

OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS, FRENTE A CRISE DO ESTADO SOCIAL E A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

Carla Ferreira Gonçalves*

RESUMO

O presente trabalho buscou identificar os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988, seu caráter dirigente, no sentido de que enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado. A Constituição dirigente é aquela que contém orientações e estabelece programas para a atuação futura dos órgãos do Estado. E normas programáticas são justamente estas, que não se dirigem ao indivíduo, mas sim aos órgãos estatais, exigindo destes um agir em prol do desenvolvimento do Estado. Os problemas sociais demandaram um alargamento dos deveres estatais para muito além de suas atribuições de garantir a ordem jurídica estável. O desafio é garantir justiça social efetiva aos seus cidadãos, através da adoção de políticas públicas protetivas de determinadas categorias sociais, minimizando os efeitos das tensões e desigualdades sociais provocadas e impostas pelo mercado, para garantir um mínimo de efetividade aos direitos humanos e fundamentais. Identificar quais são os mecanismos de efetivação e concretização desses direitos fundamentais sociais, através da hermenêutica de princípios constitucionais pelo Poder Judiciário permitindo um diálogo com a realidade social, política e econômica do Estado brasileiro, em um contexto Neoconstitucional.

ABSTRACT

The present work sought to identify the fundamental social rights in the Constitution of 1988, its governing character, in the sense that it enunciates directives, aims and programs to be realized by the State. The governing constitution is one that contains guidelines and establishes programs for the future performance of state organs. And programmatic norms are precisely these, which are not addressed to the individual, but to the state organs, requiring them to act for the development of the State. Social problems have necessitated a widening of state duties far beyond their powers to secure a stable legal order. The challenge is to ensure effective social justice for its citizens through the adoption of public policies that protect certain social categories, minimizing the effects of social tensions and inequalities provoked and imposed by the market, to guarantee a minimum of effectiveness to human and fundamental rights. To identify the mechanisms of effectiveness and concretization of these fundamental social rights, through the hermeneutics of constitutional principles by the Judiciary, allowing a dialogue with the social, political and economic reality of the Brazilian State, in a neo-constitutional context.

*Doutoranda pela UNESA. Professora nos Cursos de Graduação em Direito da UNIGRANRIO e do UNIFESO.

I – INTRODUÇÃO

Os direitos só existem se a população tiver meios para cobrá-los e se se puder constatar a sua efetividades. Como conceitua Luís Roberto Barroso: "O Direito é uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural, concebido como técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social."¹.

A Constituição de 1988, tencionada pelos movimentos de redemocratização do país, foi elaborada sobre um duplo perfil, o liberal e o social. Assim, os direitos de liberdade inseridos na Constituição foram ladeados pelos direitos sociais e ambos convivem no texto constitucional a espera de eficácia social e jurídica. Os direitos de liberdade passaram, para sua concretização, a exigir a não intervenção do Estado, até então marcado por elementos do autoritarismo militar e lograram êxito em suas aplicações. Os direitos sociais não gozaram da mesma sorte, pois como direitos típicos de intervenção estatal na sociedade esbarraram na realidade econômica do país, transformando-se em direitos-programas, ou seja, um conjunto de intenções e compromissos do Estado brasileiro para com a sociedade, mas sem a capacidade de aplicação imediata, por falta de instrumentos legais, estruturais, econômicos.

Os direitos-programas, como diretrizes para ação do Estado, ou seja, como prescrições de resultados a serem atingidos através da execução de políticas públicas passam a fazer parte das discussões jurídica. Assim, não se discute exclusivamente a validade da norma jurídica, mas as condições de possibilidade de execução pelo Estado do conjunto de princípios e normas prescritas na Constituição. Discute-se política, debate-se no campo do Direito o que para a teoria clássica da separação dos poderes seria papel do Poder

¹ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro** (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47562/44776>> Acesso em 23/06/2016.

Executivo e do Legislativo. Afinal, como justificar o não cumprimento pelo Estado de tais diretrizes?

