

Centro Universitário do Distrito Federal – UDF
Coordenação do Curso de Direito

Lucileide de Jesus Vidal

**O SIMBOLISMO CONSTITUCIONAL EM FACE DOS DIREITOS SOCIAIS
PROGRAMÁTICOS INSTITUÍDOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Brasília
2013

Lucileide de Jesus Vidal

**O SIMBOLISMO CONSTITUCIONAL EM FACE DOS DIREITOS SOCIAIS
PROGRAMÁTICOS INSTITUÍDOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientador: Rafael Amorim.

**Brasília
2013**

Reprodução parcial permitida desde que citada a fonte.

Vidal, Lucileide de Jesus.

O Simbolismo Constitucional em face das dos Direitos Sociais Programáticos instituídos no Estado Democrático de Direito / Lucileide de Jesus Vidal. – Brasília, 2013.

89 f.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito Orientador: Rafael Amorim de Amorim.

1. O SIMBOLISMO CONSTITUCIONAL EM FACE DOS DIREITOS SOCIAIS PROGRAMÁTICOS INSTITUÍDOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

CDU - D341

Lucileide de Jesus Vidal

**O SIMBOLISMO CONSTITUCIONAL EM FACE DOS DIREITOS SOCIAIS
PROGRAMÁTICOS INSTITUÍDOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Coordenação de Direito do
Centro Universitário do Distrito Federal -
UDF, como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em Direito.
Orientador: Rafael Amorim de Amorim

Brasília, _____ de _____ de 2013.

Banca Examinadora

Rafael Amorim de Amorim

Orientador

Centro Universitário do Distrito Federal - UDF

Sergimar Martins de Araujo

Titulação

Centro Universitário do Distrito Federal - UDF

Kaio José Miranda Leite Arauna

Titulação

Centro Universitário do Distrito Federal - UDF

Nota: _____

Dedico aos amigos que sempre me apoiaram e à minha família, especialmente à minha mãe pela força nos momentos críticos, pelo carinho e amor e por toda contribuição em minha vida, sem a qual não teria chegado até aqui.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Deus, por mais uma conquista; ao meu orientador, pela dedicação, correções e empenho na orientação, bem como a todos que de alguma forma contribuíram para este trabalho.

“As constituições feitas para não serem cumpridas, as leis existentes para serem violadas, tudo em proveito de indivíduos e oligarquias, são fenômeno corrente em toda a história da América do Sul”.

S. Buarque de Holanda.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso expõe uma análise crítica do fenômeno da eficácia das normas definidoras de direitos sociais, em seu viés programático, à luz dos dispositivos previstos na Constituição de 1988. O objetivo geral é abordar os variados aspectos ligados à sua aplicabilidade, apontando os problemas de limitação em sua execução; bem como demonstrar o caráter simbólico de algumas políticas públicas e dos instrumentos criados para garantir o cumprimento dos dispositivos constitucionais. A análise parte da criação dos direitos sociais atribuídos como princípios e direitos fundamentais instituídos pelo Estado Democrático de Direito em uma abordagem voltada ao povo como titular do poder de criação normativa constitucional.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Fundamental. Normas Programáticas. Direitos sociais. Aplicabilidade. Simbolismo Constitucional.

ABSTRACT

This monograph aims to expose a critical analysis of the phenomenon of effectiveness of rules defining social rights, in its programmatic sense in light of the provisions set forth in the 1988 Constitution. In a general sense, this study comes to mention the manifold aspects of its applicability, pointing limitation problems of implementation, as well as demonstrating the symbolic character of some public policies and instruments designed to ensure compliance with the constitutional provisions. The analysis part of the creation of social rights assigned as fundamental principles and rights, established by a democratic state in a focused approach to the people as the holder of creating normative constitutional power.

Keywords: Constitutional Law. Fundamental Right. Programmatic Standards. Social rights. Applicability. Constitutional symbolism.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABREVIATURAS

Art.	Artigo
CF	Constituição Federal de 1988

SIGLAS

ADO.	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
CF	Constituição Federal
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO	14
3 CLASSIFICAÇÕES RELEVANTES DAS CONSTITUIÇÕES PARA O TEMA ABORDADO	18
3.1 CONSTITUIÇÃO ECLÉTICA.....	18
3.2 CONSTITUIÇÃO COMPROMISSÓRIA.....	19
3.3 CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE.....	19
3.4 CONSTITUIÇÃO NORMATIVA	21
3.5 CONSTITUIÇÃO NOMINALISTA	22
3.6 CONSTITUIÇÃO SEMÂNTICA	23
4 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	24
4.1 NORMAS DE EFICÁCIA PLENA	25
4.2 NORMAS DE EFICÁCIA CONTIDA	26
4.3 NORMAS DE EFICÁCIA LIMITADA.....	26
4.3.1 Norma de eficácia limitada de princípio institutivo	27
4.3.2 Norma de eficácia limitada de princípio programático	28
5 NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS	29
5.1 OBJETIVOS SOCIAIS PROGRAMÁTICOS COMO PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS.....	30
5.2 DIREITOS SOCIAIS PROGRAMÁTICOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL....	31
5.3 O ESTADO SOCIAL E OS DIREITOS SOCIAIS PROGRAMÁTICOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	35
5.4 LIMITES À EFETIVAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS.....	42
6 INSTRUMENTOS DE EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	45
6.1 MANDADO DE SEGURANÇA	46
6.2 MANDADO DE INJUNÇÃO.....	49
6.3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.....	54

7 SIMBOLISMO CONSTITUCIONAL	58
7.1 CONCEITO E ASPECTOS DO SIMBOLISMO CONSTITUCIONAL	58
7.1.1 Simbolismo como confirmação de valores sociais	62
7.1.2 Simbolismo como “capacidade de ação do estado”	64
7.1.3 Simbolismo como adiamento de soluções de conflitos	66
7.2 NORMAS PROGRAMÁTICAS E O SIMBOLISMO CONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	67
7.3 SIMBOLISMO, EFETIVIDADE E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	70
7.4 SIMBOLISMO CONSTITUCIONAL E A CLASSIFICAÇÃO NORMATIVA DE KARL LOEWENSTEIN.....	73
8 POLÍTICAS PÚBLICAS, ATIVISMO JUDICIAL E OS EFEITOS DOS INTRUMENTOS DE EFICÁCIA CONSTITUCIONAL NO VIÉS SIMBÓLICO.....	76
9 CONCLUSÃO	87
REFERÊNCIAS	90

1 INTRODUÇÃO

A Constituição é a norma jurídica fundamental de uma nação. Além de ser o principal documento normativo, é a fonte de validade para as demais normas do ordenamento jurídico.

É criada para dar corpo aos anseios sociais e políticos e nasce sem qualquer limitação jurídica, abrangendo várias ideologias e firmando compromissos de forma a dirigir o Estado.

Nesta constatação, os dispositivos jurídicos constitucionais podem ou não encontrar correspondência com a realidade, são aptos ou não, a alcançarem efetividade e aplicabilidade social. Algumas são normas auto-aplicáveis, outras dependem de atuação do legislador para ganhar concretude.

A falar dessa dependência comissiva, o Estado cria mecanismos para regulamentar os dispositivos constitucionais, sejam por intermédio das políticas públicas ou mediante a tutela jurisdicional.

Assim, regulamenta leis e institui os chamados remédios constitucionais para afastar a síndrome de ineficiência normativa, que são o Mandado de Segurança e o Mandado de Injunção, além de estabelecer o controle das omissões inconstitucionais através da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Deste modo, no exercício do direito de ação constitucionalmente garantido o cidadão ajuíza a medida judicial cabível para cada caso concreto, ou abstrato, dando impulso para que o Estado diga o direito, proferindo uma decisão.

Com a prolação do direito, a decisão passa a alcançar seus efeitos, sejam eles “concretistas” ou ilusórios.

É o que se anela demonstrar nesta pesquisa científica através da análise dos efeitos práticos das normas constitucionais e de sua aplicabilidade social. Para tanto, a pesquisa foi dividida em 8 (oito) capítulos, utilizando o método indutivo associado às técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e virtual.

Nestes moldes, será abordado no primeiro capítulo o Poder Constituinte originário como poder de criação da norma constitucional, passando no capítulo

seguinte para algumas classificações relevantes para o tema em questão, ressaltando as constituições ecléticas, compromissórias e dirigentes, além das normativas, nominalistas e semânticas conforme atribuições dadas por Karl Loewenstein.

Continua ainda a abordar no quarto capítulo a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, discorrendo sobre as normas de eficácia plena, contida e limitada. A fim de dar a essa complementação, se insere as normas limitadas por princípio institutivo e por princípio programático.

No quinto capítulo se adentra aos diversos atributos das normas constitucionais programáticas, ressaltando aquelas instituidoras de direitos sociais, de forma a demonstrá-las como princípios e direitos fundamentais, passando pela análise das limitações à sua aplicabilidade.

Ainda no capítulo sexto demonstra-se os instrumentos criados pelo Estado de forma a garantir os direitos previstos constitucionalmente, que são o Mandado de Segurança, Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

No capítulo seguinte será dado ênfase ao instituto do Simbolismo constitucional, conceituando-o e demonstrando seus vários aspectos e sua relação com as normas programáticas, com a efetividade, com o Estado Democrático de Direito e com a classificação normativa de Karl Loewenstein.

No capítulo oitavo se pretende fazer uma relação do simbolismo constitucional com as políticas públicas e com o ativismo judicial na esfera dos efeitos das decisões nos instrumentos criados em busca da efetividade das normas previstas no Texto Magno.

2 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

O estudo das normas programáticas passa, necessariamente, pela análise de sua origem. É partindo de tal premissa que se busca entender o surgimento e o exercício da titularidade do poder pelo qual o Estado, mediante um ato comissivo, positiva normas no viés de se concretizar anseios sociais e políticos.

É do ponto de partida da concretização das normas no plano jurídico que se funda toda e qualquer análise dos programas instituídos em uma Nação.

Depois da contextualização do objeto deste tópico, importante ressaltar o conceito de Poder Constituinte originário, que, no dizer de Alexandre de Moraes (2012), é a manifestação soberana da Suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado, com a finalidade de se estabelecer a Constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade.

Ainda assim, Uadi Lammego Bulos (2011) traz o conceito de Poder Constituinte como um poder de fato, porque não se situa no mundo do Direito e, sim, nas necessidades econômicas, culturais, antropológicas, filosóficas e, até religiosas, da vida em sociedade.

Também conhecido como poder “inicial ou inaugural, é aquele que instaura uma nova ordem jurídica, rompendo por completo com a ordem jurídica precedente.” (LENZA, 2009)

Assim sendo, o poder de se instituir um novo regramento jurídico constitucional detêm a sua titularidade pelo povo que estabelece sua organização fundamental. A vontade constituinte é a vontade do povo, expressa por meio de seus representantes.

Partindo disso, tal titularidade pode ser exercida de 02 (duas) formas: pela outorga ou pela assembleia nacional constituinte.

Na outorga, nasce uma Constituição chamada de outorgada ou de “Carta Constitucional”, que é aquela estabelecida por declaração unilateral do agente ou grupo revolucionário. São constituições impostas de forma unilateral por quem não detêm a legitimidade para tal.(LENZA, 2009)

A Assembleia Nacional Constituinte nasce da deliberação da representação popular para estabelecimento do conteúdo da nova ordem jurídica. É a forma como se institui uma Constituição Democrática, nos moldes em que se originou a Constituição Federal de 1988, objeto deste trabalho.

É a forma de se instituir uma Constituição promulgada, também chamada de democrática, votada ou popular, eleita diretamente pelo povo para atuar em nome desse, nascida da deliberação da vontade representativa.(LENZA, 2009)

A convocação de uma Assembleia Constituinte tem como objetivo exteriorizar um poder inicial de criação de normas de organização da sociedade, em que traça uma nova estrutura básica do ordenamento jurídico normativo que, no caso Brasileiro, detém caráter de superioridade em relação às demais normas jurídicas.

É pela necessidade de alteração ou de modificações em sua estrutura que surge o movimento em prol da busca por novo ordenamento jurídico.

Aí se faz presente as diversas características do Poder Constituinte originário por sua inicialidade, incondicionalidade, ausência de limitação e autonomia. Assim sendo, a Assembleia Constituinte age de forma livre e desvinculada de toda e qualquer ordem precedente elencando toda normatização como forma de se resguardar da ordem política anterior, sem muitas das vezes pensar em alguma garantia de efetivação.

