

OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS: DA PROGRAMATICIDADE À JURIDICIDADE

Alan Dias Barros*

Gleydson Kleber Lopes de Oliveira**

RESUMO

Artigo de revisão bibliográfica que aborda a cisão dos direitos humanos em dois tratados internacionais (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos - PIDCP e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC) como origem da teorização das normas constitucionais de eficácia programática; concepção que durante muito tempo prevaleceu na dogmática constitucional brasileira como justificativa à ausência da percepção dos direitos econômicos, sociais e culturais como detentores da mesma importância que os civis e políticos, permitindo-se com isso sua secundarização em prejuízo de ampla parcela da sociedade. Aborda ainda o contexto da escassez de recursos como outro fator de ordem prática que vem servindo de obstáculo à concretização de direitos sociais, na medida em que tem sido argumento genérico para a ausência de atendimento de demandas ligadas a direitos sociais de cunho prestacional por parte do Estado. Trata-se de uma pesquisa de investigação histórica, de coleta de dados bibliográficos e tratamento qualitativo e dialético. Conclui-se pela superação da tese da programaticidade das normas constitucionais diante dos postulados do Constitucionalismo Contemporâneo; além da necessidade de uma observação criteriosa quanto ao uso da escassez de recursos como justificativa genérica para a omissão violadora de direitos fundamentais; circunstâncias tais que permitem a intervenção judicial

* Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN (1999). Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN (2009). Mestrando em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-graduação em Direito da UFRN (2011). Advogado (2000) e professor de Direito do Uni-RN (FARN) (2007).

** Professor Orientador.

na concretização de direitos fundamentais de cunho social sem que com isso se verifique a invasão de competências constitucionais (princípio da separação de poderes).

Palavras-chave: Direitos Humanos. Programaticidade. Reserva do Possível. Judicialização.

ABSTRACT

Literature review article that discusses the division of human rights in two international treaties (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR and International Covenant on Economic, Social And Cultural Rights - ICESCR) as the origin of the programmatic effectiveness constitutional norms theory; conception that during a long time prevailed in brazilian constitutional dogmatic to justify the lack of perception of the economic, social and cultural rights as holding the same importance as civil and political ones, allowing the secundarization of them at the expense of large portion of society. Also discusses the context of resource scarcity as another factor that has been serving as practical obstacles to the realization of social rights, insofar as it has becoming the generic argument for the lack of care on demands related to prestacional social rights by the State. This is a survey of historical research, by bibliographic data collection and qualitative and dialectical processing of data. We concluded for the overcoming of the programaticity constitutional norms thesis in face of the Contemporary Constitutionalism, besides the need for a careful observation on using the resource scarcity as a generic justification for the omission violating of fundamental social rights, such circumstances that allows judicial intervention in the implementation of that kind of fundamental rights without making an invasion of constitutional competences (principle of separation of powers).

Keywords: Human Rights; Programaticity; Reserve of Possible; Judicialization.

1 INTRODUÇÃO

Desde a universalização dos direitos humanos, com a Declaração Universal, de 1948, fundou-se um novo sistema ético de referência para o ordenamento jurídico, a proteção integral da pessoa humana com base na sua dignidade.

Contudo, no plano normativo internacional, prevaleceu a tese dos países do bloco ocidental, liderado pelos Estados Unidos, de cingir os direitos humanos em dois pactos distintos (PIDCP e PIDESC) em razão do modo diferenciado de implementar direitos “civis e políticos” (auto-executáveis), daqueles considerados “econômicos, sociais e culturais” (normas programáticas).

Muito embora a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos tenham sido reafirmadas em posteriores tratados internacionais (Convenção de Teerã e Conferência de Viena), com reforço de abalizada doutrina; a sustentação dogmático-teórica das normas constitucionais programáticas, aliada a uma mal-transportada tese da “reserva do possível” do contexto sócio-econômico alemão para o brasileiro, perduram como principais obstáculos à concretização de direitos fundamentais que envolvam prestações materiais com um maior comprometimento de ordem financeira, como se dá no caso dos direitos sociais.