É certo que o debate teórico precede o processo de elaboração da Constituição de 1988 e alimenta, através das influências portuguesas, a instituição de uma constituição que incluía uma carta de princípios, mas deve-se levar em conta que a Constituição de 1988 foi elaborada dentro do aspecto prático político ao qual a constituinte estava submetida. Convém lembrar que os trabalhos da constituinte foram comandados pelo “centrão”, grupo de maioria conservadora que conjugou o maior número de constituintes na assembléia. Seria de se estranhar que a maioria, em grande parte oriunda das antigas bases do regime militar optasse por uma constituição social ou social-democrata, mas compreensível seria se, diante do clamor popular tal grupo recuasse em suas posições conservadoras e pregasse direitos sociais, porém submetendo-os a regulamentações e a concretizações dependentes de fatores sob os quais poderiam controlar. Desta forma, o constituinte conservador assinou com um cínico orgulho a carta de 1988 e posou como defensor da democracia e das causas sociais. Assim, a aplicação dos Direitos sociais no Brasil tornou-se um problema jurídico e político, contribuindo para o processo de judicialização ou politização do Direito

Após a descrição do cenário pelo qual passou a constituinte, a Constituição Brasileira de 1988 pretendeu “redemocratizar” o país, após a ruptura com o Regime Ditatorial instaurado pelo Golpe Militar em 1964 e em seu Preâmbulo, confirma que o Estado brasileiro é um: *“Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”*. Consagrou, ainda, como valor essencial, a dignidade humana, e incluiu os direitos sociais em seu *“Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais - Artigo 6º: São direitos sociais a educação, saúde, o trabalho, moradia, lazer segurança, previdência social, proteção a maternidade e a infância e assistência aos desamparados”*.

A Constituição Federal de 1988 é democrática, escrita, rígida e ainda dirigente, pois funciona como plano normativo de todo o Estado e de toda

sociedade, que estabelece programas, definindo fins de ação futura. Ela é uma Constituição dirigente, no sentido de que enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Um modelo de constitucionalismo dirigente com institutos de proteção dos direitos sociais, tem a finalidade de garantir e adotar, pela Constituição, ações afirmativas imprescindíveis ao atingimento e à manutenção da justiça social.

Como afirma Lênio Streck², é preciso conceber a realidade brasileira como a de um país de modernidade tardia, que ainda não abdicou do sonho de dar concretude aos ditames constitucionais. Em países como o Brasil, a transformação do quadro social, a igualdade e a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana representam posturas que dão ao Direito Constitucional importância ímpar na consecução de reformas no seio social.

II – O NOVO PARADIGMA: O NEOCONSTITUCIONALISMO

O conceito de Noconstitucionalismo³ tem se delineado, pelos doutrinadores constitucionalistas, como sendo não uma nova teoria constitucional ou movimento doutrinário, mas como sendo um marco teórico que busca demarcar e superar os modelos jurídicos positivistas incapazes de dar soluções mais adequadas a questões constitucionais controversas.

O Neoconstitucionalismo possui uma visão jusfilosófica, se propondo a uma tarefa difícil de mediar entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, tentando eliminar o legalismo juspositivista, através da hermenêutica de princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.

² STRECK, Lênio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos Direitos Sociais Fundamentais. In: **Direitos Fundamentais Sociais**. SARLET, Ingo (org.). Rio de Janeiro:Renovar, 2007. p. 191 e ss.

³ O termo Neoconstitucionalismo é tratado e discutido pelos autores: Miguel Carbonell (org.), in: "Neoconstitucionalismo(s)", Madri: Trotta, 2003 e por Susanna Pozzolo, in: "Matricria del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di "Neocostituzionalismo e positivismo giuridico". **Diritto & Questioni Pubbliche**, n. 3, 2003. http://www.dirittoquestionipubliche.org.page/2003_n3/monografica_a/D_Q-3_pozzolo.pdf.

Para os neoconstitucionalistas o direito deve ser justo, antagonicamente dos juspositivistas onde o direito vale independente do justo, guiado com base na norma e no ordenamento jurídico.

Como afirma a autora Ana Paulo Barcelos⁴ as Constituições contemporâneas, após a Segunda Guerra Mundial introduziram em seus textos elementos normativos vinculados a valores tais como o da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais e a ainda a opções políticas fundamentais, tais como a redução das desigualdades sociais, um desafio para o neoconstitucionalismo.