Apesar dessa ação no sentido da construção de um novo regramento jurídico, não há que se negar as influências provocadas pelo ordenamento anterior. É o que ocorreu com a transição do Regime Militar para o Regime Democrático. Deve-se levar em consideração também a ingerência da época da ditadura que vigorou de 1964 a 1985, impondo a necessidade premente de se buscar novos rumos frente à instabilidade política causada.

Assim, o poder constituinte originário tem como objetivo fundamental criar um novo estado, diferente do que anteriormente vigorava, em decorrência da manifestação constituinte pretérita. É o surgimento de um novo Estado a cada nova Constituição. Assim preleciona a ideia trazida pela doutrina:

Ressalte-se a ideia de que surge novo Estado a cada nova Constituição, provenha ela de movimento revolucionário ou de assembleia popular. O Estado brasileiro de 1988 não é o de 1969, nem o de 1946, o de 1937, de 1934, de 1891, ou de 1824. Historicamente é o mesmo. Geograficamente pode ser o mesmo. Não o é, porém, juridicamente. A cada manifestação constituinte, editora de atos constitucionais como Constituição, Atos Institucionais e até Decreto (...), nasce o Estado. Não importa a rotulação conferida ao ato constituinte. Importa a sua natureza. Se dele decorre a certeza de rompimento com a ordem jurídica anterior, de edição normativa em desconformidade intencional com o texto em vigor, de modo a invalidar a normatividade vigente, tem-se novo Estado. (TEMER, 1998 citado por LENZA, 2009, p.112)

Destarte, na época dessa ruptura ideológica que ocorreu no pós militarismo, criou-se um ambiente em busca desse novo Estado Brasileiro, uma vez que havia o apelo social por novas diretrizes, para determinação de novo andamento futuro para a nação.

Seguindo esta ótica ideológica, analisada sob a perspectiva de influências que o momento histórico exerce para a instituição de novos marcos jurídicos Constitucionais, seria inócuo não concordar que “o poder constituinte é produto das circunstâncias históricas e aparece sempre condicionado a elas.”(SANCHES VIAMONTE, citado por BONAVIDES, 2009, p.158)

Diante de tal colocação, imperioso destacar que a obra constitucional, criada através da Constituinte, é fruto direto dos momentos históricos vivenciados e são utilizados como forma do alcance de evoluções sociais.

A grande questão que envolve esta proposição é a legitimidade que o Poder Constituinte em sua esfera originária possuiu em face do princípio democrático. Até que ponto a vontade dos governantes à época refletiram a vontade do povo? E até que ponto a “vontade do povo” se faz presente na instituição de normas que não encontram aplicabilidade social?

Seguindo tal questionamento poder-se-ia, a título de argumentação, considerar o sufrágio como critério e referencia para caracterizar e definir o grau de legitimidade, sob o enfoque de que quanto menores as restrições à participação, maior a legitimidade que se logra êxito na decisão do constituinte. (BONAVIDES, 2009)

Ainda assim, a estrutura institucional brasileira possui vários aspectos que dificultam o funcionamento do sistema democrático-representativo. Trata-se de um

contexto político que, apesar da capa democrática, tem conteúdo longe dessa realidade.

Nesta análise democrática, o poder constituinte exercido pelo povo sofre uma crítica por Luis Roberto Barroso (2010) que ressalta que, em muitos casos, tanto o poder constituinte, quanto o poder legislativo, são exercidos pelas mesmas pessoas, *verbis*:

O argumento de que o povo exerce o Poder Constituinte e de que o parlamento exerce o Poder legislativo não resiste à constatação de que, em muitos casos é o mesmo órgão, quando não as mesmas pessoas, que exercem ambos os poderes. (BARROSO, 2010, p.121)

Ainda na perspectiva da legitimidade representativa para a instituição de regramentos jurídicos, e aqui com maior destaque o Constitucional, há de se levar em consideração que a escolha desses representantes, muitas das vezes é realizada sem qualquer análise de seus anseios políticos, projetos, ideais ou vida pregressa. Antes são eleitos por beleza, por indicações ou simplesmente por ausência de melhor escolha.

Daí porque este fato é de extrema relevância quando da inserção das normas mestras no ordenamento jurídico, pois aquilo que não foi objeto de análise é sem dúvida de grande influência quando da elaboração dessas normas. E esta inclusão é feita em nome do povo.

De outra ótica, “o povo “ao elaborar a Constituição impõe a si mesmo e ao seu poder soberano limitações a fim de resguardar o Estado de ocorrências anteriores e de forma a garantir evoluções sociais, políticas, econômicas, etc. Por este motivo protegem-se os direitos fundamentais, criando uma enorme quantidade de dispositivos normativos e impondo procedimentos destinados a impedir a opressão da convivência social com normas longe da realidade brasileira.

Em outras palavras, inserem no texto constitucional normas para que simplesmente constem de um novo regramento jurídico soberano sem se pensar no problema estrutural e nas consequências práticas de sua eventual inaplicabilidade, hipótese incompatível com um Estado democrático de direito.

3 CLASSIFICAÇÕES RELEVANTES DAS CONSTITUIÇÕES PARA O TEMA ABORDADO

As cartas Constitucionais são revestidas de diversas classificações. Dentre essas classificações, serão abordadas aquelas que se mostram relevantes para o tema em questão por sua ligação direta com a ideologia aplicada quando da criação normativo-constitucional, pelo seu caráter diretivo e de acordo com seu poder de concretização jurídica.

Deste modo, as classificações aqui apresentadas têm uma ligação direta com as normas constitucionais programáticas que instituem direitos sociais, conforme fundamentação a seguir exposta.

Assim, observado o recorte metodológico exposto, tem-se as constituições ecléticas, compromissórias, dirigentes, normativas, nominalistas e semânticas.

3.1 CONSTITUIÇÃO ECLÉTICA

Ao contrário das constituições ortodoxas, que são aquelas constituições formadas por uma só ideologia, a constituição eclética é aquela formada por ideologias conciliatórias. (LENZA, 2009)

Também classificada como constituição pragmática ou utilitária, é aquela constituição formada por diferentes ideologias conciliatórias. (PADILHA, 2011)

São constituições que durante sua formação, trazem distintos ideais dos diversos setores institucionais, como políticos, sociais, econômicos, religiosos, etc.

Nesse sentido, a Assembleia Constituinte de 1988, animada com a ampliação dos direitos constitucionais, elencou na Carta Magna normas que representam as diversas ideologias lá representadas com intuito de se alterar o cenário político-social, aproximando-a do caráter eclético aqui delineado.

Assim sendo, as normas constitucionais programáticas, quando da criação normativa pelo Constituinte de 1988, foram influenciadas pelas várias ideologias presentes à época, fazendo com que fossem inseridas no texto Magno,

diversas normas de forma a se fazer constar no bojo da constituição, dispositivos que atendessem aos vários anseios da sociedade.

3.2 CONSTITUIÇÃO COMPROMISSÓRIA

Conforme a nomenclatura classificatória sugere, a constituição compromissória é aquela que traça compromissos normativos com o ordenamento jurídico constitucional.

Assenta as palavras de Canotilho, trazida por Pedro Lenza, que a constituição é sempre um pacto entre forças políticas e sociais de forma a criar compromissos constitucionais, *verbis*:

Numa sociedade plural e complexa, a constituição é sempre um produto do 'pacto' entre forças políticas e sociais. Através da 'barganha' e de 'argumentação', de 'convergência' e 'diferenças', de cooperação na deliberação mesmo em caso de desacordos persistentes, foi possível chegar, no procedimento constituinte, a um compromisso constitucional ou, se preferirmos, a vários 'compromissos' constitucionais. (CANOTILHO, 1993 citado por LENZA, 2009, p. 45).

Neste sentido, o texto constitucional de 1988 é um conjunto de compromissos firmados entre legislador e sociedade mediante formas jurídicas estabelecidas. Em outras palavras, a CF/88 consubstancia os diversos compromissos firmados pelos diferentes atores sociais, possibilitando, ao final, sua promulgação.

3.3 CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

Também conhecida como constituição plano, diretiva, programática, ideológico-programática, doutrinal ou prospectiva, é uma constituição que além de estruturar e delimitar o poder do estado, prevê um plano de metas e programas a serem atingidos pelo Estado, necessitando da atuação do legislador para ganhar efetividade. (PADILHA, 2011)

São constituições caracterizadas por conterem planos direcionados ao cumprimento pelo Estado mediante ação legislativa.

O constitucionalismo dirigente nasce com a idéia do estado de bem-estar social, compreendido como um projeto de ação aberto no tempo, com os olhos voltados para o futuro, carecendo sempre de outras providências normativas que a complemente. (FERNANDES, 2010)

É um tipo de constituição que ganhou espaço com a transição do estado liberal para o estado social, passando a adquirir um caráter fortemente direcionador mediante a ampliação da interferência dos espaços nos quais o poder Público atuava, com o fornecimento de prestações exigidas pelas demandas sociais. (FERNANDES, 2010)

Nestes moldes, a Constituição de 1988 é uma constituição dirigente, por definir, por intermédio das chamadas normas constitucionais programáticas, fins e programas de ação futura no sentido de melhoria das condições sociais e econômicas da população. (BERCOVICI, 1999)

Esta feição de dirigismo constitucional sofre uma resistência para se preservar o Estado Social, considerando-o elemento essencial do Estado Democrático de Direito; e uma dimensão projetiva, direcionando o Estado a avanços. Ademais, a presença do caráter dirigente não está apenas em normas programáticas, mas em todo dispositivo constitucional. Assim entende Dantas:

A feição dirigente não provém apenas das normas programáticas, sendo uma nota típica e global de todo o texto constitucional pátrio, pois, em certo sentido, todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão programática, notadamente se concebidos normativamente como princípios, consubstanciando-se em mandados de otimização. Além disso, e reabilitando o dirigismo diante da crise dos paradigmas da pós-modernidade, a Constituição brasileira, ao ser dirigente, abriga uma dimensão de resistência e uma dimensão projetiva. A resistência se endereça ao entrincheiramento e à preservação do Estado Social como elemento existencial do Estado Democrático de Direito, enquanto a projetiva viabiliza a sua potencialização através das cláusulas de utopia que, pela crítica do presente, iluminam a direção de um futuro ao assinalar objetivos e finalidades que passam a deter caráter vinculante. Nesse contexto, constata-se que o direito constitucional, ao projetar as suas normas para além do presente, ao exprimir a auto-representação da coletividade que, enquanto comunidade, compartilha solidariamente objetivos que lhe conferem o próprio ligame social e irradiando-se substancialmente e substantivamente sobre a atividade político-decisória de modo a promover

não apenas a constitucionalização do direito, mas a constitucionalização da própria política. (DANTAS, 2005, p.2340)

Esses anseios de projeção, para se buscar certa alavanca Estatal, se apresentam, nos moldes da Constituição de 1988, mediante o papel dirigente diretamente associada à constituição programática, com 250 artigos e com 97 disposições constitucionais transitórias, uma das mais extensas do mundo. Isso adveio do desejo de tudo regular associando-se ao caráter de dirigismo em que pretendia. (FERREIRA FILHO, 2011)

Com efeito, tal dirigismo programático constitucional também está atrelado à concepção analítica da Carta Magna de 1988, pela imensa carga normativa presente no anseio constitucional.

3.4 CONSTITUIÇÃO NORMATIVA

A Constituição normativa é aquela em que tem sua atuação efetiva como mecanismo generalizado de filtragem da influencia do poder político sobre o sistema jurídico, constituindo-se em mecanismo reflexivo do direito positivo. (NEVES, 2011)

São aquelas em que existe uma adequação entre o conteúdo normativo constitucional e a realidade em que se apresenta na sociedade. Há a condução dos processos de poder na medida em que os detentores e dirigentes obedecem à constituição. Assim descreve a doutrina:

Constituições normativas são aquelas em que há uma adequação entre o texto constitucional (conteúdo normativo) e a realidade social. Ou seja, a constituição conduz os processos de poder (e é tradutora dos anseios de justiça dos cidadãos), na medida em que detentores e destinatários de poder seguem (respeitam) a constituição.(FERNANDES, 2010, p.83)

Para Padilha (2011), são cartas políticas que conseguem se alinhar à realidade política presente no país.

São constituições que caracterizam a disciplina do processo de poder de tal forma que se mostram subordinados às determinações de seu conteúdo. Demonstrado dessa forma pela transcrição que se segue:

São aquelas que o processo de poder está de tal forma disciplinado que as relações políticas e os agentes do poder subordinam-se às determinações do seu conteúdo e do seu controle procedimental. (PINTO FERREIRA, 1999, citado por LENZA, 2009, p.45)

Assim, as normas constitucionais contidas no texto maior encontram parâmetro com a realidade social, sendo obedecidas pelos governantes, além de servir como condução dos processos de poder.