Diante desse quadro, quais alternativas apontariam a teoria constitucional contemporânea para a correção de eventuais violações de direitos fundamentais sociais, decorrentes de ineficácia ou omissão do Administrador Público, superando-se a tese da mera programaticidade daquelas normas e da justificativa genérica da escassez de recursos para a concretização de direitos sociais prestacionais, sem que isso signifique uma violação do princípio da separação de poderes?

O presente trabalho objetiva abordar a eficácia plena dos direitos fundamentais sociais, à luz da universalização dos direitos humanos, de modo a afastar a tese da mera programaticidade daquelas normas, e defender a possibilidade de sua concretização através do Judiciário, sem que isso resulte em ofensa ao princípio da separação dos poderes em sua acepção tradicional.

2 A UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE 1948 E SUA POSTERIOR CISÃO NOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE 1966 (PIDCP E PIDESC): DO PÓS-2ª GUERRA À GUERRA FRIA

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, constatadas as monstruosas violações perpetradas contra a pessoa humana pelo nazismo, os direitos humanos consolidaram-se no cenário internacional contemporâneo sob um novo paradigma ético de aproximação do Direito e da Moral, pela qual estaria a pessoa humana protegida integralmente em nome de sua dignidade (PIOVESAN, 2009).

A Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, consagra a indivisibilidade dos direitos de primeira dimensão, de cunho liberal (civis e políticos), com aqueles erigidos mais recentemente aos textos constitucionais, através das Revoluções Socialistas, dos movimentos operários e das organizações sindicais, os de cunho social (econômicos, sociais e culturais), em paridade de importância, interrelação, indivisibilidade e interdependência (PIOVESAN, 2009).

No entanto, o grande problema da Declaração Universal de 1948, como observa Carlos Weis (2003), é que prevaleceu na doutrina majoritária o entendimento de que dela não decorreram direitos subjetivos aos cidadãos nem obrigações internacionais para os Estados, mas que suas disposições teriam natureza jurídica de recomendações, embora de caráter especial.

Diante dessa uma suposta ausência de força vinculante e obrigatória da Declaração Universal de 1948, a ideia inicial durante os trabalhos da ONU para garantir a observância universal dos direitos nela previstos, numa sistemática de monitoramento e controle, segundo Flávia Piovesan (2009), seria a criação de um tratado internacional como o objetivo de incorporar os dispositivos contidos na Declaração de 1948, sob forma de preceitos jurídicos obrigatórios e vinculantes, nele contemplando, tanto os direitos de cunho liberal, quanto os de cunho social; ou, como afirma Carlos Weis (2003), a construção de uma “Carta Internacional de Direitos Humanos”.

Contudo, como os próprios Weis (2003) e Piovesan (2009) apontam, apesar da ideia inicial da criação de um tratado único de direitos humanos, a tônica foi a da divergência entre os países do bloco ocidental e os do bloco socialista.

Informam aqueles autores que os países do bloco ocidental, liderados pelos Estados Unidos e potências europeias, defendiam a tese de que, como os processos de implementação seriam distintos para as duas categorias de direitos (civis e políticos e econômicos, sociais e culturais), exigindo diferentes procedimentos de implementação; justificava-se a formulação de dois pactos diversos, um para cada espécie de direitos. Em síntese, entendiam que, enquanto os direitos civis seriam “auto-aplicáveis” e passíveis de cobrança imediata e submissão pelo sistema de denúncias; os sociais, seriam considerados “programáticos” e demandavam realização progressiva, sem que se pudesse exigir do Estado sua concretização nem de denunciá-lo.

Na ótica de Comparato (2008), as potências ocidentais insistiam no reconhecimento das liberdades individuais clássicas contra interferências estatais na vida privada, o que, para Weis (2003) significou tão-somente a tentativa de conservação de uma noção individualista dos direitos humanos, diminuindo a importância das prescrições relativas ao estabelecimento de condições mínimas e de um padrão digno de existência social através da cooperação técnica e financeira dos países envolvidos; o que garantiria a permanência dos países subdesenvolvidos como fornecedores de produtos primários e de mão-de-obra barata.