Nesse cenário neoconstitucional a Constituição se apresenta como a norma jurídica central vinculando todas as esferas do Estado, mas principalmente os Poderes Públicos.

Dentre todas as normas constitucionais os direitos fundamentais integram o núcleo fundamental essencial de todo o sistema jurídico político e social, cabendo reconhecer as dificuldades de se garantir e de se efetivar os mesmos.

III – A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE OU PROGRAMÁTICA COMO GARANTIDORA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Há no Constitucionalismo brasileiro os processos formais e informais de reforma constitucional, necessários até para que o texto constitucional não fique incongruente com a realidade posta e se adapte às naturais mutações que toda sociedade passa. O que não se pode admitir é que os processos de reformas constitucionais violem cláusulas pétreas. Em nome da tutela das cláusulas pétreas, a Constituição

⁴ BARCELLOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle de políticas públicas.** P. 4 e 5. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>>

Dirigente deve se firmar como proteção aos mais elevados interesses populares. A Constituição Dirigente, não obstante as pesadas críticas com as quais convive, não impede que pontuais e justificadas mudanças na Constituição sejam efetivadas.

3.1 - O reconhecimento dos direitos fundamentais sociais como Direitos Humanos Universais

A história dos direitos humanos no ocidente está relacionada com a própria história da condição humana nos diversos períodos históricos, políticos e econômicos.

As normas constitucionais dos séculos XIX e XX, em grande parte dos países do Ocidente, vão introduzir os princípios políticos e filosóficos protetivos dos Direitos Humanos em regras jurídicas expressas e tidas como principiológicas.

O surgimento cada vez maior das indústrias e as precárias condições dos trabalhadores e posteriormente com a Segunda Grande Guerra Mundial surgiram preocupações com os denominados direitos de solidariedade, ou seja, aqueles que não se destinam somente a proteção do indivíduo, mas sim a coletividade e principalmente ao gênero humano.

A definição de direitos humanos aponta para uma pluralidade de significados. Considerando esta pluralidade, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que foi introduzida pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948⁵.

Flávia Piovesan identifica que a Declaração Universal nasceu como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante a Segunda Guerra

⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 8 ed. 2007.

Mundial, verificando-se a necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético para orientar a ordem internacional. A Declaração surgiu como um código de princípios e valores universais a serem respeitados pelos Estados, demarcando a concepção de que os direitos humanos são direitos universais, cuja proteção não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional.

A Declaração de Direitos Humanos de 1948 estabeleceu em seu texto duas categorias de direitos: os civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, combinando o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade e demarcando a teoria contemporânea dos direitos humanos.

Esta concepção aponta para duas importantes consequências: a) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos e b) a cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito.

Além do caráter universal dos direitos humanos, a Declaração Universal também inova ao consagrar que os direitos humanos compõem uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os direitos civis e políticos não de ser conjugados com os direitos econômicos, sociais e culturais. A Declaração de 1948 introduz assim extraordinária inovação, ao combinar o discurso liberal da cidadania com o discurso social, de forma a elencar tanto direitos civis e políticos, como direitos sociais, econômicos e culturais.

Em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito,

enquanto outra classe de direitos (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), não merece qualquer reconhecimento.

Apesar de algumas discordâncias doutrinárias os direitos sociais, econômicos e culturais são autênticos e verdadeiros direitos fundamentais. Integram não apenas a Declaração Universal, como ainda inúmeros outros tratados internacionais.

A obrigação em implementar estes direitos deve ser compreendida à luz do princípio da indivisibilidade dos direitos humanos, reafirmado veementemente pela Organização das Nações Unidas - ONU na Declaração de Viena de 1993.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pelas Nações Unidas no ano de 1966, versando sobre a proteção à liberdade, a segurança, a integridade física e espiritual da pessoa humana e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assim como as demais Convenções Internacionais de Direitos Humanos possuem comitês, que exercem um monitoramento sobre os Estados-partes.

Os dois Pactos adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas, foram ratificados pelo Brasil em 24.01.1992. Os Pactos impõem aos Estados-partes a obrigação imediata de respeitar e assegurar os direitos fundamentais.