É a classificação atribuída à Constituição de 1988, por sê-la considerada norma que contém relação entre conteúdo e realidade.

3.5 CONSTITUIÇÃO NOMINALISTA

São constituições em que não há adequação entre o texto constitucional e a realidade social, ocorrendo um descompasso entre texto e realidade apesar de seu caráter educacional e pedagógico. São normas editadas diferentemente da realidade social servindo apenas como “estrela-guia” a ser observado pelo país com a espera de um dia poder ser alcançada. (FERNANDES, 2010)

Ocorre nesta constituição o bloqueio do processo concretizador de tal maneira que o texto constitucional perde relevância normativo-jurídica diante das relações do poder. (NEVES, 2011)

Busca-se na constituição nominalista uma concretização sem sucesso, sem alcance de uma verdadeira normatização do processo real do poder. Assim preleciona o doutrinador abaixo:

Enquanto nas constituições normativas a pretendida limitação ao poder se implementa na prática, havendo, assim, correspondência com a realidade, nas nominalistas busca-se esta concretização, porém, sem sucesso, não se conseguindo uma verdadeira normatização do processo real do poder. (LENZA, 2009, p.45)

Nos termos do entendimento de Padilha (2011) são constituições que embora tenham sido criadas com o intuito de regulamentar a vida política do Estado, não conseguem implementar este papel por estarem em descompasso com a realidade política do país.

As constituições nominalistas, apesar de conterem disposições de limitação e controle da dominação política, não trazem ressonância do processo real de poder, inexistindo suficiente concretização constitucional. (NEVES, 2011).

3.6 CONSTITUIÇÃO SEMÂNTICA

Na constituição semântica, os donos do poder utilizam os textos ou leis constitucionais como uma fachada, como aparência de que detém a legitimidade constitucional.

No dizer de PADILHA (2011), a constituição semântica não tem a finalidade de regular a vida política do Estado, buscando somente formalizar e manter o poder político em vigor.

São aquelas constituições que não honram o significado de constituição, legitimando práticas autoritárias de poder ao invés de limitar o poder. Servem para legitimar o poder autoritário. (FERNANDES, 2010)

4 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

As normas Constitucionais quando passam a integrar o ordenamento jurídico pátrio são consubstanciadas de aptidão ou não a produzirem efeitos.

A questão envolve a identificação das situações nas quais a Constituição tem aplicabilidade direta e imediata e aquelas em que isso não ocorre. (BARROSO, 2010)

A tarefa do fenômeno eficaz, por envolver fatores predominantemente relevantes à sociedade, leva à análise da operacionalidade prática dos institutos existentes na Carta Magna de 1988.

A eficácia é a qualidade que o texto normativo tem de produzir, ou irradiar, no anseio da coletividade, efeitos jurídicos concretos, supondo, não só a questão de sua condição técnica de aplicação, observância ou não, pelas pessoas a quem se dirige, mas também de sua adequação em face da realidade social, por ele disciplinada, e aos valores vigentes na sociedade. (HELENA DINIZ, 1998).

No dizer de Miguel Reale (1982), a eficácia não é regra do sistema, mas no sistema, donde resultam perquirições necessárias sobre a plenitude, ou não, da ordem jurídica; a existência de lacunas, de compatibilidade ou de incompatibilidade lógica, de norma vigente que deixou de ser eficaz.

A eficácia de uma norma indica se ela tem possibilidade de ser aplicada, de exercer, ou produzir, seus próprios efeitos jurídicos, porque se cumpriram as condições para isto exigidas, sem que haja qualquer relação de dependência da sua observância pelos seus destinatários. (HELENA DINIZ, 1998)

Daí há de se perquirir que a efetividade de uma norma em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. É a materialização no mundo dos fatos, dos preceitos legais, aproximando o dever-ser normativo do ser da realidade social. (BARROSO, 2010)

Passa-se então à classificação das normas constitucionais a fim de engendrar o grau de aplicabilidade das normas ditas como programáticas.

4.1 NORMAS DE EFICÁCIA PLENA

Dentre as várias classificações que uma norma Constitucional pode se caracterizar, surge uma distinção terminológica de acordo com o grau de aplicabilidade a que ela é submetida.

Neste primeiro critério de aplicabilidade, as normas de eficácia plena são conceituadas como aquelas idôneas para produzir todos os efeitos previstos, isto é, podem disciplinar de pronto as relações jurídicas, uma vez que contêm todos os elementos necessários. Correspondem aos casos de norma autoexecutável. (MENDES, 2012).

São também classificadas por Pinto Ferreira (1979) como norma Constitucional de eficácia absoluta e aplicabilidade imediata por possuírem uma supereficácia paralisante contra toda ação expressa ou implícita que tende a contrariá-las.

As normas de eficácia plena são normas que têm aptidão para produção de todos seus efeitos quando da entrada em vigor do Texto Magno e independem de qualquer edição de norma infraconstitucional. Entende assim Pedro Lenza, *verbis*:

Normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral são aquelas normas da Constituição que, no momento em que esta entra em vigor, estão aptas a produzir todos os seus efeitos, independentemente de norma integrativa infraconstitucional. (LENZA, 2009, p.135)

São também aquelas que desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular. (SILVA, 1982 citado por MORAES, 2012, p.12)

Na mesma proposição podem também ser chamadas de normas de eficácia total e independem de lei para serem aplicadas. São normas de alto nível de aplicabilidade, completas, bastantes em si, podendo ser aplicadas desde o momento em que entraram em vigor, dada potencialidade integral e direta da produção de seus efeitos. São desde logo exigíveis. (BULOS, 2011)

4.2 NORMAS DE EFICÁCIA CONTIDA

As normas de eficácia contida são também autoexecutáveis e estão aptas para produzir plenos efeitos no mundo das relações. São destacadas das normas de eficácia plena pelo fato de poderem ser restringidas na sua abrangência, por deliberação do legislador infraconstitucional. (MENDES, 2012).

São normas que podem ser aplicadas quando da entrada em vigor do texto constitucional, mas dada sua possibilidade de restrição, pode ter sua abrangência reduzida pelo legislador infraconstitucional. Assim prescreve Pedro Lenza:

As normas constitucionais de eficácia contida ou prospectiva têm aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral. Embora tenham condições de, quando da promulgação da nova constituição, produzir todos os seus efeitos, poderá a norma infraconstitucional reduzir a sua abrangência. (LENZA, 2009, p.136)

Conhecidas também como normas de eficácia contível, redutível ou restringível ou ainda normas de integração restringível. Apresentam uma cláusula de redutibilidade, permitindo que as leis subalternas componham seu significado. A própria Constituição pode restringir ou suspender sua eficácia, e não apenas o legislador. Abrigam conceitos genéricos, vagos, indeterminados que, ao restringir ou suspender situações subjetivas ativas ou de vantagem, atrelam a atuação do Poder Público. Na falta de regulamentação detêm aplicação imediata. (BULOS, 2011)

Assim, são normas em que o Constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.(SILVA, 1982 citado por MORAES, 2012, p.12)

4.3 NORMAS DE EFICÁCIA LIMITADA

Já as normas de eficácia limitada são aquelas que somente produzem seus efeitos essenciais após um desenvolvimento normativo posterior, a cargo dos poderes constituídos. A vocação de ordenação depende, para ser satisfeita nos seus efeitos básicos, da atuação do legislador infraconstitucional. São normas, pois, incompletas, apresentando baixa densidade normativa. (MENDES, 2012).

Normas de eficácia limitada são aquelas que apresentam aplicabilidade indireta, mediata, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que possibilite a sua aplicabilidade. (AFONSO DA SILVA, 1982 citado por MORAES, 2012, p. 12)

Neste patamar, são normas que dependem de lei para regulamentá-las. São também chamadas de normas de aplicação diferida, normas de eficácia mediata e normas de eficácia relativa.

São normas que não tem aplicabilidade quando da edição da norma constitucional de forma imediata, dependendo de ato legislativo para alcançar concretude. É o entendimento da doutrina:

São aquelas normas que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional. São, portanto, de aplicabilidade imediata e reduzida, ou, segundo alguns autores, aplicabilidade diferida. (LENZA, 2009, p.137)

Trata-se rigorosamente de dispositivos que, enquanto não advier normatividade para viabilizar o exercício do direito ou benefício que consagram, permanecem inaplicáveis. (BULOS, 2011)

Estas normas, que contêm limitações em sua aplicabilidade no mundo dos fatos, podem ser de princípios institutivos ou de princípios programáticos.

4.3.1 Norma de eficácia limitada de princípio institutivo

Normas Constitucionais de eficácia limitada por princípio institutivo são normas que disciplinam esquemas gerais de organização e estruturação de órgãos, entidades e instituições estatais, podendo ser impositiva ao se determinar ao legislador a emissão de uma legislação integrativa, ou facultativa, não impondo uma

obrigação, mas sendo limitada à possibilitar o legislador à regular a situação delineada por ele.(FERNANDES, 2010)

As normas limitadas por princípios institutivos dependem de lei para dar corpo a institutos, instituições, pessoas, órgãos ou entidades na Constituição Federal. (BULOS, 2011)

4.3.2 Norma de eficácia limitada de princípio programático

As normas de eficácia limitada por princípios programáticos, também conhecidas como diretórias ou diretivas, estatuem programas a serem desenvolvidos pelo Estado e são aplicadas nos limites de sua eficácia.

É partindo dessa classificação que se estrutura o grau de aplicabilidade das normas programáticas, uma vez que estas são subspécie das normas constitucionais de eficácia limitada, que por tal natureza impõe um *facere* do Poder Público mediante a prática de alguma atividade no sentido de dar um caráter eficaz aos dispositivos instituídos pelo legislador Constitucional.

Daí, diante da distinção apresentada no campo da atuação normativa desses dispositivos, há de se compreender que, segundo a doutrina, os institutos programáticos inseridos no rol da Constituição Brasileira de 1988 são por sua natureza, definidas em face de sua efetividade, como de eficácia limitada.

Isto leva ao ponto de que sua aplicação no âmbito da sociedade fica totalmente condicionada à atuação positiva do Estado para que possam ocorrer seus efeitos de forma concreta.

Nota-se, porém, que sua aplicabilidade fica restringida não apenas às decisões explicitadas na normatividade constitucional, pois, além da necessidade de regulamentação, o obstáculo maior a ser enfrentado é a luta por distanciá-la primordialmente da crise eficazional que vigora no Direito Brasileiro.

5 NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS

Normas programáticas são normas que visam orientar a atividade legislativa futura, dirigindo o legislador e mostrando o caminho a ser seguido a fim de concretizar programas de ação, metas e diretrizes essenciais à vida do Estado, tendo um caráter prospectivo, de nítido colorido ideológico, uma vez que procuram incutir na mente do legislador a necessidade de edição de atos regulamentares dos assuntos veiculados. (BULOS, 2011)

São fins a serem atingidos pelo Estado, traçando as metas, declarações bem intencionadas, manifestos normativos, o norte para que o poder público possa se orientar para o cumprimento dos anseios do futuro da Nação.

Nesses moldes, Gilmar Mendes (2012) prescreve que o caráter programático de uma norma Constitucional não significa que o preceito esteja destituído de força jurídica, a elas impõe-se um dever político, condicionam a atividade dos aplicadores do Direito e impedem comportamentos contrários.

Normas programáticas são regras postas na norma jurídica funcionando como expectativas de direitos com a finalidade de conferir elasticidade ao ordenamento constitucional. Assim escreveu Jorge Miranda:

Mais do que comandos-regras explicitam comandos-valores, conferem elasticidade ao ordenamento Constitucional e tem como destinatário primacial o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestida de plena eficácia pelo que os direitos que nelas constam, máxime os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas de que verdadeiros direitos subjetivos. (JORGE MIRANDA, 1990 citado por ALEXANDRE DE MORAES, 2012, p. 14)

São normas que impõem um dever político ao órgão com competência para satisfazer seu comando, condicionando a atividade discricionária dos aplicadores do direito, servindo de norte teleológico para a interpretação e aplicação do direito, impedindo comportamentos contrários podendo gerar pretensões e abstenções. (MENDES, 2012)

Assim, a proclamação da normatividade programática atua como uma força produtiva futura por parte do Estado e servem como orientações para o alcance das metas pré-estabelecidas através do poder constituinte originário.