Insurgindo-se contra esse intento das potências ocidental e europeias, os países do bloco comunista e jovens países africanos (COMPARATO, 2008), preferiam por em destaque os direitos sociais, econômicos, que têm por objeto políticas de apoio aos grupos ou classes desfavorecidas, deixando na sombra as liberdades individuais. Defendiam os países daquele bloco a elaboração de um único pacto e sustentavam a tese de que nem em todos os países os direitos civis e políticos eram auto-aplicáveis e os direitos sociais não, mas, a depender do regime, os civis poderiam ser programáticos e os sociais auto-aplicáveis; além disso, afirmaram que a feitura de dois instrumentos distintos poderia significar uma diminuição da importância dos direitos sociais (PIOVESAN, 2009).

Por fim, prevaleceu a tese defendida pelos países ocidentais, sendo elaborados dois tratados de direitos humanos, de 1966, sob diferentes espécies de direitos: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – PIDCP, que cria a obrigação estatal de tomar providências necessárias para garantir a todos os indivíduos que se encontram em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos ali previstos; e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, que, diferentemente, determina a adoção de medidas que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos ali reconhecidos (WEIS, 2003).

Como bem destaca Piovesan (2009), enquanto o PIDCP estabelece direitos endereçados aos indivíduos; o PIDESC cria obrigações para os Estados, de realização progressiva, cuja pauta estaria condicionada aos recursos disponíveis.

A razão da divisão dos direitos humanos em dois pactos distintos adveio da polarização política das relações internacionais e da leitura ideológica que se fazia dos direitos humanos, indicativos do período de guerra fria que se delineava (FIGUEIREDO, 2007). Comparato (2008) afirma tratar-se apenas de uma medida artificial, na medida em que o conjunto é um sistema indivisível, pois o preâmbulo de ambos os Pactos (PIDCP e PIDESC) é idêntico.

Corroborando essa afirmação Carlos Weis (2003), ao referir que a tentativa de se partir os direitos humanos em duas categorias de importância distinta foi posta por terra menos de dois anos depois da adoção dos Pactos Internacionais, na Conferência de Teerã (1968), na qual se afirmou peremptoriamente a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. Para o autor, as diferenças fundadas em razões processuais, quanto ao regime de aplicação diferenciado, não implicariam negar a sua unidade conceitual, sua interdependência e recíproco condicionamento.

De fato, como afirma Piovesan (2009), a interdependência dos direitos humanos se afirma, na medida em que, sem os direitos sociais, os direitos civis só poderiam existir no plano nominal; já sem os direitos civis, os sociais existiriam apenas no plano formal. Nessa mesma linha de ideias, Figueiredo (2007) afirma que, se os direitos humanos formam um todo uno e indivisível, é lícito concluir que as medidas de concretização de uns, inevitavelmente repercutem na fruição plena do restante.

Visto o contexto de universalização dos direitos humanos no pós 2ª Guerra Mundial e de criação dos subsequentes tratados internacionais de proteção, passemos à análise das consequências da importação dessa ideologia para ordem constitucional brasileira: a teoria das normas constitucionais meramente programáticas.

3 A PROGRAMATICIDADE DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS NAS CONSTITUIÇÕES E A SONEGAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apesar da universalidade, interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos, marcada pela Declaração Universal de 1948 e posteriores tratados internacionais (Convenção de Teerã, de 1968, e Conferência de Viena, de 1993 (Cf. FIGUEIREDO, 2007, pp. 30/31); ao momento de sua positivação constitucional parece ter prevalecido o entendimento resultante do embate ideológico entre os países Capitalistas e Comunistas, que cingiu os direitos humanos em categorias diferenciadas de implementação, sendo disseminada a doutrina da programaticidade das normas de direitos econômicos, sociais e culturais, como se isso confirmasse, no dizer de Piovesan (2009), a equivocada noção de que uma dessas categorias merece inteiro reconhecimento e respeito, e a outra não.

