inoperância em termos de Estado Social.

Tais princípios não são malferidos pela justificativa de que haveria ingerência no orçamento público dos entes federados e também no sentido de que ficariam pacientes sem atendimento pelo SUS por conta do dispêndio de verbas com o fornecimento de medicamentos não inclusos na lista Rename.

Essa justificativa é falaciosa, pois é fato notório que as verbas gastas com publicidade institucional são, no mais das vezes, muitos maiores que as verbas destinadas à prestação eficaz do direito fundamental à saúde³³.

³¹ BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. *Migalhas*, n. 2.976, p. 26, outubro, 2008. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042-Da+falta+de+efetividade+a+judicializacao+excessiva+Direito+a+saude>. Acesso em: 3 de maio de 2008.

³² BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos. parâmetros para atuação judicial. *Migalhas*, n. 2.976, outubro, 2008. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042-Da+falta+de+efetividade+a+judicializacao+excessiva+Direito+a+saude>. Acesso em: 3 de maio de 2008

³³ MACHADO, Janaina Cassol. A concretização do direito à saúde sob o viés de medicamentos não inclusos na Relação Nacional de Medicamentos Especiais – Rename. *Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, n. 20, outubro, 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao020/A%20concretiza%87%C6o%20do%20direito%85%20sa%85%20de%20sob%20o%20vi%82s%20do%20fornecimento%20de%20medicamentos%20n%85%20inclusos%20na%20Rela%87%C6o%20Nacional%20de%20Medicamentos%20Especiais.htm>. Acesso em: 3 de maio de 2008.

Por último, há a crítica técnica, a qual se sustenta no fundamento de que o Judiciário não detém o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde. Assim, o Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para garantir a saúde e a vida. A macrojustiça é mais afeta à Administração Pública, ao passo que o juiz observa apenas os casos concretos; portanto, suas decisões promovem a microjustiça³⁴.

Ainda que se restrinjam essas observações ao direito social à saúde, elas se aplicam aos direitos sociais em geral. Como bem observou Barroso, no âmbito das ações coletivas e/ou abstratas de controle de constitucionalidade, é mais adequado discutir a implementação de políticas públicas, ainda que devam ser admitidos em aspectos pontuais, como a inclusão de novos medicamentos na Renome, por exemplo. Casos de complexas avaliações técnicas (médica, administrativa e orçamentária) competem prioritariamente ao Poder Legislativo e Executivo³⁵.

Nesse contexto, a propositura de ações pelo Ministério Público representa um mecanismo eficaz para efetivar a materialização do controle judicial de políticas públicas, possibilitando, pela causa de pedir e pelo pedido, levar ao conhecimento do Judiciário a viabilidade de proferir solução à lide que alcance a macrojustiça.

Andreas Krell observou que a existência da lei de ação civil pública confere ao Judiciário uma maior competência para o controle de políticas públicas. Em comparação à Alemanha, onde muitas medidas estariam cobertas pela discricionariedade administrativa, no Brasil elas podem ser apreciadas pelos tribunais, por tratarem de questões alusivas a “direitos difusos” da sociedade³⁶.

Clèmerson Merlin Clève alertou sobre o fato de que a reserva do possível, concebida na experiência constitucional alemã, importa cuidadoso estudo, pois não pode ser transportada de modo automático para a realidade brasileira. Vista a

³⁴ KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação de serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 144, p. 241, Brasília, outubro/dezembro, 1999.

³⁵ BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. *Migalhas*, n. 2.976, outubro, 2008. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042-Da+falta+de+efetividade+a+judicializacao+excessiva+Direito+a+saude>>. Acesso em: 3 de maio de 2008.

³⁶ No mesmo sentido, afirmou Freire Júnior: “A propositura de ações pelo Ministério Público, no controle de políticas públicas, é ainda mais relevante quando se percebe que, no Brasil, a sociedade civil ainda não conseguiu se organizar a ponto de reivindicar atuação dos representantes eleitos do povo.” (p. 98) “Verifica-se o cabimento da ação civil pública com o objetivo de implantação ou correção de políticas públicas, permitindo que o processo coletivo se torne, então, eficaz mecanismo de materialização do controle judicial de políticas públicas.” FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005. p. 98.

estrutura social e econômica nacional, a reserva do possível não pode, em relação ao mínimo essencial, ser compreendida como um obstáculo, mas como um critério que impõe cuidado, prudência e responsabilidade da atividade judicial³⁷.