5.1 OBJETIVOS SOCIAIS PROGRAMÁTICOS COMO PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

O artigo 3º da Constituição Federal elenca os objetivos da República Federativa do Brasil, tem característica de uma norma tipicamente programática.

Tais objetivos, conforme a estrutura normativa Constitucional sugere, são princípios fundamentais elencados pelo constituinte.

Para José Afonso da Silva (2002), princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas jurídicas, são núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais.

Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo.

Princípios, em larga escala, são aqueles instrumentos basilares que regem todos os demais dispositivos contidos no ordenamento jurídico.

No dizer de David Dantas (2009), com frequência os juristas se referem a princípios como normas que são fundamentais de alguma maneira pelo seu elevado grau de generalidade, ideia de diretriz. Costumam reclamar uma intervenção mais ativa do operador do direito.

Princípios são institutos que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não são proibitivos, permissivos ou exigíveis; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a 'reserva do possível', fática ou jurídica. (CANOTILHO, 2002)

Já o termo fundamental quer dizer algo de tamanha relevância sem ao qual não se pode tolerar a ausência. É algo primordial, imprescindível.

Dessa constatação, princípio fundamental é um instrumento que irradia o sistema normativo servindo como base do ordenamento de forma relevante e imprescindível para o Estado Democrático de Direito.

Dessa premissa, pela estrutura em que os objetivos do Estado Constitucional Brasileiro se encontram, percebe-se serem fundamentais, tal qual o título II sugere.

Assim, os direitos sociais como forma de alcance dos objetivos programáticos elencados no artigo 3º, da leitura estrutural da Carta Magna percebe-se que também se revestem de caráter fundamental.

5.2 DIREITOS SOCIAIS PROGRAMÁTICOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL

É certo que os direitos sociais, como normas programáticas no que tange a metas a serem alcançadas pelo estado Brasileiro, são direitos fundamentais. Isso se comprova com a verificação da estrutura da constituição uma vez que o capítulo II intitulado Dos direitos sociais encontra-se inserido no título II dos direitos e garantias fundamentais.

Tal entendimento é confirmado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região quando afirmou em julgado que os direitos sociais são também, direitos fundamentais, seguindo a mesma ideia o Supremo Tribunal Federal no RE 271286, *verbis*:

E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - **O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas** - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que

compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional incoseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (RE271286AgR/RS Rel. Min. CELSO DE MELLO, Julg. 12/09/2000, DJ 24-11-2000).(grifou-se)

Nestes moldes, os direitos fundamentais incluem os direitos de liberdade, de igualdade, e na acepção dos direitos sociais, incluem a garantia do mínimo existencial correspondente a tais direitos, devendo os poderes legislativo, executivo e judiciário realizá-los. Relevante entendimento avençado abaixo:

Os direitos fundamentais incluem: a) a liberdade, isto é, a autonomia da vontade, o direito de cada um eleger seus projetos existenciais; b) a igualdade, que é o direito de ser tratado com a mesma dignidade que todas as pessoas, sem discriminações arbitrárias e exclusões evitáveis; c) o mínimo existencial, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos. (BARROSO, 2007, p.95)

Desta premissa, a constituição brasileira de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos fundamentais. Isso se demonstra pela colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denotando a intenção de o constituinte emprestar-lhe significado especial. (MENDES, 2012)

Assim, os direitos e garantias fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor condição econômica ou status social. (BULOS. 2011)

São direitos os direitos fundamentais vinculantes em decorrência de sua posição no ápice do ordenamento jurídico. Descreve assim Alexy:

A fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder executivo e o Judiciário. (ALEXY, 2011, p.520)

São, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na dimensão como elemento fundamental, formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático (MENDES, 2012)

Como a própria nomenclatura sugere, são dispositivos de máxima importância para o ordenamento jurídico interno.

Partindo dessas considerações, verifica-se que os direitos sociais, em face de serem direitos fundamentais, ficam subordinados à aplicação do que dispõe o parágrafo 1º do artigo 5º da Lei Maior, onde prescreve que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Da análise legal deste dispositivo, nasce a constatação de que se os direitos sociais por serem direitos fundamentais, deveriam ter aplicabilidade de forma imediata.

Ademais, foram instituídos com base na proteção da dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República Federativa do Brasil, e principal elemento norteador do Estado Democrático de Direito implementado, conforme art.1º da Lei Maior, *verbis*:

Art.1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)
III. a dignidade da pessoa humana.

No dizer de Bonavides (2009, p.64), “os direitos fundamentais são o oxigênio das Constituições democráticas.”

Reconheceu ainda o constituinte que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da constituição, considerando por isso ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los. (MENDES, 2012)

Há de se observar ainda o caráter vinculante dos direitos e garantias fundamentais no âmbito legislativo, executivo e judiciário.

Vincula o legislativo na medida em que obriga a esfera legiferante legislar à luz do que prescrevem as liberdades públicas, evitando, assim, omissões constitucionais e sem deixar de observar a normatividade mínima instituída no Texto Constitucional de forma a não ferir o princípio da proibição do retrocesso.

Vincula o executivo, pois a Administração pública não pode praticar atos administrativos à margem dos direitos fundamentais do Estado. (BULOS, 2011)

Não é diferente também com o Judiciário, vez que a este cabe o dever de constituir máxima efetividade às liberdades públicas.

Ainda na concepção dos direitos fundamentais, há ideia legítima de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público, mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiro. (HESSE, 1997 citado por MENDES, 2012, p. 476)

Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção, expressando também um postulado de proteção. Não apenas a proteção do excesso, mas também a proibição da proteção insuficiente, ou seja, o Estado tem que garantir uma proteção capaz de se mostrar suficiente em face dos direitos elencados. E tal princípio tem aplicação especial no âmbito dos direitos sociais. (MENDES, 2012)

Resta, então, a constatação de que há normas programáticas de natureza fundamental. Isso nos leva ao fato de serem estas imprescindíveis na aplicação social.

Tanto são imprescindíveis que o legislador constitucional preocupado com a efetividade de tais direitos criou a figura das garantias, também de caráter fundamental, para concretizar o exercício destes preceitos normativos.

Nascem assim as figuras do mandando de injunção, mandado de segurança e ação direta de inconstitucionalidade por omissão, abordadas neste trabalho em tópico próprio.

Como direito fundamental também a sociedade tem o direito às prestações positivas por parte do Estado, e o funcionamento de forma satisfatória das garantias constitucionais.

5.3 O ESTADO SOCIAL E OS DIREITOS SOCIAIS PROGRAMÁTICOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A origem dos direitos sociais passa pela transição do Estado Liberal para o Estado Social. O liberalismo, caracterizado pelo Estado mínimo em que se preocupava somente com os direitos individualmente garantidos, e diante da prevalência dos direitos de liberdade (1º dimensão dos direitos fundamentais), era composto pelo mínimo de intervenção nas esferas da sociedade.

Diante disso, e da crise que se instaurou em face dos excessos cometidos pela maior parte da própria sociedade em consequência deste Estado absentéista, surgiu a necessidade do intervencionismo estatal com maior afinco, com vistas a pôr fim aos exageros cometidos.

Daí surge o Estado Social, como necessidade de se engendrar na sociedade, não somente limites de atuação do Estado, mas precipuamente com a finalidade de garantir os direitos de 2º geração, que são os direitos sociais. Assim ressalta Carvalho Miranda:

A segunda geração adveio do reconhecimento dos problemas sociais e econômicos pela industrialização, demonstrando a necessidade da intervenção do Estado para promoção da justiça social e transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, fortemente influenciada pela doutrina socialista, sendo o traço primordial a prestação positiva – o agir – tendo como exemplos a assistência social, educação, trabalho e saúde. (CARVALHO MIRANDA, 2009, p.223)

Desta premissa fática, assevera Paulo Bonavides (2009) que em decorrência do Estado Social, e das influências dos períodos anteriores à atual Constituição, o texto Magno imprimiu em seu conteúdo uma latitude sem

precedentes de direitos sociais básicos, dotados de uma substantividade nunca conhecida nas constituições anteriores.

Sendo assim, falar da evolução do Estado liberal para o Estado social eleva à anotação de que o formalismo extremo atribuído à Constituição de 1988 com a finalidade de se alcançar um estado de bem-estar social tornou-se um problema da atualidade.

Ligada a esta ideia da problemática social, está a proibição do retrocesso, onde o país se encontra em uma enfermidade social efetiva e em uma estagnação jurídica. Importante consideração acerca do tema faz presente nas lições de Ingo Sarlet:

O ponto de partida de uma fundamentação constitucional [...] de uma proibição de retrocesso encontra-se diretamente conectado às contradições inerentes ao próprio Estado social e democrático de Direito, especialmente no âmbito da crise de efetividade e identidade pela qual passam tanto o Estado, a Constituição e os direitos fundamentais, a tal ponto que – e neste sentido com inteira razão – o nosso homenageado já de há muito vem advertindo que estamos a vivenciar um verdadeiro mal-estar constitucional e um pessimismo pós- moderno. Com efeito, seja em virtude do incremento dos níveis de exclusão sócio- econômica e da implantação, em maior ou menor escala, daquilo que Boaventura Santos designou de „fascismo societal“ em todo o Planeta (já que também nos países desenvolvidos tem aumentado gradativamente o número de pessoas que vivem abaixo da linha de pobreza), seja como consequência da fragilização das instituições estatais e do fortalecimento correspondente das esferas de poder econômico no contexto da globalização, certo é que hoje, mais do que nunca, constata-se que a problemática da sobrevivência do assim denominado Estado social e democrático de Direito – e, conseqüentemente, da efetiva implementação de padrões mínimos de justiça social - constitui um dos temas centrais da nossa época. A já corriqueira afirmativa de que o “WelfareState” ou Estado-Providência se encontra gravemente enfermo, além de constantemente submetido à prova, não perdeu, portanto, sua atualidade, não sendo à toa que já se fala até mesmo na formação de um Estado pós-social, impregnado dos contrastes e da complexidade da pós-modernidade. Que as discussões de longe já não se restringem mais à esfera da análise política, sócio-econômica e jurídica, mas se transformaram na preocupação de larga parcela da humanidade pela manutenção de seu padrão de vida e até mesmo pela sua sobrevivência resulta mais do que evidente, bastando aqui um breve olhar sobre o nosso próprio contexto social, econômico e político para que reste demonstrada a correção da assertiva(...)Se a partir das considerações precedentes já haveria como admitir, mesmo entre nós, a incidência de uma eficácia bloqueadora do retrocesso, e sem que aqui se pretenda rastrear todas as dimensões da questão, procedendo a uma exaustiva análise de toda a doutrina e jurisprudência disponível, importa, contudo, empreender a tentativa de construir uma argumentação suficientemente robusta e constitucionalmente adequada para o reconhecimento de um princípio de proibição do retrocesso também na ordem jurídico-constitucional brasileira. (SARLET, 2005, p.11-12)

Dessa consideração, verifica-se na atual realidade brasileira um grande rol de direitos sociais que se apresentam como direitos positivos proibitivos de retrocessos, incorporado ao patrimônio jurídico da sociedade, sem poderem ser suprimidos, ou seja, proíbe-se o retrocesso, ainda que não se garanta avanços. Continua assim a escrita de Sarlet:

No plano doutrinário, iniciamos pela sempre oportuna lição de Luís Roberto Barroso, que, de certo modo, representa o entendimento que (a despeito de algumas posições reticentes) tem – cada vez mais – dominado o nosso cenário jurídico. Para o notável constitucionalista carioca, “por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido”. Em linhas gerais, o que se percebe é que a noção de proibição de retrocesso tem sido por muitos reconduzida à noção que José Afonso da Silva apresenta como sendo de um direito subjetivo negativo, no sentido de que é possível impugnar judicialmente toda e qualquer medida que se encontre em conflito com o teor da Constituição (inclusive com os objetivos estabelecidos nas normas de cunho programático), bem como rechaçar medidas legislativas que venham, pura e simplesmente, subtrair supervenientemente a uma norma constitucional o grau de concretização anterior que lhe foi outorgado pelo legislador. Em suma, reiterando aqui a lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, as normas constitucionais que reconhecem direitos sociais de caráter positivo implicam uma proibição de retrocesso, já que “uma vez dada satisfação ao direito, este transforma-se, nessa medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele.”(SARLET,2005 p.11-12, 20-21)

Daí, as normas definidoras de direitos sociais são garantias postas na constituição que funcionam como proibições de atos tendentes a contrariá-los ou retrocedê-los.

Neste impasse, a Carta Magna de 1988 traz no bojo de suas ordenanças normas dispositivas de caráter programático, incluindo aí os direitos sociais.

