

A concretização dos princípios constitucionais pelo poder judiciário¹

Bruna Carolina Tâmega²
Marlene Kempfer Bassoli³

Resumo

Este artigo versa, inicialmente, sobre o conceito do vocábulo princípio, traça um histórico acerca da evolução da normatividade dos princípios jurídicos e faz a diferenciação entre regras e princípios jurídicos. Após, o estudo se foca nos princípios constitucionais inseridos na Magna Carta brasileira. Para isso, aborda-se o significado de uma Constituição e expõe as diversas tipologias dos princípios constitucionais com o fim de revelar que determinados princípios demandam uma interpretação concretizadora por parte dos operadores de direito para serem efetivados. Por fim, analisa a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário no controle das políticas públicas quando se verifica que os Poderes Legislativo e Executivo não estão concretizando tais princípios.

Palavras-Chave: Princípios constitucionais; Direitos sociais prestacionais; Mínimo existencial.

1 Introdução

O Estado Democrático de Direito brasileiro atualmente é regido pela Constituição Federal de 1988. Muito se fala em caráter normativo da Constituição e dos princípios constitucionais; entretanto, o que se observa na realidade nem sempre condiz com os ditames estabelecidos na Carta Magna.

Nos termos do artigo 1º da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e o artigo 3º do mesmo estatuto jurídico estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a saber: a) construir uma sociedade livre, justa e solidária; b) garantir o desenvolvimento nacional; c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, d) promover o

¹ Este ensaio teve por referência Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina, de autoria da primeira sob a orientação da segunda.

² Aluno do 5º ano de Direito da Universidade Estadual de Londrina.

³ Doutora em Direito do Estado – Direito Tributário pela PUC-SP. Professora de Direito Tributário na graduação do Curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina e dos programas de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Londrina e da Universidade de Marília.

bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Esses princípios fundamentais, aliados a outros não menos importantes, a exemplo dos direitos fundamentais sociais prestacionais, por vezes, parecerem ineficazes, ou seja, na realidade em que se vive no Brasil, parte das normas constitucionais não se encontram materializadas. Isso se afere da simples observação da sociedade brasileira, quando se constata que grande parte da população vive em condições mais que precárias, em favelas, desprovidas de saúde, sem uma alimentação razoável etc.

Em vista disso, tem-se por escopo, com o presente artigo, demonstrar a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no controle das políticas públicas a serem desenvolvidas, atribuições primariamente reservadas aos Poderes Legislativo e Executivo, considerando que estes Poderes não garantem à população que representa o mínimo de condições para se viver com dignidade ou, em outras palavras, não materializam os princípios impositivos/normas programáticas consubstanciados nos direitos sociais prestacionais contemplados na Magna Carta.

1 A normatividade dos princípios jurídicos

O termo princípio é utilizado em vários campos do conhecimento (v.g. Teologia, Filosofia, Direito, Física etc.). Independente do campo do saber a que possa estar atrelado, designa, conforme Ruy Samuel Espíndola (2002, p. 53), “a estruturação de um sistema de idéias, pensamento ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam”.

No âmbito jurídico, com base nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (apud ESPÍNDOLA, 2002, p. 116-117), princípio é mandamento nuclear/alicerce do ordenamento jurídico, disposição fundamental que compõe o espírito das demais normas, servindo de critério para a sua compreensão, exatamente por definir a lógica, o sentido harmônico e a racionalização do sistema normativo.

Para o italiano Crisafulli (apud BONAVIDES, 2003, p. 257), princípio é toda norma jurídica, enquanto considerada como “determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito

em direções mais particulares (menos gerais)”, sejam estas postas ou apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contêm.

Após realizar uma pesquisa jurisprudencial e doutrinária, Ricardo Guastini (apud BONAVIDES, 2003, p. 257-258) observou que os juristas empregam o termo princípio para se referirem a normas (ou a disposições legislativas que exprimem normas): a) providas de alto grau de generalidade (comportam uma série indefinida de aplicações); b) dotadas de elevado grau de indeterminação, razão pela qual requerem concretização por via interpretativa para serem suscetíveis de aplicação a casos concretos; c) de caráter programático/diretivo; d) cuja posição na hierarquia das fontes de direito é muito elevada; e) que desempenham uma função fundamental no sistema jurídico ou político; ou, f) dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é selecionar os dispositivos ou normas aplicáveis no caso concreto.

Em que pese as diversas acepções acerca de tal vocábulo, o certo é que, atualmente, os princípios jurídicos caracterizam-se por possuírem um grau intenso de normatividade/juridicidade. De acordo com Espíndola (2002, p. 60),

no pensamento jurídico contemporâneo, existe uma unanimidade em se reconhecer aos princípios jurídicos o status conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Para este núcleo de pensamento, os princípios têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de generalizações mais abstratas.