Um caso de grande repercussão política foi submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal na década de 1990 sobre a constitucionalidade do valor do salário mínimo. Segundo o artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, o salário mínimo deve atender às necessidades vitais das pessoas e às de sua família com moradia, alimentação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Até hoje, o valor do salário, apesar do anunciado aumento do poder aquisitivo, está ainda muito aquém do suficiente para garantir uma vida digna às pessoas de baixa renda.

O Partido Democrata Trabalhista ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn n. 737) contra a Lei n. 8.419/92, que fixou o salário mínimo em 230 mil cruzeiros, conforme a moeda da época. O Supremo Tribunal Federal reconheceu que a lei não garantiu as exigências estabelecidas pelo constituinte, declarando a inconstitucionalidade por omissão parcial. No caso em tela, houve a manutenção da vigência da lei, pois a suspensão de aplicação da lei inconstitucional causaria um mal maior, agravando o estado de inconstitucionalidade e de desigualdade³⁸.

Como se pode verificar, o assunto é complexo e continua tormentoso nos dias atuais. Além do mínimo necessário, que ofende diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, entende-se que ultrapassa os limites da competência do Supremo Tribunal Federal, visto que interferiria diretamente na execução de políticas públicas, principalmente nos casos em que os direitos sociais são objeto de ações constitucionais que possuem efeito *erga omnes*.

³⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*, n. 22, p. 19-29, Curitiba, julho/dezembro, 2003. Disponível em: <http://boletimcientifico.esmpu.gov.br/boletins/boletim-cientifico-n.-8-2013-julho-setembro-de-2003/a-eficacia-dos-direitos-fundamentais-sociais/at_download/file>. Acesso em: 1 de março de 2012.

³⁸ A questão do salário mínimo vem sendo discutida no âmbito doutrinário há bastante tempo. Celso Antônio Bandeira de Mello já tinha um pensamento avançado a respeito da eficácia deste direito social, através de seus comentários sobre a “eficácia das normas constitucionais” da Carta de 1967. Naquela oportunidade, já defendia que, se o decreto estabelecesse salário mínimo inferior às necessidades normais de um trabalhador e sua família, deveria o Estado ser responsabilizado pelos danos que causou, sem prejuízo do direito de os trabalhadores ingressarem como dissídio coletivo para o reconhecimento do valor concreto do salário mínimo (CF. MELLO, Celso Antônio Bandeira. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social). *Revista de Direito Público*, v. 14, n. 57-58, p. 252-253, São Paulo, janeiro/julho, 1981.

A garantia dos direitos sociais pelo Judiciário, como visto, encontra limites na reserva do possível. Devido à indeterminação desta expressão, Ana Paula de Barcellos salientou que, na ausência de um estudo aprofundado, a reserva do possível funcionou muitas vezes como motivo impeditivo ao avanço dos direitos sociais. O risco de crises econômicas declaradas pelo Executivo cuidou de reservar ao Judiciário o papel de vilão, caso algumas decisões fossem tomadas³⁹. Apesar de se tratar de questões jurídicas, a fronteira política ganha força e faz pressão sobre o Judiciário, que acaba ficando no fio da navalha, naquela zona fronteira de ultrapassagem dos limites do princípio da separação dos poderes.

Diante da dificuldade de estabelecer os contornos da eficácia mínima dos direitos sociais, considerou-se ser o estudo de Ana Paula de Barcellos que trouxe com maior clareza a compreensão do mínimo essencial. Para esta autora, o mínimo existencial corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia positiva. Para ilustrar, ela comparou a dignidade da pessoa humana em dois círculos concêntricos. O círculo interior cuida do mínimo de dignidade, compreendido na decisão fundamental do poder constituinte originário, que representa o conteúdo concreto mínimo pretendido pela norma. O espaço entre o círculo interno e o externo é ocupado pela deliberação política, a quem caberá para além do mínimo existencial⁴⁰.

Portanto, trata-se do espaço próprio da política, no qual, por intermédio das deliberações majoritárias, se desenvolverá a concepção da dignidade em cada momento histórico. Esse espaço que ultrapassa o círculo interno do mínimo existencial é visualizado na decisão do STF que, em sede de ADIn, declarou a omissão parcial do Estado quanto ao valor do salário mínimo.

Quando o Judiciário é provocado a se manifestar sobre efetivação positiva de direitos sociais, por exemplo, na hipótese de prestação de serviço público de saúde, o magistrado deve atuar com isonomia e razoabilidade no caso concreto. O mínimo existencial assegura ao indivíduo o acesso à saúde básica.