Essa “equivocada noção” de inteiro desprezo por uma categoria de direitos, demonstrada durante a elaboração dos dois Pactos Internacionais de 1966, parece ser bastante clara no caso dos Estados, na medida em que o PIDCP foi o último tratado de direitos humanos ratificado por aquele país, negando-se, doravante, a ratificar todos os tratados internacionais de proteção de direitos de segunda e de terceira geração; tendo, inclusive, o seu Congresso Nacional deixado de ratificar o PIDESC (MARMESLSTEIN, 2003; COMPARATO, 2008).

Para o constitucionalismo brasileiro, a herança dessa concepção cingida de direitos humanos resulta na introdução da classificação das normas constitucionais pelo critério de sua eficácia ou aplicabilidade, em 1968, por José Afonso da Silva (Aplicabilidade das normas constitucionais, cf. GUERRA FILHO, 2009, p. 132), que as classificou em auto-aplicáveis ou auto-executáveis (*self executing provisions*), quando nos fornecem uma regra mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado ou executar o dever imposto; e não auto-executáveis ou não auto-executáveis (*not self executing provisions*), quando meramente indica princípio, sem estabelecer normas por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei (BONAVIDES, 2011).

Em termos sintéticos, as normas programáticas seriam instituidoras de princípios a serem cumpridos pelos órgãos estatais, em vez de regular interesses, visando a realização dos fins sociais do Estado, cuja realização carece de ações governamentais e demandam políticas públicas (GUERRA FILHO, 2009).

Carlos Weis (2003) posiciona-se com atenção sobre a origem da teorização das normas programáticas advinda da redação dos dois Pactos Internacionais em razão do modo como essas duas espécies de direitos poderão ser exercidos: enquanto o PIDCP põe como regra o exercício imediato, sendo exceção aqueles que precisem de mediação legislativa; o PIDESC indica que os direitos ali previstos são de mero exercício progressivo, a depender do esforço interno e da assistência e cooperação internacionais, a fim de se adotar o Estado os meios que possibilitem o cumprimento das disposições ali contidas; o que aparentemente desobriga os Estados a darem cumprimento aos direitos sociais, econômicos e culturais.

No entanto, continua o autor, tal pensamento apenas revela a confusão existente entre a característica da implantação progressiva de direitos econômicos, sociais e culturais, com o que se convencionou chamar de normas programáticas, pois o fato de tais direitos possuírem uma forma própria de eficácia não significa que sejam meros sinalizadores de ação estatal.

Assim, registra, ainda Weis (2003), que a doutrina vem reexaminando tal dogma, entendendo que a Constituição deve ser entendida como um documento jurídico, dotado de exigibilidade e obrigatoriedade, como os demais preceitos jurídicos, pois todas as normas geram direitos subjetivos para seus cidadãos, mormente as concernentes à justiça social, inclusive as programáticas.

Sensível à questão das diferentes formas de absorção dos tratados internacionais de direitos humanos pelas Constituições e a nociva propagação dogmática de uma ordem de direitos como merecedora de menor consideração jurídica, Paulo Bonavides (2011) registra que os constitucionalistas do Estado Liberal não se depararam com a necessidade de uma classificação das normas constitucionais porque também não se depararam com o problema de sua juridicidade; contudo, o drama das Constituições contemporâneas assenta justamente na dificuldade de passar de enunciação de princípios à ordem concreta das normas.

Refere ainda aquele autor que os direitos sociais representaram uma estupenda novidade para o Direito Constitucional, mas as Declarações que os inseriam dificilmente obtinham uma redução jurídica fácil, de modo a dotá-los de aplicabilidade direta e imediata, por essa razão, as antigas Constituições viram criar em torno de si o clima da programaticidade jurídica (ausência de positividade), o que representou uma queda do grau de juridicidade (normatividade mínima e programaticidade máxima), deixando a Constituição de ser jurídica para se tornar política.

Diante disso, ele aponta como sendo um dos principais problemas do Constitucionalismo Contemporâneo justamente a determinação do grau de juridicidade das

normas programáticas, o seu grau de eficácia e aplicabilidade, haja vista a “fragilidade” da norma programática suscitar dúvidas quanto à sua eficácia e juridicidade, servido de pretexto à cômoda inobservância da Constituição; recomendando que o Estado de Direito do Constitucionalismo Social absorva a programaticidade das normas constitucionais e atribua a elas eficácia vinculante.