Assim, os direitos sociais são direitos do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático. (BULOS, 2011)

Os direitos sociais se apresentam como prestações positivas de forma a possibilitar melhores condições de vida aos mais fracos, com vistas a implementar igualdade nas relações sociais. Assim entende a doutrina:

São prestações positivas, enunciadas em norma constitucional, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se conexionaram com o direito de igualdade. Valem como pressupostos de gozo dos direitos individuais, na medida em que criam condições materiais mais propícias ao seu auferimento. (DEZEN JÚNIOR, 2006, p.137)

Neste diapasão, o artigo 6º da Constituição Federal prescreve que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência Social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados.

Nesta visão, a Constituição Federal de 1988 separa um título para tratar da ordem social. Disso, logo no artigo 193 elenca que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. Disciplina a Seguridade Social destinado a assegurar os direitos sociais relativos à saúde, a previdência e à assistência social.

Nesta normatização, elenca na seção II no art. 196 o direito à saúde, em que retrata ser direito de todos e dever do Estado, *verbis*:

Art.196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Neste viés, a saúde é conceituada como “resultado das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde.” (CONASS, 2007, p.23)

É possível identificar ainda na redação deste artigo um direito social que o constituinte declara ser de “todos” e que deve ser assegurado pelo Estado mediante políticas sociais e econômicas garantindo acesso universal e igualitário, com ações e serviços para proteção e recuperação da saúde.

Observa-se no texto constitucional que a saúde é uma questão de relevância pública cabendo ao Poder Público efetuar sua regulamentação. É o que prescreve o art. 197, *verbis*:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

No mesmo sentido o artigo 198, I da Carta Magna preceitua que os serviços de saúde devem garantir o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.

Assim, o art.23 estabelece a competência comum de todos os entes Federativos ao cuidado da saúde, de atos tendentes a proporcionar os meios de acessos à cultura, educação, ciência, promoção de programas de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, de combate à pobreza e aos fatos de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.

Tal dispositivo é complementado com o art. 211da CF que confere à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a competência comum para a organização do sistema de ensino em regime de colaboração.

Neste mesmo sentido, o art. 205, em complemento a tais determinações, preconiza que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Presente também como institutos programáticos de cunho social, o art. 170 da CF quando elenca os princípios da ordem econômica cuja finalidade é assegurar a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social.

Ainda o art. 215 trata da garantia a todos do pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional

Assim, os direitos sociais, que são direitos fundamentais de 2º geração, também chamados de direitos econômicos e culturais, visam a assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma prestação positiva, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem. São os direitos relacionados ao

trabalho, ao seguro social, à subsistência digna do homem, ao amparo da doença e da velhice. (BULOS, 2011)

Neste enfoque, os direitos sociais tiveram sua origem justamente para promover a justiça social conforme importante escrito assentado em debates em Direito Público na revista de Direito dos Advogados da União:

A segunda geração adveio do reconhecimento dos problemas sociais e econômicos ensejados pela industrialização, demonstrando a necessidade da intervenção do Estado para a promoção da justiça social e transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais, concretas, fortemente influenciada pela doutrina socialista, sendo o traço primordial a prestação positiva – o agir -, tendo como exemplos a assistência social, educação, trabalho e saúde. (CARVALHO MIRANDA, Ciro, 2009, p.223)

Diante de tais institutos é importante observar, por meio de uma interpretação sistemática, o art. 3º da carta Magna que elenca os objetivos, as metas a serem alcançadas pela República Federativa do Brasil, *verbis*:

Art.3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I.Construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II.Garantir o desenvolvimento nacional;
III.Eradicar 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.

De tais premissas, inteligível a ligação realizada pelo constituinte entre os objetivos traçados e os direitos sociais a serem alcançados. Isso leva ao fato de que os direitos sociais nada mais são que uma das formas que o legislador Constitucional encontrou para dar máxima efetividade à concretização dos objetivos por ele traçado.

Assim, uma forma de se construir uma sociedade livre justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza e a marginalização e promovendo o bem de todos é, inquestionavelmente, efetivando os direitos sociais.

Nota-se que uma vez promovendo a aplicabilidade fática e jurídica aos institutos sociais, promove-se o alcance dos objetivos elencados no art. 3º e o afasta necessariamente da ausência de aplicabilidade.

Outra forma que o constituinte encontrou para garantir o exercício dos direitos sociais foi o estabelecido no inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal quando elenca o salário mínimo como direito dos trabalhadores, *verbis*:

IV. salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

Deste dispositivo jaz uma necessária observação que o salário mínimo a ser fixado em lei, nos termos da Carta Magna deve ser capaz de atender as necessidades vitais básicas não somente do trabalhador como de sua família, quais sejam, moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

É fato de que o salário vigente no Brasil não passa nem perto da capacidade do atendimento dos direitos positivados no referido dispositivo.

Daí porque a norma em questão é uma norma de eficácia limitada, ou seja, depende de regulamentação para que possa ter o exercício do direito concretizado.

Mas ainda assim, fica evidente que o fato de ser a norma regulamentada, não significa sua aplicação conforme os termos mencionado na Constituição.

Deste modo, conforme assentado pelo Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar na ADI 1458/DF, o legislador constituinte brasileiro delineou no art. 7º, IV da Carta Política, um nítido programa social destinado a ser desenvolvido pelo Estado, mediante atividade legislativa vinculada.

Dessa perspectiva, a ordem Constitucional Brasileira estabelece no art. 21, IX a competência da União, com vistas a dar efetividade aos dispositivos inseridos no conteúdo da Lei Maior, para elaboração e execução de planos nacionais e regionais de ordenação do território e do desenvolvimento econômico e social.

Tais institutos foram reforçados na Constituição vigente e implantados com base na Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada em 10 de

dezembro de 1948 pela Organização das Nações Unidas, em Assembleia Geral consagrado no art. XXII, *verbis*:

Todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação Internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade

5.4 LIMITES À EFETIVAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS

Destituídas de normatividade, a Constituição de 1988, em seu aspecto mistificador, como ocorre em muitos dos Textos Magnos Brasileiros com vistas a proclamar o que não é verdade e de prometer o que não é cumprido, tem boa parte da responsabilidade creditada à omissão dos Poderes Públicos no cumprimento a tais normas. (BARROSO, 2011)

Outra peculiaridade das pretensões das normas programáticas que instituem direitos sociais de índole positiva é a de que elas são voltadas mais para a conformação do futuro, impondo decisões que são submetidas a elevados riscos, como por exemplo, os direitos à educação, à saúde, moradia, que dependem da satisfação de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica para ganhar efetividade. (MENDES, 2012)

Essa dependência comissiva, embora vinculada juridicamente, se submete, dentre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível, enquanto elemento externo à estrutura dos direitos fundamentais. (MENDES, 2012)

Assim, nas decisões emanadas dos órgãos do judiciário em busca de concretização normativa, há a observação do princípio dessa reserva do possível, ainda que na descrição doutrinária seja pressuposto de que os direitos fundamentais não consagram apenas uma proibição de intervenção, mas também um postulado de proteção. (BULOS, 2011)

Quer dizer, há como papel judiciário, uma atribuição de fiscalização judiciária, o controle do efetivo cumprimento dessas liberdades públicas e dos

direitos programáticos, mas tudo limitado à razoabilidade da pretensão e à disponibilidade financeira do Estado. Assenta assim a doutrina:

Se de um lado, a atribuição de formular e concretizar políticas públicas é tarefa típica das funções legislativa e executiva, de outro, é dever do oráculo da ordem jurídica- O Supremo Tribunal Federal- fiscalizar, em sede de controle normativo abstrato, o efetivo cumprimento das liberdades públicas e dos direitos revestidos de conteúdo programático, delineados na Carta Maior. [...] A razoabilidade da pretensão individual, deduzida em face do Poder Público, é o primeiro aspecto a ser examinado pela Corte.[...]a existência de disponibilidade financeira do Estado, para tornar efetivas as pretensões positivas dele reclamadas, é outro ponto a ser observado pelo Supremo em sua decisão.(BULOS, 2011, p.238)

Nestes termos, a concretização normativa sofre limitações até quando do acionamento do judiciário com vistas ao alcance dos direitos sociais estabelecidos constitucionalmente.

Outra limitação, à concretização das normas sociais programáticas está na manutenção das políticas públicas. O problema tem presença não necessariamente na falta de edição normativa, mas em sua execução. Assim preleciona a doutrina:

Como no caso de todos direitos sociais, atribuindo um destaque para a proteção à saúde no Brasil, pode-se obter a conclusão de que os problemas de eficácia social desses direitos fundamentais devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e manutenção das políticas públicas, do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados. (MENDES, 2012, p. 102)

Desta maneira, se os programas constitucionais não são cumpridos, tal defasagem decorre também da ausência de vontade política, por eleição de prioridades de governo sobre as prioridades constitucionais, por ineficácia da ação estatal, mau planejamento, e não somente por conta da reserva do possível. É o que preconiza Dantas:

Se os programas constitucionais não são atendidos, invariavelmente essa defasagem decorre por ausência de vontade política, por eleição de prioridades de governo sobre as prioridades constitucionais, por ineficácia da ação estatal, mal planejada, ou por se deparar com a reserva orçamentária ou com a reserva do possível. Em todas essas hipóteses, salvo a reserva orçamentária e a reserva do possível, que podem ser minimizadas, é impositivo o resguardo e a promoção da programaticidade constitucional sobre as políticas públicas, dirigindo a ação estatal para uma

política que viabilize a construção de um futuro, fundada na razão prática mediante a reflexão hermenêutico-existencial. (DANTAS, 2007, p.2341)

A reserva do possível, assentada na insuficiência dos recursos públicos para atendimento das necessidades sociais básicas, impõe ao Estado a tomada de decisões em que o investimento em um setor implica o deixar de investir em outro. (BARROSO *et al*, 2009)

Nesse sentido, em face das normas constitucionais diretivas abarcarem essa necessidade de atuação do poder público para ganhar aplicabilidade social, é fato a constatação de que os recursos públicos podem não ser suficientes para garantir essa efetividade, mas também, em havendo recursos, não há que se descartar a má utilização.

Mas daí porque as promessas sociais “programáticas” realizadas pelo Estado social se apresentam como simbólicas na medida em que são limitadas à reserva do financeiramente possível e esbarradas na má-gestão pública desvinculadas de qualquer preocupação com a efetivação de direitos fundamentais para o Estado Democrático de Direito.

6 INSTRUMENTOS DE EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Neste viés de falta de efetividade e aplicabilidade das normas constitucionais, percebeu o estado a necessidade de atuação no sentido de amenizar o mal que jazia no mundo jurídico.

Assim, no período que antecedeu os trabalhos da Assembleia Constituinte eleita em 1986, houve um debate de forma ampla acerca da questão.

Neste diapasão a partir da Constituição de 1988, o Estado passou não apenas a conceber, mas a fornecer os meios de garantir e efetivar os direitos sociais. Assim descreve a doutrina, *verbis*:

A partir da Constituição de 1988, o Estado passou não apenas a conceder, mas a fornecer os meios de garantir e efetivar os direitos sociais (entre outros, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão). (BERCOVICI, 1999, p.36)

Diante disso, e com os avanços do Estado Social na Carta de 1988, houve o aperfeiçoamento com a concessão simultânea de direitos e garantias.

Para combater este problema demasiadamente relevante para a realidade que à época já enfrentavam, foram criados os mecanismos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e fortalecido o instituto do mandando de Segurança.

Em um primeiro momento desta fase de criação, quis o Estado atribuir ao Mandado de Injunção, embora frustrada, a tutela *in concreto* da omissão, mediante pedido formulado pelo titular do direito paralisado pela ausência da norma. (BARROSO, 2012)

Criou-se também nos mesmos moldes a ação direta de inconstitucionalidade por omissão como processo objetivo de guarda do ordenamento constitucional afetado pela alegada lacuna normativa ou pela inexistência de um ato normativo reputado insatisfatório ou insuficiente. (BARROSO, 2012)

Tais criações, além dessa busca por sanar omissões e garantir concretização jurídica, foram influenciadas pela grande mudança de paradigma ao

longo do Século XX, no qual se atribuiu à Constituição status de norma jurídica, passando a ser vista como detentora de força normativa.

Nesta perspectiva, as ordens Constitucionais passaram à obrigação de serem cumpridas em toda a extensão possível. (BARROSO, 2010).

É neste contexto que nasce os instrumentos de aplicabilidade e eficácia dos dispositivos normativos previstos na Carta Magna.