Em razão disso, o magistrado, ao conceder por decisão judicial uma determinada prestação ao demandante, deverá verificar se todas as demais pessoas na mesma situação têm o direito de dispor desta prestação, não apenas aqueles que ingressam com uma demanda no Judiciário. Caso contrário, seria determinar o fornecimento de outras prestações que ultrapassem o mínimo existencial, não

³⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 263.

⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 278-283.

podendo ser universalizadas, o que consagraria a distribuição, no mínimo, pouco democrática dos bens públicos⁴¹.

Dentro desses limites, não significa eximir o Judiciário do cumprimento do seu dever, mas compreender os limites máximos toleráveis. Esse é um reflexo da jurisdicização da política diante da fragilidade do processo democrático, em razão da ausência da participação do titular da soberania junto aos entes políticos.

Por isso, a reserva do possível não pode ser apreciada separadamente do mínimo existencial. Neste diapasão, mesmo diante da escassez de recursos orçamentários, não é possível sustentar a manutenção da injustiça, prevalecendo a limitação dos recursos disponíveis como justificativa para não atender ao mínimo existencial.

Como já se expôs anteriormente, o chamado mínimo existencial corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana, à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica, afirmou Ana Paula de Barcellos. Ultrapassada esta fronteira, ingressa-se numa área pertencente a outras modalidades de eficácia jurídica, na qual se mantém o espaço da política e das deliberações majoritárias. É verdade que no Estado Democrático de Direito significa que as ações dos poderes públicos estão vinculadas aos termos da Constituição, mas isso não quer dizer que todas as iniciativas e os atos da autoridade já estejam predeterminados⁴².

Embora existam visões mais ambiciosas do alcance elementar do princípio (baseadas nos direitos que deveriam ser supridos pelo salário mínimo), afirmou Luis Roberto Barroso haver um razoável entendimento de que ele inclui pelo menos os direitos à renda mínima (ou assistência aos desamparados, conforme sustentou Ana Paula Barcellos), saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça⁴³.

Outro aspecto de suma importância sobre a eficácia dos direitos sociais é a proteção do retrocesso. Do ponto de vista puramente dogmático, as leis podem ser revogadas por outras de idêntica ou de superior hierarquia. Todavia, quando o objeto abrange direitos sociais, não se admite a supressão de direitos conquistados materialmente, porque os direitos fundamentais possuem eficácia progressiva.

⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 306-307 e 342-343.

⁴² BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 266.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. atual. São Paulo: Renovar, 2003. p. 324.

Em verdade, a previsão da proteção ao retrocesso social tem como fundamento o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 2 de setembro de 1990, dos quais o Brasil é signatário.

A partir do exposto, percebe-se que a proibição do retrocesso representa uma proteção conferida pelo ordenamento jurídico, que aumenta o espectro de proteção dos institutos tradicionais do direito adquirido e da coisa julgada, pois abrange todo e qualquer ato legislativo que restrinja os direitos sociais concretizados.

Nessa perspectiva, uma vez alcançado determinado nível sociocultural com a progressiva concretização e expansão dos direitos sociais, já não se admite ao Estado Democrático de Direito o retrocesso a níveis inferiores, sob pena de causar insegurança jurídica e social.

Não se pode esperar que o Judiciário garanta a máxima efetividade dos direitos sociais, o que foge diametralmente de sua competência constitucional. A efetividade dos direitos sociais não pode depender exclusivamente da proteção de um órgão jurisdicional.

“A Constituição não pode realizar uma total juridicização da política”, sustentou Dieter Grimm. Para o autor alemão, a política como produtora do direito transcende a este. Neste aspecto, “a Constituição não elimina a política, apenas lhe coloca uma moldura.”⁴⁴ A relação de tensão entre direito e política permanece, podendo o Poder Judiciário minimizar o problema, mas jamais resolver pela máxima efetividade dos direitos sociais.

Desse conjunto de reflexões desenvolvidas chega-se à compreensão de que a Constituição não faz milagres, nem transforma por si só a sociedade. O Judiciário, no exercício de sua competência constitucional, no exercício de parcela dos poderes do Estado a fim de assegurar o sistema de freios e contrapesos, somente pode interferir nas políticas públicas para garantir a eficácia mínima dos direitos sociais. Caso não haja o efetivo exercício quer da democracia participativa, quer da democracia deliberativa, jamais se poderá aproximar na realidade a máxima efetividade dos direitos sociais propugnada na Constituição Federal.