No entanto, a eficácia normativa dos princípios nem sempre foi reconhecida, razão pela qual faz-se necessário traçar um histórico sobre a evolução da normatividade dos princípios jurídicos, objetivando um maior esclarecimento do tema. A juridicidade/normatividade dos princípios passou por três fases distintas, segundo demonstra Bonavides (2003, p. 259-263): a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Conjugando os dizeres de aludido autor com os ensinamentos de Luís Roberto Barroso (2003, p. 18-28), pode-se desenhar um histórico acerca dessa passagem, sem se olvidar da definição de cada uma das fases.

A primeira é a mais antiga e tradicional. A corrente filosófica do jusnaturalismo defende a existência de um direito natural, consubstanciado em valores e pretensões

desvinculados da norma jurídica emanada/positivada pelo Estado, legitimado por uma ética superior e limitadora da própria norma estatal. Apesar de suas múltiplas facetas, apresenta-se basicamente, num primeiro momento, como uma lei advinda da vontade de Deus (antiguidade clássica e época medieval) e posteriormente como uma lei ditada pela razão (a partir da Idade Moderna).

Nesta fase, os princípios, providos de valor ético e constitutivos de um direito ideal, têm força normativa praticamente nula e a justificativa (dos que adotam a corrente jusnaturalística) para se recorrer aos princípios do direito natural é a insuficiência dos princípios extraídos da ordem jurídica existente para preencher as lacunas da lei.

Entretanto, em busca de clareza, no século XVIII, as normas referentes a um determinado objeto são agrupadas e organizadas sistematicamente em códigos, sendo que, no início do século XIX, o direito natural se incorpora de forma generalizada ao ordenamento jurídico, o que simboliza a sua vitória ao mesmo tempo em que se verifica o seu enfraquecimento.

O positivismo jurídico institui, então, no século XX, uma ciência jurídica e reduz o direito ao conjunto de normas em vigor, apartado dos valores morais. Na segunda fase, os princípios jurídicos, já positivados e considerados normas fundamentais e generalíssimas, são contemplados apenas como fonte normativa subsidiária, de integração do direito, aplicáveis somente quando ocorrerem vazios legais.

Contudo, essa corrente, ao decorrer do tempo, sofreu duras críticas porque, consoante pondera Barroso (2003, p. 26), o legalismo acrítico, subproduto do positivismo jurídico, “serviu de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A idéia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem”.

Assim, com a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo, o pós-positivismo ganha força. A terceira fase, por fim, corresponde aos momentos constituintes das últimas décadas do século XX. Há uma reaproximação entre o Direito e a ética. Os valores compartilhados por toda uma comunidade materializam-se em princípios e são abrigados pela Constituição, implícita ou explicitamente.

Nesta fase, conforme Ruy Samuel Espíndola (2002, p. 34), os princípios são enunciados como “normas jurídicas vinculantes, dotados de efetiva juridicidade, como

quaisquer outros preceitos encontráveis na ordem jurídica; consideram as normas de direito como gênero, dos quais os princípios e as regras são espécies jurídicas”.

Diante desse contexto, verifica-se que os princípios se tornaram o norte de toda a ordem legal. Os princípios jurídicos explícitos (positivados por uma instituição legítima) ou implícitos (abstraídos do ordenamento jurídico), como se vê, deixaram de desempenhar um papel secundário para se tornarem os protagonistas do ordenamento jurídico. Sua maior conquista é o reconhecimento de sua efetiva normatividade na atualidade.

2 Distinção entre regras e princípios jurídicos

O ordenamento jurídico (conjunto de todas as normas jurídicas que transporta uma certa coerência intrínseca) do Estado Democrático de Direito brasileiro é um sistema normativo (a estruturação de expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas é feita através de normas) aberto (dado que as normas captam a mudança da realidade e estão abertas às novas concepções da verdade e da justiça) de regras e princípios (uma vez que as normas do sistema revelam-se sob a forma ou de princípios ou de regras).

Segundo Canotilho (2003, p. 1162-1163), qualquer sistema jurídico carece de princípios e regras, porquanto um sistema composto exclusivamente por regras exigiria uma disciplina legislativa exaustiva, e, apesar de seguro, não poderia desenvolver-se de acordo com a evolução da sociedade. Por outro lado, um sistema constituído apenas por princípios conduziria à total insegurança jurídica uma vez que baseado somente em normas indeterminadas e imprecisas.