De fato, o embate Capitalismo-Comunismo, que ficou marcado na ONU durante a elaboração de um tratado internacional de direitos humanos, revelou o interesse das nações de modelo econômico liberal em não se vincular a direitos individuais que demandem um maior comprometimento de recursos orçamentários e um maior envolvimento de competências técnicas e fiscalizadoras para com o bem público; privando-os de exigibilidade e preferindo incluí-los dentre aqueles de realização gradual, a cargo dos interesses políticos e das circunstâncias econômicas, mantendo-se assim um grau mínimo de intervenção estatal nas questões sociais.

No caso dos direitos sociais, o enquadramento das suas normas como tendo eficácia meramente programática, longe de significar um verdadeiro compromisso de planejamento, dotação, fiscalização, atuação e, sobretudo, implementação eficaz de direitos pelo Estado; transformou-os paulatinamente em promessas vagas e longínquas, cujo descumprimento pelos agentes públicos vem se justificando genericamente pela escassez de recursos.

A concretização de direitos sociais, colocado a mercê apenas da vontade política (poder de conformação legislativa), transformou-se em moeda de barganha eleitoral junto às camadas mais carentes da população – *principais destinatários dos direitos sociais* –, expressando, não uma “obrigação do Estado”, mas sim se transmudando num “favor dos governantes eleitos”.

Esse messianismo constitucional, pelo qual os representantes eleitos (Legislativo e Executivo) insistem em se apresentar à sociedade na condição de únicos responsáveis pela realização de direitos fundamentais condutores da igualdade substancial, relegando o Poder Judiciário a um papel secundário no esquema de poderes e funções estatais, à moda do ultrapassado modelo de Estado pós-Revolução Francesa (Constitucionalismo Clássico, do Estado Liberal), vem perdendo espaço na atualidade por variadas razões, muitas delas ligadas à crise da concepção da democracia representativa como única via de acesso à cidadania.

Mas, além disso, a revitalização do papel normativo e eficaz das normas constitucionais, além do compromisso de cada um dos poderes estatais voltado à ampla concretização da Constituição, permite um questionamento acerca do princípio da separação

de poderes em sua teorização original, abrindo espaço para a judicialização de políticas públicas; prática que vem se tornando cada vez mais frequente em nosso país.

4 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: A EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A tese da mera programaticidade das normas constitucionais definidoras de direitos econômicos, sociais e culturais, de fato, merece superação doutrinária, vez que representa um obstáculo à força normativa da Constituição e à máxima efetividade das normas constitucionais.

Elival da Silva Ramos (2010, p. 192) posiciona-se no sentido de que, de acordo com o princípio da força normativa da Constituição, a solução de problemas jurídico-constitucionais deve basear-se em pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição normativa, contribuam para otimizar a eficácia da lei fundamental, buscando-se o sentido que maior eficácia lhes dê.

Amparando-se nas teses de Marcelo Neves (*A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994), Anabelle Macedo Silva (2005, p. 39) chama a atenção para os perigos da inefetividade constitucional através de uma “constitucionalização simbólica”, verificada quando da “prevalência do significado político-ideológico latente das disposições constitucionais em detrimento de seu sentido normativo aparente”; como exemplo, no caso do respeito ao direito fundamental à moradia, quando, na prática, “não se reconhecem efeitos jurídicos concretos à norma constitucional (a qual seria meramente programática)”.

George Marmelstein (2010) recomenda que, em nome da indivisibilidade dos direitos fundamentais, seja superada a ideia de que os direitos sociais são direitos de segunda categoria, como se houvesse uma hierarquia entre as diversas gerações de direitos e que a violação de um direito dessa espécie não fosse tão grave quanto a violação de um direito civil ou político.

Eros Roberto Grau (*A Constituição brasileira e as normas programáticas*. In: *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. nº 1. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 42), citado por Willis Santiago Guerra Filho (2009), menciona o “caráter reacionário de

construções que deslocam a consagração de direitos fundamentais para normas programáticas”; o que confronta o art. 5º, §2º, da Constituição.