É neste sentido que as Constituições atuais são a expressão da consagração dos Direitos Humanos e Fundamentais perante todo o Ordenamento Jurídico. As novas Constituições preocupam-se em construir um novo modelo de Estado, agora qualificados como Democrático de Direito, utilizando-se da Teoria dos Direitos Humanos e Fundamentais como o principal alicerce dessa nova ordem de valores.

A ideia da dicotomia entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais deve ser superada para que seja garantida a exigibilidade destes últimos, e a implementação de mecanismos de controle nacionais e internacionais eficazes. O Estado pode atuar positivamente para a

efetivação imediata dos direitos sociais, uma vez que todos os direitos humanos requerem do Estado ações concretas que assegurem a sua proteção, através do desenvolvimento de mecanismos e normas para evitar violações.

A Constituição se apresenta como um todo e como norma jurídica vinculante, ou seja, todos os direitos nela previstos têm aplicação imediata, alcançando todas as esferas do Estado.

3.2 - A Constituição Dirigente ou Programática

A Constituição dirigente é aquela que contém orientações e estabelece programas para a atuação futura dos órgãos do Estado e normas programáticas são justamente estas, que não se dirigem ao indivíduo, mas sim aos órgãos estatais, exigindo destes um agir em prol do desenvolvimento do Estado. Portanto, uma Constituição dirigente é aquela que possui normas programáticas, que estabelecem programas para os órgãos estatais. Por isso, alguns autores denominam a Constituição Dirigente de Constituição Programática.

As normas constitucionais no Brasil recebem a classificação pelo professor José Afonso da Silva⁶, em a) *Normas de eficácia plena* - apta para imediata produção de efeitos e não admitindo regulamentação por legislação infraconstitucional e b) *Normas de eficácia limitada* - que não produz nenhum efeito e não é aplicável antes de regulamentada por legislação infraconstitucional e que admitem uma subdivisão, em: b.1) *normas de princípio institutivo* - que indicam uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes propicie efetiva aplicação, e que, na definição do próprio autor, são aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos; para que o

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, Cap. II, item I.

legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei, umas deixando uma margem maior à discricionariedade política do legislador, outras fornecendo, já a partir da Constituição, alguns elementos e conteúdos obrigatoriamente impostos à futura lei, tolhendo, assim, a margem de escolha do legislador. *b.2) normas de princípio programático* - nas quais o constituinte, ao invés de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a lhes traçar os princípios a serem cumpridos pelos seus órgãos legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos, como programas das respectivas atuações, visando à realização dos fins sociais do Estado.

A ideia ou a concepção de Constituição dirigente formulada por Canotilho⁷, em sua tese de doutorado de 1982, abordou o tema das normas constitucionais programáticas e sua inefetividade, em face da omissão do legislador.

No entendimento de Canotilho, a Constituição não deve apenas limitar o poder, mas ao contrário, ela deve traçar as metas que deverão ser progressivamente realizadas pelo Estado, para transformar a ordem política, econômica e social, surgindo daí o problema do moderno constitucionalismo: como garantir os direitos sociais básicos? O grande desafio da Constituição dirigente é, portanto, a sua concretização, através da atividade regulatória, e através de sua interpretação e aplicação.

Constituição Dirigente, ainda na concepção de Canotilho, é aquela que define fins e programas de ação voltados à melhoria das condições socioeconômicas da população, buscando a redução das desigualdades sociais e a efetivação da dignidade da pessoa humana. O Estado não deve apenas admitir ou aceitar, mas deve também disponibilizar meios para a concretização dos direitos sociais.

Em um segundo momento Canotilho promoveu, uma crítica à aplicabilidade das normas constitucionais, destacando que esta noção não poderia ser veiculada de forma dogmática, ou seja, totalizante, pois, segundo o

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. P. 481 e ss.

autor, haveria normas que necessitariam de complementação legislativa e isso não poderia ser negligenciado. Conclui afirmando que “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias”.

Esse posicionamento de Canotilho gerou muita discussão na doutrina pátria, de modo que o professor de Coimbra foi convidado por um grupo de professores brasileiros a esclarecer o alcance do seu novo entendimento⁸.