Para tornar mais claro o que são os princípios, é imprescindível diferenciá-los das regras, o que não é uma tarefa fácil. Nas lições de Willis Santiago Guerra Filho (1997, p. 17),

as regras possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a descrição (ou ‘tipificação’) de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção. Já os princípios fundamentais, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na Constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraíndo a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros.

De acordo com Canotilho (2003, p. 1160-1161), a doutrina sugere os seguintes critérios para diferenciar regras de princípios: a) grau de abstração, segundo o qual os princípios possuem grau de abstração mais elevado do que as regras; b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, pelo qual os princípios necessitam de atividade concretizadora, por serem vagos e indeterminados, ao passo que as regras são suscetíveis de aplicação imediata; c) caráter de fundamentabilidade no sistema das fontes de direito por parte dos princípios, os quais ocupam posição hierárquica superior em relação às regras, em razão de sua natureza estruturante no ordenamento jurídico; d) proximidade da idéia de direito, pelo que os princípios são normas juridicamente vinculantes radicadas nas exigências da justiça/idéia de direito, enquanto que as regras podem ter conteúdo meramente funcional; e, e) natureza normogenética dos princípios por constituírem o fundamento das regras.

Todavia, com espeque em Canotilho (2003, p. 1161-1162), Dworkin (2002, p. 39, 41-43, 114) e Alexy (apud BONAVIDES, 2003, p. 277-280), há de se esclarecer, ainda, que os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização/aperfeiçoamento, que podem ser cumpridas em diversos graus de concretização, consoante as possibilidades fácticojurídicas.

E, na hipótese de uma colisão entre princípios, aquele que tem menos peso/valor deve recuar, o que não significa que deva ser declarado nulo nem que uma cláusula de exceção nele deva ser introduzida.

Já as regras são normas jurídicas precisas, que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) e devem ser cumpridas na exata medida de suas prescrições, de modo que, verificado os fatos que descrevem, o que preceituam deve ser aplicado. Se duas regras entrarem em conflito, uma delas deve ser declarada nula ou uma cláusula de exceção deve ser inserida para remover o conflito. O conflito pode ser solucionado através de outras regras estabelecidas no sistema jurídico, as quais podem dar procedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à promulgada mais recentemente, à mais específica ou preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes.

Desse modo, nada obstante a complexidade que gira em torno da distinção entre essas duas espécies de normas, vê-se que a doutrina tem conseguido traçar os seus elementos diferenciadores.

3 A Constituição

A despeito de serem os princípios jurídicos encontrados em toda parte do ordenamento jurídico brasileiro, o presente artigo se limita àqueles insertos na Constituição Federal de 1988, tendo por base que, “os princípios são normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos; e por isso mesmo providos, nos sistemas jurídicos, do mais alto peso, por constituírem a norma de eficácia suprema”, consoante Bonavides (2003, p. 276).

Assim, é forçoso tecer algumas considerações sobre o significado de uma Constituição. De acordo com Canotilho (2003, p. 1147-1148), a ordem jurídica é um sistema hierarquicamente estruturado, no qual a Constituição ocupa o topo da pirâmide eis que consagra os preceitos fundamentais, proeminentes e fundamentadores de todo o sistema normativo, razão pela qual todas as demais normas de direito não devem contrariá-la, ou melhor, devem estar em conformidade com as regras e, notadamente, com os princípios constitucionais, sob pena de serem consideradas inconstitucionais e, por conseguinte, inválidas.

A Constituição, também designada como Carta Política, Magna Carta etc., é, conforme o mesmo doutrinador (2003, p. 52, 118, 129, 147 e 1176), a ordem jurídica fundamental de uma comunidade organizada, constituída por normas (regras e princípios) jurídicas positivas, normalmente instituída através de um documento escrito, que declara os direitos e as garantias fundamentais das pessoas, organiza o poder político de um Estado e individualiza os fins a serem perseguidos. Procura regular, pois, como qualquer norma jurídica, a vida de determinada comunidade.

Para Espíndola (2002, p. 92-93), o conceito de Constituição assenta-se, na modernidade, sobre quatro sentidos basilares: Constituição instrumental, Constituição normativa, Constituição formal e Constituição material. Por Constituição instrumental entende-se que a lei fundamental de um Estado é o instrumento que ordena, sistemática e racionalmente, a comunidade política. Compreende-se por Constituição normativa que a

finalidade da Constituição é criar normas, o que quer dizer que as normas contidas na Constituição não são meros valores sem força normativa.