Na mesma linha de ideias, Rui Barbosa, citado por Bonavides (2011, p. 236), nos remete ao fato de que não há numa Constituição proposições ociosas, sem força cogente, cláusulas cujo valor se possa atribuir como meros conselhos, avisos ou lições; tendo todas elas força imperativa de regras.

Analisando inicialmente a estrutura dos direitos sociais, como primeiro passo de estudo de meios de viabilizar sua proteção judicial, Sarmento (2010, p. 404) parte da premissa de que deve ser afastada a visão brasileira das normas de caráter programático como fossem meros conselhos sem efeitos jurídicos significativos. Para ele, essa concepção despoja os direitos sociais de proteção contra as omissões estatais, o que não se compatibiliza nem com a Constituição, quando consagra a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, nem com a importância destes direitos para a vida das pessoas.

No plano normativo, sem dúvidas que a plena eficácia das normas constitucionais e a superação de sua programaticidade representam sensível avanço em prol da concretização dos direitos fundamentais. Todavia, no plano prático ou concreto, outro obstáculo vem se apresentando à efetivação de direitos sociais, reforçando ainda mais a sensação de frustração quanto às promessas constitucionais. Trata-se da escassez de recursos financeiros como justificativa genérica a toda e qualquer omissão e ineficiência da Administração Pública em realizar direitos fundamentais sociais, sobretudo os de cunho prestacional que envolvam um maior comprometimento dos recursos públicos.

5 A “RESERVA” COM RESERVAS E A JUDICIALIZAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Num contexto onde as necessidades sociais são infinitas, mas os recursos para satisfazê-las são finitos, na concretização de direitos fundamentais cabe ao Administrador Público realizar “escolhas trágicas” (CALABRESI, Guido; e BOBBIT, Philip. *Tragic Choices*. New York: Norton, 1978; cf. SARMENTO, 2010, p. 392).

Como propõem Holmes e Sustain (HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 94; cf. KELBERT, 2011, p. 67), levar os direitos fundamentais a sério significa levar a escassez a

serio. Ou seja, já que a realização de todos os direitos fundamentais (tanto os “civis e políticos” quanto os “econômicos, sociais e culturais”) tem custos e estão submetidas à reserva do possível (SARMENTO, 2010, p. 407), deve ser observada a proporcionalidade e a razoabilidade na aplicação dos recursos públicos para toda e qualquer espécie de direitos fundamentais, de modo a, ao atender uma necessidade pública, o Administrador não prejudique a realização de outras.

Porém, se todas as espécies de direitos fundamentais têm custos e, havendo custos, haverá alguma sorte de limites ao seu atendimento diante das necessidades ilimitadas; é lícito aderir à proposição de Marcelo Figueiredo (2009), no sentido de enxergarmos a Reserva do Possível com “reservas”, ao afirmar que “é no mínimo discutível a tese de que, em nome da reserva do possível, pode-se obstacularizar o direito ao reconhecimento de prestações estatais”.

Ademais, como ensina Fabiana Kelbert (2011), a reserva do possível envolve uma “dimensão fática”, resultante da verdadeira ausência de recursos, sejam eles humanos, materiais ou financeiros, que impedem a realização de determinado direito; ou, numa “dimensão jurídica”, a mera indisponibilidade de recursos por falta de dotação orçamentária, de destinação de verbas públicas na lei orçamentária para o atendimento de determinado direito.

É possível então concluirmos que a concretização de direitos fundamentais não pode ficar à inteira mercê da vontade política, sob o manto programaticidade de algumas de suas normas e/ou da justificativa genérica da escassez de recursos públicos; mormente quando em jogo a satisfação das necessidades mais prementes de uma existência humana digna.