Devendo-se levar em conta que as críticas de Canotilho ao seu texto anterior se contextualizava com o momento histórico, social e político vivido pela nação portuguesa a época, que se difere por completo do quadro histórico nacional vivido quando da edição da Constituição Portuguesa de 1976. Na realidade atual portuguesa não há mais que se falar em uma programaticidade emancipatória que dirigiria a nação em direção ao socialismo real, ainda mais em um momento de inserção de Portugal na União Europeia, em que se busca uma identificação de regimes socioeconômicos entre os seus países membros.

Entretanto a crítica feita por Canotilho, a programaticidade da constituição parece não se adequar quadro social brasileiro, já que no Brasil, há a ainda a necessidade, da efetivação de uma dogmática que seja emancipatória, no sentido de buscar a superação das desigualdades sociais regionais.

A Constituição Dirigente ou Programática traz para o centro do debate jurídico a política, revelando-se ingênua na medida em que tenta transformar, através de dispositivos constitucionais, a realidade, ignorando peculiaridades mais complexas deste processo sócio jurídico político.

⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Organizador) Participantes Agostinho Ramalho Marques Neto...(et al). **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, item 3.

Gilberto Bercovici identifica que nas Constituições dirigentes há o que se denomina de “cláusula transformadora”⁹, que reconhece a contradição entre a realidade social injusta e a necessidade de eliminá-la. O artigo terceiro da Constituição Federal de 1988 apresenta-se como a cláusula transformadora brasileira. Dispõe o referido dispositivo: “*constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – Construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – Garantir o Desenvolvimento Nacional; III – Erradicar a Pobreza e a Marginalização e Reduzir as Desigualdades Sociais e Regionais; IV – Promover o Bem de Todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”, indicando e objetivando a superação do subdesenvolvimento.

Com base na crítica feita por Canotilho, diversos autores buscaram resgatar a teoria da Constituição Dirigente para aplicá-la em países em que as promessas da Modernidade, não se concretizaram.

Ainda que fosse possível se admitir que a Constituição, na atualidade não poderia mais ser vista como fundamento último de toda a atuação estatal e social, ela não perderia, nos países periféricos como o Brasil, o seu caráter dirigente ou programático, que se relaciona com a proteção e implementação dos direitos fundamentais sociais.

Para Lênio Luiz Streck¹⁰, essa leitura pode ser revelada por meio da chamada “Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT), como conteúdo compromissório mínimo a constar no texto Constitucional, bem como os correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição Constitucional e de participação democrática”.

Afirma ainda Streck, que a crítica feita por Canotilho não elimina ou enfraquece a noção de Constituição dirigente. Excluindo o núcleo mínimo universal que conforma uma teoria da Constituição, comum a todos os países que adotaram formas democrático-constitucionais de governo, não se pode

⁹ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹⁰ Op. cit.

falar hoje em uma teoria geral da Constituição, pois a Constituição depende de sua identidade nacional, das especificidades de cada Estado nacional e de como o mesmo está inserido no cenário internacional.

Os direitos sociais estão consagrados no preâmbulo da Carta Constitucional que define: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais,....”

Diante de uma sociedade neoliberal, onde o Constitucionalismo Soberano perde força ante a globalização econômica e a relativização dos limites territoriais com o enfraquecimento da soberania dos Estados, acredita-se que o chamado o “constitucionalismo global” ainda não possui condições de neutralizar o constitucionalismo nacional, principalmente em contextos sociais como o brasileiro, no qual o Estado tem uma comunidade carente da efetiva concretização dos direitos sociais.

Vicente de Paula Barreto¹¹ afirma que os direitos sociais devem pertencer à mesma categoria hierárquica dos direitos civis e políticos, sendo, portanto fundamentais. Afirma que os direitos humanos sociais comumente são rebaixados a simples normas programáticas à espera de serem regulamentados para que produzam efeitos, sendo vistos como tendo o caráter de caridade ou doação gratuita.