Fala-se em Constituição formal para denotar a Carta Magna como fonte formal do direito porque o procedimento de criação e modificação (mais dificultado), o conteúdo (sempre buscando a realização da justiça) e a posição hierárquica de suas normas (superior) são distintas/peculiares. E, do ponto de vista material (esclarecedor do conteúdo ideológico e sociológico do documento), a Constituição compreende as normas jurídicas que organizam e estruturam o Estado e, por conseguinte a sociedade, nos seus aspectos fundamentais, cujo objeto é a forma do Estado (federado ou unitário), a forma de governo (república ou monarquia), o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo), o modo de aquisição e exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais dos indivíduos frente ao Estado e as respectivas garantias, os valores supremos de toda a sociedade e os princípios fundamentais que sustentam todo o ordenamento jurídico.

A Constituição pode ser assim entendida hoje porque, ao longo da história, novas matérias (regras e princípios) incorporaram-se ao texto constitucional, o que levou grande parte das denominadas Constituições Sintéticas, compostas por disposições concentradas basicamente na organização do Estado e na competência dos poderes públicos, se transformarem em Constituições Analíticas.

A passagem de um modelo constitucional para outro, conforme salienta Ivo Dantas (1995, p. 9-27), “está indissolavelmente ligada às transformações sofridas pelo Estado de sua concepção liberal para o Estado Social”. No liberalismo, ao Estado cabia basicamente resguardar a liberdade dos indivíduos, garantir a propriedade, proteger o cidadão contra qualquer injustiça ou opressão e intervir o mínimo possível na economia, mantendo obras e instituições públicas que nunca atrairiam o interesse privado na medida em que o lucro não compensaria os gastos. Todavia, decorridas as atrocidades das grandes guerras mundiais, o lema do Estado Liberal *laissez-faire*, *laissez-passer* cede espaço à presença do Estado que assume o papel e a responsabilidade de oferecer ao homem um mínimo de condições para viver com dignidade.

Desse modo, ao lado dos direitos individuais, que correspondem a um não fazer do Estado, foram inseridos nas Constituições os direitos sociais, que têm por objeto atividades

positivas desse mesmo Estado. Daí, portanto, a predisposição para que as Constituições se tornassem analíticas, compreendendo cada vez mais tanto regras quanto princípios, como ocorreu com a Carta Magna brasileira.

Feita essa breve análise acerca do conceito de Constituição, cabe discorrer especificamente sobre os princípios inseridos na Constituição Federal do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988 e em pleno vigor.

4 Tipologia e densidade dos princípios constitucionais

A tipologia dos princípios constitucionais não é homogênea uma vez que existe uma enorme gama dessas normas, as quais contêm diversas características, o que dificulta uma categórica classificação. Canotilho, porém, divide os princípios constitucionais em quatro categorias (2003, p. 1165-1167, 1177): princípios jurídicos fundamentais, princípios jurídicos politicamente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia.

Com base em seu estudo, José Afonso da Silva (2003, p. 92-95) divide os princípios da Constituição brasileira basicamente em duas categorias: a dos princípios político-constitucionais e a dos princípios jurídico-constitucionais. Os princípios políticoconstitucionais são as decisões fundamentais do legislador constituinte sobre a existência política da nação, concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, das quais decorrem as normas reguladoras das relações da vida social. Encontram-se materializados nos artigos 1º ao 4º da Constituição Federal de 1988 e dizem respeito à existência, forma, estrutura e tipo de Estado; à forma de governo e à organização dos poderes; à organização da sociedade; ao regime político; à prestação positiva do Estado; e à comunidade internacional. Já os princípios jurídico-constitucionais compreendem aqueles princípios constitucionais gerais que informam a ordem jurídica nacional, muitas vezes derivados dos princípios fundamentais (v.g. princípio da supremacia da Constituição, da legalidade, os chamados princípios-garantias que figuram no art. 5º, XXXVIII a LX, dentre muitos outros).

Considerando o grau de importância e a abrangência, Luís Roberto Barroso (2001, p. 152-158) triparte os princípios constitucionais em: a) princípios fundamentais, que constituem as normas provenientes das decisões políticas e que estruturam o Estado, sendo assim, o fundamento da organização política do Estado e núcleo imodificável do sistema,

servindo de limite às alterações constitucionais; b) princípios constitucionais gerais, que são aqueles derivados dos princípios fundamentais, ou seja, constituem desdobramento/densificação desses e equivalem aos princípios-garantia de Canotilho, encontrando-se mais concentrados no artigo 5º da Constituição Federal; e, c) princípios setoriais ou especiais, que dizem respeito a um determinado tema, capítulo ou título da Constituição e, portanto, irradiam-se sobre um limitado número de normas; podem ser autônomos, como o princípio da anterioridade em matéria tributária ou podem consistir em densificações dos princípios gerais, como o princípio da legalidade penal.