Pela posição de Marmelstein (2009, p. 295/296), diante da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, prevista no art. 5º, §1º, da Constituição de 1988, se o direito fundamental somente pudesse ser efetivado quando o legislador infraconstitucional regulamentasse seu exercício, ocorreria uma verdadeira inversão de autoridade, na qual o poder constituído teria maior poder que o próprio poder constituinte. Em reforço dessas ideias, ele cita Krügerer, ao lecionar que “não são os direitos fundamentais que devem girar em torno das leis, mas as leis que devem girar em torno dos direitos fundamentais”. Daí porque, conclui que, se determinado direito fundamental não está sendo efetivado por ausência de regulamentação infraconstitucional, cabe ao Judiciário efetiva-lo, pois para isso “não é preciso pedir autorização a ninguém, muito menos ao legislador”.

Tais linhas de ideias de há muito sedimentam a compreensão de que as decisões do Poder Público que ocorrem para a construção dos seus programas de ação já não fazem parte de uma instância impenetrável para o jurídico, sendo possível, no âmbito do Estado Democrático de Direito, controlar as políticas públicas relativamente à sua procedimentalização e ao próprio conteúdo da decisão prolatada. Nesta perspectiva, o planejamento das ações governamentais, para a superação das desigualdades sociais e o desenvolvimento econômico do país, exigem a superação da vetusta concepção de estrutura administrativa liberal, fundada na separação metafísica entre Estado e Sociedade, na centralização do poder e na construção de uma relação hierárquica com os cidadãos (OHLWEILER, 2010).

Inobstante as posições doutrinárias em prol da judicialização de direitos fundamentais, tal possibilidade não está isenta de reflexões sobre seus limites e a fixação de parâmetros de segurança jurídica.

Marrara e Nunes (2010) chamam a atenção para uma “evolução ondular” do papel do Judiciário, que, inicialmente, apresentava uma postura tímida e conservadora em relação às políticas públicas, tratando as respectivas normas como programáticas, de concretização gradual pelo Estado; e, num segundo momento, alguns segmentos do Judiciário alteraram radicalmente suas posições para entender ser possível ao Estado impor maneiras de como este poderia concretizar o direito à saúde; passando “de uma posição de distanciamento e neutralidade, passou-se ao extremo ativismo”. Observam os autores, finalmente, que hoje o papel do Judiciário tem sido objeto de reflexão, situando-o num status intermediário entre não ignorar a unicidade da Constituição e garantir um mínimo de bem-estar aos cidadãos, respeitando a esfera de elaboração das políticas públicas pelo Executivo e Legislativo.

Sarmiento (2010, p. 299) não nega ao Judiciário um papel relevante na proteção dos direitos sociais, mas, por outro lado, ressalta que isso não o transforma em protagonista nesse campo em razão dos riscos representados por um ativismo judicial excessivo em matéria de direitos sociais.

Consciente da necessidade de se fixarem parâmetros racionais e razoáveis de atuação do Judiciário nesse setor, Ana Paula de Barcellos (2002, p. 248), aponta diferentes modalidades de eficácia e de faixas de extensão da dignidade da pessoa humana. Para a autora, naquelas faixas que compõem uma relação mais estreita com as condições materiais de existência humana (mínimo existencial), correspondente à fração nuclear da dignidade da pessoa humana, é possível a exigibilidade da prestação perante o Judiciário (eficácia positiva

ou assimétrica)¹. Já para além desse núcleo, ingressa-se em um terreno no qual se desenvolvem apenas outras modalidades de eficácia jurídica, decorrente da necessidade de se manter o espaço próprio da política e das deliberações majoritárias (margem de liberdade do administrador).

Das breves noções acima expostas, é possível vislumbrar que o tema da fixação de parâmetros de atuação judicial em matéria de concretização de direitos fundamentais fomenta amplos debates, dada a complexidade da questão e do processo corrente de formação de seus princípios; não sendo de nossa pretensão esgotar no presente trabalho todos os aspectos envolvidos.

Contudo, o atual estágio de desenvolvimento da dogmática jurídico-constitucional nos permite afirmar que não restam dúvidas quanto à superação da programaticidade das normas definidoras de direitos fundamentais, cujo transporte teórico para o Direito Constitucional brasileiro remonta o embate capitalista-comunista dos anos 60, durante os trabalhos da ONU, quando se frustrou a elaboração de um tratado internacional único de direitos humanos, em razão da percepção das diferentes formas de realização de uma ou outra espécie desses direitos.