6.1 MANDADO DE SEGURANÇA

Importante instrumento criado para concretizar direitos constitucionalmente previstos, o mandado de segurança é uma garantia com fins a materializar tais normas e conferir eficácia aos direitos fundamentais. É o que dispõe Elpídio Donizetti:

Esses direitos, por sua vez, só conseguem se materializar por meio das garantias constitucionais, as quais foram concebidas como instrumentos capazes de conferir eficácia aos direitos fundamentais, antes meras declarações apostas na Constituição. (DONIZETTI, 2010, p.135)

Neste patamar a Constituição da República de 1988, manteve o mandado de segurança, que fora instituído primariamente na constituição de 1934, contemplando-o com a seguinte redação, nos termos do artigo 5º LXIX, *verbis*:

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Assim, o mandado de segurança é uma ação constitucional de natureza civil que visa dar proteção a direitos líquidos e certos lesionado ou ameaçado de lesão desde que não caiba *habeas corpus* ou *habeas data* em face de alguma ilegalidade ou abuso de poder praticado por agente público ou agente de pessoa jurídica no exercício de função pública. (FERNANDES, 2010)

No ensinamento doutrinário, é remédio específico contra ato de poder público tendente a violar direito instituído de liquidez e certeza ou outro que o de locomoção ou o acesso a informações pessoais. (FERREIRA FILHO, 2011)

Destina-se à proteção de direito individual e coletivo contra ato ou omissão de autoridade pública que proteja qualquer direito subjetivo, caracterizado pela liquidez e certeza, conforme avançado na doutrina:

Como especialização do direito de proteção judicial efetiva, o mandado de segurança destina-se a proteger direito individual ou coletivo líquido e certo contra ato ou omissão de autoridade pública não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* (CF, art. 5º, LXIX e LXX). Pela própria definição constitucional, o mandado de segurança tem utilização ampla, abrangente de todo e qualquer direito subjetivo público sem proteção específica, desde que se logre caracterizar a liquidez e certeza do direito, materializada na inquestionabilidade de sua existência, na precisa definição de sua extensão e aptidão para ser exercido no momento da impetração. (MEIRELLES, 2005 citado por MENDES, 2012, p.486)

Disciplinado também pela Lei 12.016/2009, reforçando a letra do artigo 5º, LXIX da Constituição, dispõe que conceder-se á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerçam.

Ainda assim, o art.26 do referido dispositivo elenca que constitui crime de desobediência o descumprimento das decisões proferidas em sede de Mandado de Segurança, *verbis*

Art. 26. Constitui crime de desobediência, nos termos do art.330 do decreto-lei n.2.848, de 7 de dezembro de 1940, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis.

No mais, o mandado de segurança pode ser classificado quanto à tutela em preventivo e repressivo, e quanto à legitimação ativa, em mandado de segurança individual e coletivo. (DONIZETTI, 2010)

O mandado de segurança preventivo é impetrado quando se busca a proteção de um direito dotado de liquidez e certeza que está prestes a ser violado. O mandado de segurança repressivo objetiva fazer cessar a violação já ocorrida a um direito líquido e certo praticado por autoridade pública ou pessoa jurídica no exercício de função pública.

Já o mandado de segurança individual é um remédio constitucional impetrado por um particular, o coletivo é em defesa de uma coletividade.

Quanto aos requisitos do presente remédio constitucional, têm-se a existência de um direito líquido e certo, ou seja, aquele direito provado desde já, sem necessidade de dilação probatória. Conceitua assim a doutrina o direito líquido e certo:

De modo menos rigoroso se pode dizer que direito líquido e certo é aquele que, à vista dos documentos produzidos, existe em favor de quem reclama o mandado, sem dúvida razoável. Claro a dúvida é subjetiva. Não se pode esperar que não exista no espírito de qualquer um. Para que a medida seja deferida, mister se torna que não haja dúvida, no espírito do juiz. (FERREIRA FILHO, 2011, p.348)

O instituto do presente Writ tem como requisitos ato comissivo ou omissivo de autoridade pública ou agente jurídico no exercício de função pública. (FERNANDES, 2010)

Deste requisito, a autoridade pressupõe àquela que detém poder de decisão e é titular de uma esfera de competência, sendo estes os representantes da administração pública direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e os agentes da Administração pública indireta incluindo aí as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista. (BERNARDO, 2010)

Outro requisito para o cabimento do mandado de segurança está na presença de uma ilegalidade ou um abuso de poder. Assim preconiza a doutrina:

É mister que o ato seja dotado de ilegalidade (entendida de forma ampla como violação no que diz respeito a: norma constitucional, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções, editais de concurso, decretos regulamentares, etc.) ou abuso de poder (entendido como uma ilegalidade que vai além dos parâmetros e limites permitidos por lei)

Ainda há como requisito a subsidiariedade uma vez que só é possível se impetrar tal medida quanto não for caso de cabimento de *habeas corpus* ou *habeas data*, conforme letra do artigo proposto na Carta Magna de 1988.

Nestes moldes, o Mandado de segurança se mostra medida ampla para proteção de direitos desde já materializados, confirmado no escrito doutrinário:

Pela própria definição constitucional, o mandado de segurança tem utilização ampla, abrangente de todo e qualquer direito subjetivo público sem proteção específica, desde que se logre caracterizar a liquidez e certeza do direito, materializada na inquestionabilidade de sua existência, na precisa definição de sua extensão e aptidão para ser exercido no momento da impetração. (MEIRELLES, 2005, citado por MENDES, 2010, p.632)

6.2 MANDADO DE INJUNÇÃO

O mandado de injunção é um remédio constitucional instituído pela Carta Magna de 1988 que pode ser utilizado sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

É o que prescreve o artigo 5º, LXXI da Constituição Federal de 1988, *verbis*:

LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

É uma ação constitucional de natureza civil que visa suprir omissão pública a fim de viabilizar o exercício de um direito. É o entendimento doutrinário:

O mandado de injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir omissão do Poder público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. (MORAES, 2011, p.181)

Para Rodrigo Padilha (2011) o Mandado de injunção é uma ação judicial, de natureza civil, com caráter especial, que objetiva combater a morosidade do Poder Público em sua função legislativa regulamentadora, para que viabiliza o exercício concreto de direitos constitucionalmente previstos.

Tal instituto é uma garantia criada pelo Constituinte com o intuito de dar aplicabilidade às disposições constitucionais no tocante ao exercício dos direitos ali inseridos.

É um instrumento cujo objetivo é impedir que a falta da norma funcione como uma barreira para que a sociedade usufrua de direitos, liberdades ou prerrogativas de nacionalidade, de soberania ou de cidadania.

É de ver que o Mandado de Injunção é um instrumento de tutela efetiva de direitos que, por não terem sido suficiente ou adequadamente regulamentados, carecem de um tratamento excepcional, qual seja: que o judiciário supra a falta de regulamentação, criando a norma para o caso concreto, com efeitos limitados às partes do processo. (BARROSO, 2012)

Assim, a omissão normativa pode ocorrer não somente de forma absoluta, mas também de forma parcial quando há edição de ato que regule insuficientemente o dever constitucional de legislar. Assim preleciona a doutrina:

Como omissão deveria ser entendida não só a chamada omissão absoluta do legislador, isto é, a total ausência de normas, como também a omissão parcial. Na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório de dever constitucional de legislar. (MENDES, 2012, p.1361)

É um instrumento criado para lidar com as omissões constitucionais de forma a atender um reclamo da sociedade e da doutrina em busca de maior efetividade das normas, enfrentando uma das principais disfunções históricas do constitucionalismo Brasileiro. (BARROSO, 2012)

O mandado de injunção não é um instituto aplicado a toda e qualquer norma constitucional que careça de normatização. Antes, sua aplicação reside na esfera de normas constitucionais de eficácia limitada, que são aquelas em que dependem de uma atuação legislativa para que possa ser exercida.

Destina-se ao caso concreto a fim de sanar a omissão ocorrida em face da inércia ilegítima do Poder Público tendente a impedir o pleno exercício dos direitos e liberdades constitucionais. Entendimento confirmado pela doutrina:

É instrumento de controle concreto ou incidental de constitucionalidade da omissão, voltado à tutela dos direitos subjetivos no qual qualquer pessoa, inclusive Pessoa Jurídica de Direito Público, tem a legitimidade para ajuizá-lo, admitindo ainda o Mandado de Injunção coletivo”. (Dirley da Cunha Júnior, 2004 citado por LENZA, 2009, p. 738)

Seu cabimento se remonta na ausência normativa que impeça direitos constitucionais individuais e de prerrogativas de nacionalidade, soberania e cidadania. Ao que relata o trecho doutrinário transcrito:

O propósito do mandado de injunção não é o de garantir todo e qualquer exercício de direitos inseridos na constituição. Porque, conforme o visto, esta garantia jurídica somente tem cabimento quando a falta da norma regulamentadora impedir o pleno exercício dos direitos e liberdades constitucionais, compreendidos como oriundos das clássicas declarações de direitos individuais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. (ZIMMERMANN, 2006, p.315)

Ele surge para curar uma doença denominada síndrome de ineficiência das normas constitucionais, ou seja, são normas que no momento em que a Constituição é promulgada não tem o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional. (LENZA, 2009)

A legitimação ativa para o ajuizamento da medida “é atribuída ao titular do direito constitucionalmente assegurado, cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência da norma infraconstitucional regulamentadora.” (NOVELINO, 2011, p.518)

Ainda assim, detém também a legitimidade para impetrar tal mandado, as entidades de classe ou associativas e os sindicatos, substituindo processualmente seus membros ou filiados, cabendo também ao Ministério Público, em se tratando de direitos difusos e coletivos. (BARROSO, 2012)

Quanto à competência para julgamento, dependerá de quem tem a atribuição para edição do ato normativo regulamentador. (PADILHA, 2012)

A legitimidade passiva “é atribuída com exclusividade ao órgão ou autoridade estatal que tenha o dever de elaborar a norma regulamentadora, não sendo admitido litisconsórcio passivo”. (MI.AgR 335/DF, rel. Min.Celso de Mello,DJ 17.06.1994, citado por NOVELINO, 2011,p.519)

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a legitimação passiva recai sobre a autoridade ou órgão omissor, sem incluir a parte privada ou pública devedora da prestação. (MI 323-8-DF, rel.Min. Moreira Alves, DJU, 14.02.1992, p. 1164, citado por BARROSO, 2012, p.162)

Assim, o art. 102, I, q da Constituição Federal estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar o mandado de injunção,

quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio Supremo Tribunal Federal. (PADILHA, 2011)

Quando a elaboração da norma for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, a competência será do Superior Tribunal de Justiça, excetuados os casos de competência do STF e dos órgãos da Justiça Militar, Eleitoral, do Trabalho e Justiça Federa.

No que diz respeito aos efeitos da decisão proferida quando do julgamento do Mandado de injunção, há diversos posicionamentos com alterações ao longo do tempo. Pedro Lenza (2009) elenca 4 (quatro) posições a saber: A concretista geral, a concretista individual direta, a concretista individual intermediária e a não concretista.

A posição concretista geral é a decisão que garante a concretude no julgamento do Mandando de injunção com efeito *erga omnes*, ou seja, a decisão garante o exercício do direito por todos os detentores. É o que preleciona e doutrina:

A procedência do MI implica eficácia *erga omnes* (para todos). Logo, trata-se de uma decisão que se reveste de normatividade a partir do momento em que assegura o direito a todos, até que a omissão seja suprida por quem de direito. (LEAL, 2010, p.277)

A concretista direta é a possibilidade da implementação do direito perseguido de forma imediata ou quando há concessão de prazo para o órgão competente suprir a omissão. (PADILHA, 2011)

Acentua Tourinho Leal (2010) que no julgamento do MI, conforme a teoria concretista direta, o judiciário assegura de forma direta e imediata o direito constitucionalmente previsto, não regulamentando-o, mas garantindo-o para a parte no processo.

No caso da posição concretista intermediária, somente em caso de subsistir a inércia, o judiciário autoriza o exercício do direito. (PADILHA, 2011)

A posição concretista individual é aquela em que o efeito da concretização da norma é meramente *inter-partes*.