Malgrado as diversas classificações apresentadas, o que se deve abstrair é que os princípios jurídicos utilizados para alcançar os objetivos de um Estado têm diversas naturezas e densidades. Conforme Walte Claudius Rothenburg (2003, p. 18), por densidade normativa compreende-se a aptidão de determinada norma jurídica incidir em um caso concreto, independente de mediação concretizadora por parte dos operadores do direito.

Diante do acima exposto, alguns princípios não precisam ser densificados para serem efetivamente aplicados, como é o caso dos princípios-garantia mencionados na classificação de Canotilho. Por outro lado, existem princípios que são por demais abertos, gerais e indeterminados e, desse modo, carecem de uma atividade densificadora, o que significa dizer que precisam ser preenchidos, complementados para poderem incidir em um caso concreto. Nada obstante isso, alguns princípios indeterminados já se encontram densificados por outras normas constitucionais, em algum sentido.

Com propriedade, Canotilho (2003, p. 1174-1175) demonstra como alguns dos princípios estruturantes fundamentais ganham concretização na Constituição portuguesa, por intermédio de subprincípios e regras (hierarquicamente organizados), dotados de maior grau de densidade normativa, como é o caso, a título exemplificativo, do princípio estruturante fundamental do Estado de Direito, densificado pelos princípios constitucionais gerais da constitucionalidade, independência dos tribunais, vinculação do legislador aos direitos fundamentais e legalidade da administração, este, por sua vez, ainda mais concretizado pelo princípio constitucional especial da prevalência da lei, o qual encontra-se densificado em grau ainda maior pela regra constitucional garantidora do recurso contencioso contra certos atos da administração.

Entretanto, outros princípios têm baixa densidade e não se encontram concretizados por outras normas jurídicas. Nesses casos, com base nos ensinamentos de Canotilho (2003, p. 1163), os princípios vinculam o legislador, a administração e os tribunais (os juízes têm o dever de aplicar a norma constitucional), mas, por terem um caráter aberto, ou seja, geral e indeterminado, para serem ativamente operantes, necessitam de uma mediação concretizadora que lhes dêem operacionalidade prática. Um exemplo bem típico desses princípios são os constitucionais impositivos (relatados na classificação do autor português), também denominados normas programáticas.

Assim, em que pese ser pacífico o entendimento de que os princípios são efetivamente normas e, portanto, deveriam ser aplicados, muitos deles continuam ineficazes, notadamente os princípios constitucionais que demandam uma interpretação concretizadora por parte dos operadores de direitos e, na seqüência, uma prestação por parte do Estado. A seguir, dar-se-á atenção acerca das possibilidades de se concretizar tais princípios por intermédio do Poder Judiciário.

5 Os princípios constitucionais e os direitos fundamentais

Os princípios constitucionais impositivos/normas programáticas, de acordo com Andréas Krell (2002, p. 20), prescrevem a realização por parte do Estado de fins e tarefas, constituem direitos diretamente aplicáveis e são dirigidas aos três poderes estatais: devem ser concretizadas pelo legislador, aplicadas de ofício pela Administração ou contenciosamente pelo Judiciário.

Tendo em vista que essas normas constituem direitos por parte dos indivíduos de dada sociedade, torna-se imprescindível adentrar-se na área dos direitos fundamentais. Com efeito, os direitos fundamentais abrigados pela Constituição Federal podem apresentar-se, por um lado, como direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado, objetivando a limitação do poder estatal e, por outro, como direitos a prestações (de natureza fática e jurídica). Aqueles requerem uma abstenção por parte dos poderes públicos, um não fazer do Estado, ao passo que estes exigem do Estado um agir, a incumbência de colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática).

Consigna Ingo Wolfgang Sarlet (2001) que esses direitos compartilham de uma fundamentabilidade no aspecto material, porque reconhecem e protegem certos valores

essenciais ao ser humano e, no aspecto formal porque ocupam patamar hierárquico superior às demais normas; são aplicáveis de imediato, nos termos do artigo 5º, § 1º, da Magna Carta; e, integram o rol das cláusulas pétreas do artigo 60, § 4º, IV, do mesmo estatuto jurídico.

Assegura, ainda, Andréa Krell (2002, p. 81-82) que grande parte dos valores predominantes na sociedade brasileira está positivada e congregada nos direitos fundamentais, os quais são normas constitucionais principiológicas, ou seja, contêm conceitos vagos, indeterminados, abstrato, de textura aberta. Em vista disso, demandam uma interpretação concretizadora para serem efetivamente aplicados.