Teoricamente e historicamente tem-se justificado a baixa efetividade dos direitos sociais, afirmando-se que não existe a divisibilidade dos direitos humanos, pois na prática encontram-se diferentes níveis de direitos, sendo os direitos humanos reconhecidos como fundamentais nos textos constitucionais, seriam somente os direitos civis e políticos.

Não sendo considerados os direitos sociais fundamentais ficam esses afastados e privados da aplicabilidade imediata, excluídos da garantia de

¹¹ BARRETO, Vicente de Paula. **Reflexões sobre os Direitos Sociais**. Boletim de Ciências Econômicas. Coimbra: 2003.

cláusulas pétreas, se tornando meras pautas programáticas, submetidos à reserva do possível ou restritos à objetivação de um padrão mínimo existencial.

Fábio Oliveira¹², citando a posição de Clèmerson Clève, afirma que o disposto no artigo 6º da Constituição Federal, tradicionalmente classificado como norma programática deve ser considerado direito prestacional originário, ou seja, direitos que podem desde logo ser reclamados, inclusive judicialmente mesmo na falta de norma regulamentadora.

O Poder Judiciário não deve assumir uma postura meramente passiva, entretanto não deve ser visto como o único poder capaz de tornar efetivos os direitos sociais “o salvador da Pátria” ou o “guardião da Democracia”, mas deve interferir como instância de controle que participa da direção política, porque influi nas escolhas necessárias para implementação das políticas públicas.

Paulo Bonavides¹³ defende a tese substancialista, ou seja, que a justiça constitucional deve assumir uma postura intervencionista com o cumprimento dos preceitos e princípios inerentes aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do estado social previsto na constituição, afirma, ainda, que a judicialização da política em países de terceiro mundo é necessária.

A discricionariedade do administrador público não é absoluta, sendo possível ao judiciário determinar a implementação de políticas públicas sempre que órgãos estatais comprometerem por omissão a eficácia de direitos sociais.

IV – O PODER JUDICIÁRIO COMO EFETIVADOR DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

¹² OLIVEIRA, Fábio de. A Constituição Dirigente está morta. Viva a Constituição Dirigente ! In: **A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil**. (org. Luis Roberto Barrosos) Rio de Janeiro: Renovar, p.83-112, 2007.

¹³ BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. Belo Horizonte: Livraria Dey Rey, 1993.

A sociedade contemporânea observa um aumento considerável da interferência do poder judiciário em decisões cujo conteúdo pode ser classificado como essencialmente político. Assim, discussões sobre a implementação de políticas públicas em seus diversos setores cada vez mais se subordinam ao Poder Judiciário. Tal fenômeno nomeado, pela literatura política brasileira de judicialização de política, ou, ainda, politização do Poder Judiciário interfere no modelo clássico de separação dos poderes e põe em xeque a forma tradicional de ação dos movimentos políticos e sociais.

O debate político no campo judiciário pode proporcionar dois efeitos aos movimentos sociais, seria a constituição de um espaço público determinado pelos intérpretes do direito, além dos canais tradicionais existentes, mais um: o judiciário.

Parte da doutrina jurídica reagiu à interferência do Poder judiciário nas políticas públicas, incorporando o princípio da Reserva do Possível ao debate jurídico e judicial. Tal princípio excluiria a aplicação de Direitos fundamentais sociais diante da impossibilidade econômica, do Estado cumprir suas obrigações constitucionais, reduzindo a interferência do Poder Judiciário na política e decretando a ineficácia dos Direitos fundamentais sociais prescritos pela Carta de 1988.

O confronto de idéias presentes na doutrina jurídica pode ser sintetizado pelo ativismo judicial e sua defesa do judiciário como espaço público para conquista de direitos e pelos argumentos da Reserva do possível que objetivam garantir a autonomia do executivo na execução de políticas públicas e para tanto acabam por condenar os Direitos fundamentais sociais a princípios com moderada capacidade para produção de efeitos concretos.

Ricardo Lobo Torres¹⁴ analisa a metamorfose dos direitos fundamentais sociais em mínimo existencial, ou seja, quando são convertidos em outros tantos direitos fundamentais, tais como liberdade, dignidade humana, cidadania dentre outros, mas que objetivamente os reduzem a uma

¹⁴ TORRES, Ricardo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo (org.). Direitos Fundamentais Sociais. Rio de Janeiro:Renovar, 2007, p. 1 e ss.

análise e uma interpretação demasiadamente subjetiva. O mínimo existencial pode representar a quantidade mínima de direitos sociais abaixo da qual o homem não tem condições para sobreviver.