Por algum período de tempo, o Supremo Tribunal Federal adotou postura não concretista cuja finalidade seria meramente reconhecer a inércia do poder Público. Com isso o STF concedia mera ciência da norma faltante ao órgão responsável para adoção das providências necessárias. (PADILHA, 2011)

Entendimento demonstrado na doutrina reforçando apenas a recomendação ao poder competente para que legisle, em atenção á postura não concretista:

O resultado alcançado pela procedência do MI pelo STF é a recomendação a que o Poder competente a elaborar a norma o faça. É uma vitória de pirro. Ganha mas não leva. Se a mora for do Legislativo, o STF cientifica-o dela. Jamais a Corte criaria própria norma alvo da omissão por ela detectada. (LEAL, 2010, p.276)

Diante da aplicação dessa postura não concretista, ou seja, a mera informação dada ao órgão competente para a emissão da norma faltante, apresenta pouco efeito prático uma vez que, em razão do princípio da conformação legislativa, o poder Legislativo produz a norma quando bem entender, inobstante a ciência realizada pelo Judiciário. (PADILHA, 2011)

Assim, em face do fracasso da mera informação, aos poucos a concretude foi tomando conta do posicionamento da Suprema Corte Brasileira, fazendo com que o caráter concretista fosse alcançando as decisões emanadas dos julgamentos. Assim, o STF não mais somente declara a inércia legislativa, mas ao mesmo tempo implementa o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional, até que sobrevenha regulamentação do poder competente.(PADILHA, 2011)

Isto fica devidamente notório no MI 721/DF quando o Supremo Tribunal Federal entende que “cabe ao judiciário, por força do disposto no artigo 5º, XXXV e seu §1º, da CF, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito às liberdades constitucionais, mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as consequências da inércia do legislador. (MI n 725/DF, Relator: Ministro Marco Aurélio. DJU, 27.09.2009)

Entendimento devidamente consolidado no informativo 477/2007 do STF:

O Tribunal julgou parcialmente procedente pedido formulado em mandado de injunção impetrado, contra o Presidente da República, por servidora do Ministério da Saúde, para, de forma mandamental, adotando o sistema do regime geral de previdência social (Lei 8.213/91, art. 57), assentar o direito da impetrante à aposentadoria especial de que trata o § 4º do art. 40 da CF. Na espécie, a impetrante, auxiliar de enfermagem, pleiteava fosse suprida a falta da norma regulamentadora a que se refere o art. 40, § 4º, a fim de possibilitar o exercício do seu direito à aposentadoria especial, haja vista ter trabalhado por mais de 25 anos em atividade considerada insalubre - v. Informativos 442 e 450. Salientando o caráter mandamental e não simplesmente declaratório do mandado de injunção, asseverou-se caber ao Judiciário, por força do disposto no art. 5º, LXXI e seu § 1º, da CF, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as conseqüências da inércia do legislador. MI 721/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 30.8.2007. (MI-721). Informativo STF. 477/2007)

Desta premissa surge o ativismo judicial que será abordado em título próprio neste trabalho, como mecanismo de alcance de concretude normativa.

6.3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é instrumento criado através do legislador constituinte de 1988 a fim de se corrigir a omissão inconstitucional.

O legislador constituinte objetivou, mediante a criação da presente Ação, conceder plena eficácia às normas constitucionais que necessitam de complementação infraconstitucional. Entendimento doutrinário assim descrito:

O objetivo pretendido pelo legislador constituinte de 1988, com a previsão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, foi conceder plena eficácia às normas constitucionais, que dependem de complementação infraconstitucional. Assim, tem cabimento a presente ação, quando o poder público se abstém de um dever que a Constituição lhe atribuiu. (MORAES, 2011.p.795)

Nesta visão, a violação à Constituição pode ocorrer por ação ou por omissão.

A violação por ação se dá quando há a adoção de uma conduta vedada pela Constituição ou pela prática de atos contrários ao que prega o Texto Magno. Já na violação por omissão, há uma inércia do legislador que fere a Constituição pela ausência de regulamentação exigida pela Lei Maior.

A violação por omissão ocorre quando há inércia estatal quanto à adoção de medida necessária para garantir efetividade à preceitos constitucionais, seja de forma total, ou de forma parcial. Entendimento assentado na Medida Cautelar na ADI 1439/DF, conforme trechos ilustrativos:

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (ADI-MC 1439, Rel. Min. Celso de Mello. Julg. 21/05/1996, DJ 30-05-2003)

A omissão total ou absoluta ocorre quando da ausência de qualquer norma regulamentadora do preceito constitucional. A omissão parcial se faz presente quando há edição normativa, mas esta se mostra insuficiente para regular o dever constitucional. Assim se demonstra no trecho a seguir transcrito: “A omissão absoluta, chamada também de omissão total, ocorre quando há total ausência de normas. Já a omissão parcial ocorre quando há o cumprimento imperfeito ou insatisfatório do dever constitucional de legislar”. (MENDES, citado por MORAES, 2011, p.796)

A Ação Direita de Inconstitucionalidade por omissão é uma modalidade de controle abstrato de constitucionalidade cuja finalidade é, com a declaração da omissão inconstitucional, dar ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias. (MORAES, 2011)

Assim descreve o art.103 § 2º da Constituição Federal, *verbis*:

§2º. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

A definição de prazo para órgão administrativo oriunda das circunstâncias específicas do caso e do interesse público envolvido permitindo a responsabilização do Poder Público Administrativo em caso da continuação da omissão. (MORAES, 2011)

Tem por fim cientificar o poder competente da mora legislativa na regulamentação de norma constitucional de eficácia limitada, da inércia que impossibilita o exercício de direitos previstos na Constituição. A inconstitucionalidade surge quando ocorre a subversão da vontade do povo, mediante a presença de negligência de modo a ofender o Estado Democrático de Direito. (PADILHA, 2011)

Apesar desse entendimento no sentido de dar ciência ao órgão competente para a edição normativa, diverge Pedro Lenza ao afirmar que a sentença proferida em sede de ADO tem caráter mandamental, constituindo em mora o poder que deveria editar a norma e não a fez, *verbis*:

Em respeito ao princípio da tripartição de poderes, previsto no art.2º da CF/88, não é permitido ao Judiciário legislar (salvo na hipótese constitucionalmente previstas, como a elaboração de seu Regimento Interno).A sentença proferida em sede de ADI por omissão, contudo, tem caráter mandamental, constituindo em mora o poder competente que deveria elaborar a lei e não fez.(LENZA, 2009, p.261)

Assim, busca-se através desta ação uma medida de natureza normativa, um ato positivo por parte do poder público em face de uma exigência constitucional.

Tal como ocorre com o Mandado de Injunção, a Ação direta de inconstitucionalidade por omissão não decorre de qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo em que a Constituição investe o Legislador na obrigação de expedir comandos normativos, além das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade. (MORAES, 2011)

A violação surge pela incompatibilidade entre a conduta exigida e a inércia do Poder Público. Posicionamento presente na doutrina:

A inconstitucionalidade surge pela incompatibilidade entre a conduta positiva exigida pela Constituição e a conduta negativa do Poder Público omissor. Fere-se a determinação ofertada pela Constituição para que o

Poder Público tivesse uma conduta positiva com a finalidade de garantir a aplicabilidade e eficácia da norma constitucional. (MORAES, 2011, p.793)

Tais incompatibilidades reveladas em forma de omissões inconstitucionais podem ocorrer de forma absoluta ou de forma relativa. A omissão absoluta ocorre quando o legislador não pratica qualquer ato normativo exigidos constitucionalmente.

Na omissão relativa ou parcial, objetiva a presente ação, suprir a insatisfatoriedade da edição normativa a fim de dar fiel cumprimento às determinações constitucionais de forma a garantir sua efetividade. Ocorre por exemplo com a instituição do salário mínimo insculpido no artigo 7º, IV da Constituição de 1988 quando elenca que a fixação deve atender às necessidades vitais básicas dos trabalhadores e de sua família.

A legitimação ativa para a propositura da presente ação, conforme art.103, incisos I a IX da Constituição Federal, é do Presidente da República, da Mesa do Senado Federal, da Mesa da Câmara dos Deputados, das Mesas das Assembleias Legislativas e da Câmara Legislativa, dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, do Procurador-Geral da República, dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e das confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

7 SIMBOLISMO CONSTITUCIONAL

7.1 CONCEITO E ASPECTOS DO SIMBOLISMO CONSTITUCIONAL

Simbolismo, expressão ou interpretação por meio de símbolos, derivada da palavra *symbolikós* de origem grega, significa “referente à, ou que tem caráter de símbolo, algo alegórico, metafórico”. (AURÉLIO, 2004, p.1847)

Desta definição inicial, Simbolismo “é o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto em detrimento da função jurídico-instrumental.” (NEVES, 2007, citado por LENZA, 2009, p.31.)

É a preponderância, a prevalência, a preeminência do significado político-ideológico latente em detrimento do seu sentido normativo-jurídico aparente. (NEVES, 2011)

É a confirmação na formulação assim transcrita:

Talvez se possa vislumbrar uma analogia com a concepção de simbolismo Freudiana, na medida em que nela se distingue entre significado latente e significado manifesto (cf. Freud, 1969: 158-77, 1972: 345-94) e afirma-se que na legislação simbólica a sua função latente prevalece sobre a manifesta. (AUBERT, 1967 citado por NEVES, 1996, p.324-325)

É a produção de normas cuja referência revelada na realidade é de norma jurídica, mas que serve, de forma primeira, a finalidades políticas de caráter não correspondente com a norma editada. Neste sentido, a importante transcrição:

A legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta á realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico. (NEVES, 2007, p.30 citado por CARVALHO MIRANDA, 2009, p.225)

O simbolismo constitucional, desenvolvido na teoria do direito e ciência política Alemã na década do Século XX, aperfeiçoado por Marcelo Neves, esclarece a relação inversa da concretização normativo-jurídico dos textos constitucionais, referindo-se à discrepância entre a função hipertroficante simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais. (NEVES, 2011)

A constitucionalidade simbólica é apresentada em face da existência de dispositivos normativos inseridos no Texto Magno sem concretização social. Neste sentido a importante lição abaixo transcrita:

A falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional está associada à sua função simbólica. A identificação está associada à sua função simbólica. A identificação retórica do Estado e do Governo com o modelo democrático ocidental encontra respaldo no documento constitucional. Em face da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado pelos governantes como álibi: transfere-se a culpa para a sociedade desorganizada e atrasada, descarregando-se de responsabilidade o Estado ou o governo constitucional. (NEVES 1994, citado por GOMES DA SILVA, 2008, p.49)

Assim, preleciona Alessandro Rodrigues Gomes da Silva (2008, p.33) que “A constitucionalidade simbólica é tratada como uma visão do ícone normativo régio na categoria de processo dialógico, abrigo em suas pontas a concretização constitucional e a simbolização normativa”.

Escrito de Neves relata o não seguimento da normatividade jurídica e a não concretização do texto constitucional:

No caso da constitucionalização simbólica, à atividade constituinte e à emissão do texto constitucional não se segue uma normatividade jurídica generalizada, uma abrangente concretização normativa do texto constitucional. (NEVES, 1996, p. 326)

Neves (2011), ao introduzir o estudo do simbolismo, apresenta uma dicotomia entre função instrumental e função simbólica. A função instrumental diz respeito à relação meio-fim entre a tentativa consciente de alcançar resultados objetivos mediante a ação estatal. A função simbólica é, muitas das vezes, comparada ao sentido conotativo em que adquire um sentido mediato e impreciso.

Questão abordada por Gusfield:

As funções instrumentais implicariam uma relação de meio/fim, a tentativa consciente de alcançar resultados objetivos mediante a ação. [...] A ação instrumental constitui-se “veículo de conflito, o agir expressivo é “veículo de catarse”. (GUSFIELD, 1976 citado por NEVES, 1996, p.325)

Escrito também apresentado por Carvalho Miranda (2009, p.225) no sentido de que “é justamente na falta de consistência da função instrumental da lei e

da adoção de meios catalisadores para a sua eficácia que a caracteriza como simbólica”.