Os direitos que reclamam abstenção por parte do Estado, de acordo com Gustavo Amaral (2004, p. 111), são classicamente denominados direitos individuais e os que demandam prestações efetivas do Ente Público denominam-se direitos sociais. Conforme preceitua Luis Roberto Barroso (2001, p. 100-101), os direitos individuais ou de primeira geração, de origem marcada pelo jusnaturalismo, tiveram como primeira manifestação legislativa a Declaração de Direito inglesa, de 1689, mas seu ciclo de formação e aperfeiçoamento encontra-se mais ligado ao pensamento iluminista francês do século XVIII e à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ao passo que os direitos econômicos, sociais e culturais ou de segunda geração, abreviadamente identificados como direitos sociais, são de formação mais recente, remontando à Constituição Mexicana de 1917 e à de Weimar de 1919, da Alemanha.

Em virtude de reclamarem uma prestação por parte do Estado e, por conseguinte, demandarem recursos financeiros, são exatamente os direitos sociais os que têm suscitado controvérsias quanto a sua efetiva realização. Urge registrar que esses direitos não formam um grupo homogêneo no que atine ao conteúdo e à forma de positivação; seu conteúdo, mecanismo e aspecto organizacional encontram-se espalhados pela Constituição, notadamente no artigo 6º e nos artigos 193 a 232, da Constituição Federal.

6 Reserva do possível X mínimo existencial

O argumento que prepondera para não se aplicar os direitos sociais prestacionais é que o Estado não é dotado de recursos econômicos suficientes para atender toda a demanda social, que geralmente vincula a criação, destinação, distribuição e redistribuição

de serviços e bens materiais. Consoante Canotilho (apud KRELL, 2002, p. 51), a efetivação de tais direitos está adstrita a uma reserva do possível, uma vez que dependem de recursos econômicos para serem efetivados, o que significa dizer que a realização desses direitos estaria condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado para esse efeito. Destarte, a limitação de recursos públicos torna-se um obstáculo à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

Ao abordar esse tema, Andréas Krell (2002, p. 17-18) aduz que constitui um paradoxo o fato de estar o Brasil entre os dez países com a maior economia do mundo, ter uma Constituição que protege os direitos sociais, mas 47% de sua população perceber renda inferior à linha de pobreza, cuja maior parte não tem acesso aos serviços públicos de saúde e assistência social, com mínima qualidade, não tem uma moradia digna de se viver e é mal alimentada; por isso, discute-se com maior intensidade os meios para a realização dos direitos sociais consagrados na Constituição.

É fato que cabe ao Estado discutir, definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias e por intermédio de leis, atos administrativos e instalações físicas, as políticas sociais de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação, que visem a concretizar os direitos constitucionalmente protegidos. Também não se nega que a Constituição confere autonomia ao legislador para definir a forma e a medida em que o direito social deve ser assegurado, considerando que as normas programáticas são abertas para receber concretizações de acordo com a escolha política do eleitorado.

Pode-se dizer, então, que a aplicação dos direitos sociais depende, num primeiro momento da criação de leis (v.g. aprovação da proposta de dotação orçamentária) e, num segundo momento da prestação material do Estado para lhes dar operacionalidade prática e atenuar as desigualdades de fato na sociedade. Acrescente-se a isso que, como observa Andreas Krell (2002, p. 99), o Poder Executivo não só executa as normas legislativas sobre direitos sociais, como cria também as próprias políticas e os programas necessários para a realização dos ordenamentos legais. Desse modo, compete inicialmente aos Poderes Legislativo e Executivo decidir sobre o destino da aplicação dos recursos financeiros do Estado.

Mas as políticas públicas, entendidas como condutas da Administração Pública voltadas à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal,

atribuições do Poder Legislativo em conjunto com o Poder Executivo, não têm dado conta de efetivar alguns direitos sociais básicos e fundamentais para os indivíduos poderem viver com dignidade. Diante disso, consoante Andréas Krell (2002, p. 18), boa parte da doutrina constitucional critica o desempenho dos poderes públicos em implementar as políticas relativas aos direitos sociais e aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da erradicação da pobreza; por outro lado, questiona-se se o Poder Judiciário pode controlar as políticas públicas que organizam os serviços sociais básicos, diante do princípio da separação dos poderes.

Esse questionamento, de acordo com referido autor (2002, p. 52), advém de uma adaptação da jurisprudência constitucional alemã, a qual entende que a decisão sobre a disponibilidade dos recursos é afeta à discricionariedade dos governos e dos parlamentos, através da composição dos orçamentos e que o direito a prestações positivas está sujeito “à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”, o que impossibilita exigências acima de um certo limite social básico.