Nesse contexto cabe ressaltar que o princípio da vedação de retrocesso¹⁵ dos direitos sociais não se constitui na única via para garantir os direitos fundamentais sociais, o papel do Poder Judiciário é fundamental para que os direitos fundamentais sociais sejam efetivados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Estado Social de Direito a participação do Estado enquanto pessoa jurídica de direito público na vida social é grande, impondo progressivamente no processo histórico, outras missões que o Estado Liberal de Direito descartou. Os problemas sociais demandaram um alargamento dos deveres estatais para muito além de suas atribuições de garantir a ordem jurídica estável.

O Estado Liberal e o Estado Social não conseguiram dar conta das constantes demandas sociais e principalmente a proteção e a implementação dos direitos humanos e fundamentais.

O grande desafio do direito, em especial o constitucional ou o neoconstitucional, é apresentar meios para a realização de valores meta jurídicos inseridos em seu texto, oportunizando a valorização das diferenças sociais com a finalidade de perseguir a igualdade no intento de minimizar e compensar as desigualdades através de ações institucionais e políticas.

¹⁵ “Manutenção de determinados conteúdos constitucionais fundamentais, a proteção contra a ação do poder constituinte reformador, segurança jurídica.” In: SARLET, Ingo. **Proibição de retrocesso, dignidade humana e direitos sociais**: manifestação de um constitucionalismo possível. (Artigo).

Garantir justiça social efetiva aos seus cidadãos, através da adoção de políticas públicas protetivas de determinadas categorias sociais marginalizadas e excluídas, minimizando os efeitos das tensões e desigualdades sociais provocadas e impostas pelo mercado, para garantir um mínimo de efetividade aos direitos humanos e fundamentais.

Entretanto o Estado Contemporâneo e suas instituições encontram-se vencidas, em uma sociedade como a brasileira dividida em grupos tão diferenciados e composta de incluídos e excluídos do modelo de desenvolvimento, escondendo os conflitos sociais extremos.

Neste sentido, deve-se explorar mais as possibilidades que oferece o sistema constitucional para a proteção dos direitos sociais, através de seus instrumentos internos, visando aperfeiçoá-los para tal finalidade. Neste contexto de fortalecimento e garantia da proteção dos direitos sociais, deve ser afirmada a dimensão social dos direitos humanos.

Não bastam leis para que a democracia se concretize, para que os cidadãos tenham seus direitos respeitados, é preciso um trabalho de construção diária de hermenêutica dos direitos fundamentais sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle de políticas públicas**. (Artigo)

BARRETO, Vicente de Paula. **Reflexões sobre os Direitos Sociais**. Boletim de Ciências Econômicas. Coimbra: 2003.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. Belo Horizonte: Livraria Dey Rey, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CARBONELL, Miguel. (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Trotta, 2003

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Organizador) Participantes Agostinho Ramalho Marques Neto...(et al). **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Fábio de. A Constituição Dirigente está morta. Viva a Constituição Dirigente ! In: **A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil**. (org. Luis Roberto Barroso) Rio de Janeiro: Renovar.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 8 ed. 2007.

POZZOLO, Suzzana. "Matracchia del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di "Neocostituzionalismo e positivismo giuridico". **Diritto & Questioni Pubbliche**, n. 3, 2003. http://www.dirittoequestionipubbliche.org.page/2003_n3/monografica_a/D_Q-3_pozzolo.pdf.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SARLET, Ingo. **Proibição de retrocesso, dignidade humana e direitos sociais**: manifestação de um constitucionalismo possível. (Artigo).

STRECK, Lênio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos Direitos Sociais Fundamentais. In: SARLET, Ingo (org.). **Direitos Fundamentais Sociais**. Rio de Janeiro:Renovar, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo (org.). **Direitos Fundamentais Sociais**. Rio de Janeiro:Renovar, 2007.