⁴⁴ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 10.

5. CONCLUSÃO

No âmbito do Estado Social de Direito, os direitos fundamentais possuem primazia inquestionável, pois a garantia do livre exercício dos direitos individuais e sociais traduz-se na demonstração de respeito à democracia e de um Estado com conteúdo material, que persegue os valores garantidores do bem-estar, o que, em síntese, significa a realização da justiça social.

A eficácia das normas constitucionais de direitos sociais está intrinsecamente relacionada com a própria natureza finalística da Constituição, assim como estão os direitos sociais para o direito econômico.

A dignidade da pessoa humana não se confunde com o núcleo essencial dos direitos fundamentais, pelo fato de que nem todos os direitos fundamentais possuem um conteúdo em dignidade, até porque tal garantia estaria esvaziada se houvesse uma identidade absoluta com o conteúdo da dignidade.

O Judiciário somente pode assegurar o mínimo essencial dos direitos sociais, devendo o magistrado, ao nortear sua decisão, primar por viabilizar as condições sociais mínimas asseguradoras da participação igualitária na vida pública.

Os estudos desenvolvidos sobre o mínimo existencial e sua relação com a dignidade da pessoa humana têm valor doutrinário irrefutável. No entanto, sempre será inevitável entrar no embate das circunstâncias econômicas, sociais e históricas, num constante desafio de superação de seus limites.

Se de um lado a proteção do núcleo essencial, enquanto postulado constitucional imanente, tem por finalidade evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais, de outro, a proibição do retrocesso representa uma garantia da eficácia progressiva dos direitos sociais, configurando uma baliza para o exercício do direito de defesa dos direitos fundamentais.

Desse conjunto de reflexões desenvolvidas chega-se à compreensão de que a Constituição por si só não faz milagres nem transforma a sociedade. O Judiciário, no exercício de sua competência constitucional, somente pode interferir nas políticas públicas para assegurar a eficácia mínima dos direitos sociais. Caso não haja o efetivo exercício da democracia participativa, jamais advirá a máxima efetividade dos direitos sociais.

O que não se pode admitir é transferir ao Poder Judiciário a solução das frustrações pela não implementação de políticas públicas pelos poderes políticos, sob o risco de cair naquilo que Ana Paula de Barcellos denominou de “messianismo” jurídico.

Somente com a democracia, entendida como processo de participação dos governados na formação da vontade governativa, poder-se-á alcançar a união da totalidade com seu “Eu”, num caminhar de progressiva ampliação dos direitos sociais. Se o povo tomar consciência da autodeterminação de seu próprio destino, será possível construir uma sociedade justa e solidária.

6. REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Educação, Constituição, democracia e recursos públicos. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 12, n. 35, Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2003.

_____. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. atual. São Paulo: Renovar, 2003.

_____. (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Migalhas*, n. 2.976, outubro, 2008. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042-Da+falta+de+efetividade+a+judicializacao+excessiva+Direito+a+saude>>. Acesso em: 3 de maio de 2008.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 61, p. 5-24, São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n61>>. Acesso em: 18 de outubro de 2007.

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de filosofia política*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Reflexões: política e direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizione di principio*. Milano: Giuffrè, 1952.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*, n. 22, p. 19-29, Curitiba, julho/dezembro, 2003. Disponível em: <http://boletimcientifico.esmpu.gov.br/boletins/boletim-cientifico-n.-8-2013-julho-setembro-de-2003/a-eficacia-dos-direitos-fundamentais-sociais/at_download/file>. Acesso em: 1 de outubro de 2008.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HEGEL, Georg Wilhelm F. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constitución y derechos sociales. *Revista Derecho del Estado*. n. 15, Bogotá, diciembre, 2003.

KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação de serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 144, p. 239-260, Brasília, outubro/dezembro, 1999.

MACHADO, Janaina Cassol. A concretização do direito à saúde sob o viés de medicamentos não incluídos na Relação Nacional de Medicamentos Especiais – Rename. *Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, n. 20, outubro, 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao020/A_concretiza%87%C6o_do_direito_%85_sa%A3de_sob_o_vi%82s_do_fornecimento_de_medicamentos_n%C6o_incluidos_na_Rela%87%C6o_Nacional_de_Medicamentos_Especiais.htm>. Acesso em: 3 de maio de 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, v. 14, n. 57-58, p. 233-256, São Paulo, janeiro/julho, 1981.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional positivo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.