Com supedâneo nessa teoria, há quem defenda que os juízes (não legitimados pelo voto) não têm competência para dispor sobre medidas de políticas sociais que exigem gastos orçamentários, ou seja, acreditam que o Judiciário não pode intervir nas decisões que dizem respeito às políticas públicas, sob pena de ferir o princípio da separação dos poderes. Essa posição é criticada por Andréas Krell (2002, p.13-14), ao argumento de que as teorias provenientes da Alemanha (país onde o padrão de bem estar social já foi conquistado pela sociedade) devem ser readaptadas antes de serem aplicadas no Brasil porque a cultura, a história, as condições políticas e sócio-econômicas dos países são bem diferentes.

Do ponto deste autor (2002, p.22), a apreciação acerca dos fatores econômicos para decidir sobre a possibilidade e o meio de realização dos direitos sociais cabe principalmente aos governos e parlamentos, sendo que o Judiciário não deveria intervir para substituir os juízos de conveniência e oportunidade, mas, como os Poderes Legislativo e Executivo se mostram incapazes de cumprir as diretrizes traçadas na Constituição, acredita que parece cada vez mais necessária a revisão do dogma da separação dos poderes em relação ao controle das prestações dos serviços públicos no Brasil. Aduz, ainda, que Montesquieu via na separação dos poderes um meio para se evitar o abuso do poder, o que não significa que os três poderes devam ser totalmente independentes, mas que cada um

seja independente para que seja garantido o controle constitucional de um sobre os outros (2002, p. 89).

Diante disso, defende que as questões relacionadas à formulação de políticas públicas não estão relegadas somente ao governo e à Administração Pública, decorrem das próprias normas constitucionais sobre direitos sociais, sendo que sua observação pode e deve ser controlada pelos tribunais (2002, p. 100). Para ele, hoje exige-se um Judiciário intervencionista que ouse controlar a falta de qualidade das prestações dos serviços básicos e exija a implementação de políticas sociais eficientes, “não podendo as decisões da Administração Pública se distanciar [sic] da ‘programaticidade principiológica’ da Constituição” (2002, p. 97).

Por isso, o Poder Judiciário é obrigado a agir quando outros Poderes não cumprem as exigências básicas da Constituição (direito à vida, dignidade humana, Estado Social). Assim, não se atribui ao Judiciário o poder de criar políticas públicas, apenas de impor a execução daquelas já estabelecidas nas leis.

Com vistas a reforçar essa idéia, existem autores que entendem que os direitos sociais devem ser efetivados ao menos no seu núcleo mínimo e que não seria lícito ao Poder Público se escusar alegando falta de recursos financeiros. De fato, pondera, com propriedade, Ana Paula de Barcellos (2002, p. 245-246) que:

a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestações de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta central das Constituições modernas, e a da Carta de 1988 em particular pode ser resumida, [...], na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições mínimas de sua própria existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estarão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se poderá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Dessa forma, para os defensores da teoria do mínimo existencial, o Estado (composto pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) tem o dever de prestar serviços

sociais básicos que garantam a existência digna de qualquer pessoa, tese que se pretende acatar. Esse mínimo de existência, de acordo com Andréas Krell (2002, p. 60-61), pode ser extraído do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à integridade humana, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2001), o princípio da dignidade da pessoa “deve ser utilizado para garantir as condições existenciais mínimas da população para uma vida saudável, sugerindo como diretriz mínima os parâmetros estabelecidos pela Organização Mundial da Saúde”. Muito embora não exista um consenso sobre o que seria esse mínimo existencial, Andreas Krell (2002, p. 63) assinala que, de qualquer modo, “o referido 'padrão mínimo social' para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, de acesso à [sic] uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia”; sendo que o conteúdo concreto desse mínimo está atrelado às peculiaridades de cada país.

Com base no exposto, vê-se que realmente a limitação de recursos econômicos para efetivar os direitos sociais prestacionais, que se confundem com os princípios impositivos/normas programáticas, pode vir a ser uma barreira. Todavia, quando se tratar da discussão acerca da efetivação de um direito social, por meio do qual se vise à garantia de um mínimo, frise-se, de condições para se viver com dignidade, parece acertada a tese de que o magistrado, agindo com a devida cautela, deva determinar sua implementação, mesmo se forem opostos obstáculos sob o argumento da reserva do possível, ocasião em que deverá ser determinada a transferência de recursos alocados em setores menos prioritários para àquele por meio do qual se vise à concretização dos direitos fundamentais, tendo em vista que a finalidade precípua do Estado Democrático de Direito brasileiro é justamente garantir o bem estar social.