No Constitucionalismo Contemporâneo, uma vez superada a programaticidade das normas constitucionais definidoras de direitos econômicos, sociais e culturais pela sua juridicidade; além da redução do espaço de conformação política da Administração Pública na escolha e concretização de direitos fundamentais, observando-se de forma criteriosa as rotineiras alegações de escassez de recursos como justificativas para a não realização de determinados direitos, sobretudo aqueles que requerem um maior comprometimento financeiro; é possível concluir pela possibilidade de intervenção judicial como forma de preservar direitos individuais, sobretudo quando envolvem as condições mínimas de existência digna, sem que se possa entender por violado o princípio da separação de poderes.

6 CONCLUSÃO

No contexto do pós-2ª Guerra Mundial, a busca pela mais ampla e irrestrita tutela da pessoa humana, como nova tábua axiológica dos ordenamentos jurídicos, produziu a

¹ Simplificação com a qual Sarmento, 2010, p. 419, discorda.

consagração de sua dignidade nos tratados internacionais de nos documentos constitucionais da maioria das nações ocidentais.

No entanto, essa busca de proteção irrestrita à pessoa humana esbarrou em dificuldades ideológicas e políticas que interferiram na elaboração de um tratado internacional único de direitos humanos, sendo eles cingidos em diferentes instrumentos de proteção (PICDP e PIDESC), de acordo com a forma de realização de cada um deles.

A existência desses dois tratados diferentes de direitos humanos (civis e políticos e econômicos, sociais e culturais) pode ser considerada como gérmen da teoria da programaticidade das normas constitucionais acerca de direitos sociais, que prevaleceu por muito tempo na doutrina constitucional contemporânea, mas que atualmente vem sendo revista em nome da eficácia imediata e da juridicidade das normas constitucionais.

Além da tese da programaticidade das normas definidoras de direitos sociais, decorrente do dissenso ideológico presente no período de Guerra Fria; o forte peso do componente econômico-financeiro, traduzido na falta de recursos materiais para a concretização de direitos fundamentais num ambiente de escassez, embora mais presente naqueles de cunho sociais prestacionais que nas demais espécies, tem sido alegação recorrente pelo administrador público a justificar a sonegação de direitos sob o pálio da reserva do possível.

Contudo, tanto a programaticidade – *vencida pela eficácia ampla e irrestrita das normas constitucionais*; quanto a reserva do possível – *vencida pela demonstração de que todos os direitos, e não apenas os sociais, têm custos*; não mais se sustentam a impedir a judicialização de direitos fundamentais como remédio às omissões e ineficácias dos demais poderes constituídos, sobretudo quanto mais estejam eles ligados ao mínimo existencial, faixa nuclear da dignidade da pessoa humana.

Assim, tradados os direitos humanos de forma universal, indivisível e interdependente; compreende-se os seus diferentes modos de realização, agora não mais como fator impeditivo à sua concretização, como ocorrera há bem pouco tempo, reduzindo alguns deles a meras categorias ilustrativas do cenário constitucional; mas sim como baliza para um tratamento diferenciado de concretização que não os prive de concretização por todos os poderes estatais nem os transforme, de programas, em promessas vazias, agravando o sentimento de frustração constitucional.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle da políticas públicas pelo poder judiciário no Brasil. In QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coords.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. pp. 711-746.

FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A norma constitucional e sua eficácia (diante do Neoconstitucionalismo e de uma Teoria Fundamental do Direito). In QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coords.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 129-142.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MARMELSTEIN, George. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 07 maio 2010.

_____. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas públicas de saúde e de medicamentos. In BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS,

José Sebastião dos (Orgs.). **Direito à vida e à saúde** – impactos orçamentário e judicial. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 79-96.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas Públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. pp. 289-309.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial** – parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional** (direitos humanos e direitos fundamentais). 4. ed. Salvador: Juspodium, 2010. pp. 389-427.

SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

WEIS, Carlos. **O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em <www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado06.htm>. Acesso em 13 ago. 2003.