Impende ressaltar que nessas situações, não se infringe a harmonia dos poderes, porquanto, no Estado de Direito, o Estado soberano submete-se à própria justiça que institui. O Judiciário, assim, nada mais faz do que cumprir a Carta Magna, ao determinar a realização prática da norma constitucional.

Considerações finais

A Constituição Federal de 1988 ocupa o ápice do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, é a carta jurídica fundamental do Estado que não contém meras exortações/orientações, desprovidas de valor jurídico; ao contrário, é composta por regras e princípios, ambos atualmente reconhecidos como espécies de normas jurídicas. Diante desse fato, todos os direitos fundamentais da pessoa humana contemplados em seu texto, o que inclui os direitos sociais prestacionais, impõem que sejam efetivados e, com lastro no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, têm aplicação direta, que vincula tanto o Poder Legislativo e Executivo como o Judiciário, porque todos submetidos aos preceitos constitucionais, considerando que, no Brasil, vigora o Estado Democrático de Direito.

Esses direitos, por serem bastante gerais (comportam uma série indefinida de aplicações) e indeterminados (requerem concretização para serem suscetíveis de aplicação no caso concreto), são denominados normas principiológicas. Como explanado, as normas principiológicas ou, simplesmente, princípios, são as vigas mestres de todo o ordenamento jurídico, mandamentos nucleares do sistema e, por serem assim, são as principais normas vinculantes e obrigam que sejam cumpridas.

Por mais difícil, problemático e complicado que possa ser concretizá-los, essa tarefa não pode, ou melhor, não deve deixar de ser realizada, sob pena de ver-se a Carta Magna tornar-se, em parte, letra morta e tendo em vista que os princípios jurídicos não são mais considerados meras orientações a serem seguidas pelos agentes jurídicos/operadores do Direito, como o eram na fase jusnaturalista, ou simples mecanismos para suprir a falta de lei, característica da fase juspositivista, mas creditados como verdadeiras normas jurídicas (fase pós-positivista), com caráter vinculante, que devem ser materializadas.

O maior obstáculo para a não implementação dos direitos fundamentais sociais, se não for a falta de vontade política ou até mesmo a ausência de consciência acerca da importância da realização desses direitos, parece ser a inexistência de recursos financeiros suficientes para o atendimento de todos eles, por requerem prestações positivas por parte do Estado, que demandam gastos.

Esta limitação, embora seja um aspecto de relevante importância e que deve ser observado pelo Poder Judiciário, não deve ser entendida como impedimento. Os entes estatais utilizam-se do argumento da indisponibilidade econômica para se omitirem na

realização de direitos básicos e fundamentais. Daí, para equacionar o problema, apresenta-se a técnica de ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível, que, aliados ao autocontrole do Poder Judiciário, permite a realização do controle jurisdicional das políticas públicas.

Ao que tudo indica, quando se tratar da discussão sobre a concretização dos direitos mais básicos, mais essências à vida digna da pessoa humana, entende-se que não é lícito ao Poder Público (Executivo ou Legislativo) alegar, em todos os casos, carência de dotações orçamentárias como escusa para a impossibilidade de se efetivar tais direitos. Isso porque, como já mencionado, o fim primeiro do Estado é promover o bem estar social (por intermédio de políticas públicas), o que significa dizer que os recursos econômicos estatais deverão ser destinados primeiramente à promoção desse fim, para depois serem utilizados de outra maneira, mais conveniente e oportuna.

Todos os três poderes devem pautar suas condutas nos postulados constitucionais. Assim, uma vez não efetivados os direitos fundamentais consagrados na Constituição pelo Legislativo nem pelo Executivo, cabe ao Judiciário intervir para se fazer cumprir os ditames escritos na Magna Carta brasileira, com cautela, visando a garantir pelo menos um mínimo de condições materiais para que cada indivíduo possa viver dignamente, o que, de maneira alguma, ofende o princípio da separação dos poderes.

Possibilitada, dessa forma, a concretização dos princípios constitucionais pelo Poder Judiciário, converter a realidade torna-se mais viável, na medida em que faz os demais poderes voltarem os olhos para as diretrizes constitucionais. Assim, confirmando-se o caráter normativo da Constituição, se estará não apenas reconhecendo uma Constituição juridicamente válida, mais que isso, se estará reconhecendo uma Constituição efetivamente integrada na sociedade.

Referências

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio as dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*: limites e possibilidades da constituição brasileira. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.) *A Nova Interpretação Constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DANTAS, Ivo. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério [Taking rights seriously]*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.1, n. 1, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