De tal distinção, a legislação simbólica é apontada como o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental. (NEVES, 2011)

No mesmo viés, Alessandro Rodrigues assim preleciona:

A suposta harmonia viria pela concretização dos ideais constitucionais, pela concretização constitucional. Já na introdução da pesquisa analisada, o autor explica que aborda o significado social e político dos textos constitucionais, em uma relação inversa da sua concretização normativo-jurídica, ou seja, analisa a discrepância entre a função hipertroficamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais. (NEVES, 1994 citado por GOMES DA SILVA, 2008, p.34)

Ainda assim, a legislação simbólica é detentora de poder de produção de efeitos instrumentais e efeitos latentes, prevalecendo aquele em relação a esse. Aborda dessa forma Carone:

Se é certo que a lei pode produzir efeitos instrumentais, também é certo que ela pode produzir “efeitos latentes”, razão pela qual deve-se procurar conceituar a legislação simbólica partindo da distinção entre os seus sentidos político e jurídico-normativo, para afirmar que a legislação simbólica é aquela em que se verifica a preponderância do primeiro sobre o segundo.(CARONE, 2011, p. 140)

Com isso, assevera a doutrina que a criação simbólica nesta preponderância “serve antes à harmonia social, reduzindo as tensões e, portanto desempenhando uma função aquietadora do público.” (EDELMAN, 1967, citado por NEVES, 2011, p.24)

A função simbólica se sobressai, não exercendo de forma satisfatória e diretamente a sua relação meio-fim. Transcrição trazida por Gusfield:

[...] diferentemente das variáveis instrumentais, a atitude simbólica não é orientada conforme uma relação linear de meio/fim e, por outro lado, não se caracteriza por uma conexão direta e manifesta entre significante e significado, distinguindo-se por seu sentido mediato e latente. (GUSFIELD, 1967 citado por NEVES, 1996, p.325)

Partindo disso, o estudo do predomínio da função simbólica no Direito Brasileiro tem levado à discussão, desde meados do século XX, do poder do Estado diante da redução de capacidade de dirigir a conduta social. (NEVES, 2011)

Esta discussão se dá em face do reconhecimento da ausência de efetividade de institutos normativos criados, levando à não concretização do estado de bem-estar social delineado na CF/88.

Acentua-se assim, a abstenção do Estado na promoção dos direitos constitucionalmente tutelados, que contribui fatalmente para a não concretização dos direitos sociais e, conseqüentemente, para o fracasso do *welfarestate*.

Neste diapasão, o processo de concretização normativa sofre bloqueios em toda e qualquer situação na qual o conteúdo da norma seja rejeitado, desconhecido, desconsiderado, inobservado, não executado, caído em desuso ou ainda sofrendo abusos nas ofertas de regulamentação. (NEVES, 2011)

Sendo assim, a presença desses bloqueios na concretização da norma, elevam-na a meramente símbolos constitucionais.

Este simbolismo pode ocorrer em sentido negativo e em sentido positivo. (NEVES, 2011)

Em sentido negativo, trata-se da insuficiente concretização normativo jurídica de forma generalizada no texto constitucional. Em sentido positivo, a constitucionalização simbólica diz respeito ao importante papel político ideológico que desempenha, consistindo no fato de que se transmite um modelo cuja realização só seria possível sob outras condições sociais diversas do que se apresenta, ou seja, só haveria a possibilidade de tornar-se realidade mediante a transformação da sociedade. (NEVES, 2011).

Assenta o autor de maneira bem objetiva que a legislação simbólica serve antes a ofertar imunidade ao sistema político mediante a criação normativa aparente. Assim ele destaca que o constitucionalismo de aparência implica uma apresentação ilusória em relação à realidade constitucional, servindo primariamente para imunizar o sistema político contra outras alternativas. (NEVES, 2011)

São ideologias ilusórias. Nestes termos, preleciona Habermas que, as ideologias são exatamente as ilusões dotadas do poder das convicções comuns.

Esta ilusão causada à sociedade tem um efeito mais que preocupante pelo fato de que, além de não resolver os problemas sociais, obstruem o caminho das mudanças em direção ao Estado Constitucional, podendo também conduzir à perda de confiança pública no sistema político e nos agentes estatais. (NEVES, 2011)

É uma ilusão que se assemelha à conotação em face de sua imprecisão, conforme a seguinte transcrição: “Na conotação a linguagem é mais ambígua; o agir simbólico é conotativo na medida em que ele adquire um sentido mediato e impreciso que se acrescenta ao seu significado imediato e manifesto”. (GUSFIELD, 1986 citado por NEVES, 1996, p.325)

Há uma aparência constitucional, uma representação ilusória que obstrui a evolução estatal. Diz assim Grimm:

O “constitucionalismo aparente” (Grimm, 1989: 634 ou 1991: 13) implica, nessas condições, uma representação ilusória em relação à realidade constitucional, servindo antes para imunizar o sistema político contra outras alternativas. Por meio dele, não apenas podem permanecer inalterados os problemas e relações que seriam normatizados com base nas respectivas disposições constitucionais. (Bryde, 1982:28s), mas também ser obstruído o caminho das mudanças sociais em direção ao Estado Constitucional. (NEVES, 1996, p.326)

No mais, a existência da função simbólica pode se fazer presente. Conforme modelo tricotômico apresentado por Harald Kindermann, em face da atividade legiferante de forma a confirmar valores sociais, demonstrar a capacidade de ação do Estado e como meio de adiamento de compromissos dilatatórios, *verbis*:

A presença da função simbólica nos dispositivos normativos constitucionais pode estar diretamente ligada à tipologia da legislação simbólica em seu modelo tricotômico em que a atividade legislativa pode estabelecer a criação da norma como forma de confirmação de valores sociais, como demonstração de capacidade de ação do Estado ou como forma de adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios. (NEVES, 2007 citado por LENZA, 2009 p.31)

7.1.1 Simbolismo como confirmação de valores sociais

Como meios de confirmação de valores sociais, o legislador assume uma posição em relação aos conflitos sociais de maneira a consagrar uma certa vertente deixando em segundo plano a preocupação com a eficácia da norma. (NEVES, 2007)

É um meio pelo qual a criação normativa exerce diferenciação entre diversos grupos sociais atribuindo prestígio a certo grupo. Ressalte-se a seguinte transcrição:

Por meio desta modalidade de legislação simbólica, faz-se a diferenciação entre grupos sociais e seus respectivos valores, prestigiando-se mais a uns que aos outros [...] O que está em jogo aqui é a sua visão de mundo e a sua prevalência em relação à visão de um grupo antagonico. (CARONE, 2011, p.142)

A criação da norma se apresenta para os diversos grupos como vitórias legislativas.

Assim, os grupos que se encontram envolvidos nos debates ou lutas pela prevalência de determinados valores veem a vitória legislativa como uma forma de reconhecimento da predominância social de sua concepção valorativa, sendo-lhe secundária a eficácia normativa da respectiva lei. (NEVES, 2011)

Neste diapasão, o simbolismo se apresenta como confirmação de valores sociais na medida em que positiva determinados pontos da sociedade a fim de consagrar determinadas visões valorativas. Termos em que preconiza Carvalho Miranda:

Diante da pluralidade que forma a atual sociedade com diferentes valores, crenças e hábitos, a previsão legislativa positivando determinados pontos que identificam seguimentos sociais é vista como consagração e sobreposição de valores, atestando a hegemonia de um grupo sobre os demais, através da “vitória legislativa” demonstrando status e prestígio. (CARVALHO MIRANDA, 2009, p. 225)

A sociedade procura influenciar a atividade legiferante para que sejam proibidas aquelas condutas que não coadunam com os seus valores, satisfazendo as suas expectativas basicamente com a expedição do ato legislativo.

É a ideia do domínio de uma classe social em face de outra apresentando-a como detentora dos interesses dos demais membros da sociedade. É a previsão do escrito de Villoro:

Toda nova classe, que toma o lugar de outra que até então era a dominante, para cumprir seu objetivo está obrigada, simplesmente, a apresentar seu interesse particular como interesse de todos os membros da sociedade, ou, dizendo melhor, a dar atributos de generalidade aos seus pensamentos, a apresentá-los como os únicos racionais e válidos universalmente. (VILLORO, 1985, p.62-63)

Importante destacar que a influência social caracterizada como conteúdo de normas simbólicas encontra fundamento em valores sociais. Daí a importância de se conceituar valores como sendo princípios moralmente protegidos por certo grupo social e que são constituídas de variações no tempo, podendo ser refletidas em cada época de forma distinta.

Aqui, o legislador se vê pressionado a inserir no texto normativo condutas proibidas ou obrigatórias que têm como origem simplesmente o “grito da sociedade” por valores a serem positivados.

Daí, os atos legislativos tendentes a inserir no texto normativo determinados valores, sem se pensar em um sua efetividade, são os considerados de conteúdo simbólico.

7.1.2 Simbolismo Como “Capacidade de Ação do Estado”

O simbolismo como capacidade de ação do Estado frente à solução dos problemas sociais decorre de uma resposta pronta e rápida do governo e do Estado diante de certa insatisfação da sociedade. É a demonstração de que o Estado fez alguma coisa. É a aparência da resolução de problemas.

É forma de o legislador, muitas vezes sobre pressão direta do público, elaborar diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condição de efetivação das respectivas normas. É a apresentação do Estado dos anseios dos cidadãos. (NEVES, 2011)

Conforme descreve Carone, a criação da norma somente é realizada em face da pressão social, do clamor para que haja providências por parte do Estado. Neste sentido sua escrita:

O legislador é levado a editar um ato normativo para, simbolicamente, responder a uma pressão que é exercida sobre ele. No mais das vezes essa pressão é exteriorizada pela mídia como uma situação de inadequação do ordenamento jurídico para a qual a classe política não se atentou ou perante a qual, para atender a interesses setoriais, prefere-se quedar inerte. Com a intensificação do clamor social por mudança e, muitas vezes, manifestações de desgosto públicas pela inércia do legislador, algumas das autoridades às quais a constituição conferiu o poder de açular o processo legislativo apresenta uma proposta de legislação que será vista como uma resposta à sociedade, mesmo que suas normas sejam inexecutáveis. (CARONE, 2011, p.144)

O que importa no momento da edição normativa é a apresentação dos membros do parlamento de forma atuante para que o Estado Legislador mantenha-se merecedor da confiança dos cidadãos. É uma forma de se produzir confiança no sistema político. (NEVES, 2011)

É caracterizada pela edição normativa em face de situações emergenciais no qual a sociedade cobra um ato estatal, e este age para satisfação das expectativas dos cidadãos. Assim argumenta Carvalho Miranda:

Em casos de situações emergenciais e excepcionais a população insatisfeita promove pressão para que os agentes estatais adotem uma conduta que irá debelar a insegurança ou o problema. Em tais momentos, embora dificilmente a mera edição de uma lei seja insuficiente para resolver o entrave, o Estado legisla para satisfazer as expectativas dos cidadãos sem que isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. (CARVALHO MIRANDA, 2009, p. 226)

Neste sentido, em face da insatisfação popular perante determinados acontecimentos ou da emergência de problemas sociais, exige-se do Estado muito frequentemente uma reação solucionadora imediata. A atitude legiferante serve como um alibi do legislador perante a população que exigia uma reação do Estado. (NEVES, 2011)

Cria-se a norma em face da necessidade de mandar um recado à sociedade deixando de lado, valores essenciais à qualidade do texto legal, como clareza, precisão e compatibilidade com o ordenamento jurídico, contribuindo para o agravamento da inflação legislativa causando descrédito na força vinculante da lei. (CARONE, 2011)

Busca-se apresentar uma aparente solução aos problemas sociais mascarando a realidade fática. (LENZA, 2009)

Neste mesmo sentido prescreve Asdrúbal Jr (2008 citado por GOMES DA SILVA, 2008, p.38) quando afirmou que “os militantes do movimento do direito simbólico iludem a sociedade com medidas de mera aparência de solução [...]”.

Destina-se, mediante esta capacidade de atuação estatal, a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade. É uma forma de manipulação ou ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função ideológica. (NEVES, 2007)

É o que confirma Gomes da Silva (2008, p.38): “O interesse público vai sendo substituído pelo interesse do público – aquilo que dá audiência na mídia e traz um sentimento de satisfação à população.” Ainda assim continua:

É evidente que o texto legal não é instrumento capaz por si só de modificar a realidade de forma direta, uma vez que a verdadeira solução depende de uma interação entre as variáveis normativo-jurídicas e outros critérios sistêmicos. (GOMES DA SILVA, 2008, p.39)

No dizer de NEVES (2011) é a exposição abstrata do Estado como instituição que merece a confiança da população, mesmo diante da inexistência de pressupostos socioeconômicos e políticos para a efetivação da legislação.

É um ato que eleva a sociedade a um sentimento de bem-estar social ante a atuação positiva do Estado, inculcando na mente da população uma atuação, ainda que falsa, uma forma típica de calar a sociedade.

Tenta-se mostrar para a sociedade que e o legislativo está atuante. Não se pensa também em efetivação de tais normas de forma primária, mas antes disso, da aprovação política mediante a demonstração de atitudes por parte do legislador diante dos problemas postos. É uma aparência de resolução dos problemas.

7.1.3 Simbolismo como Adiamento de Soluções de Conflitos

Já o simbolismo como adiamento de solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios, está presente quando há divergências entre grupos políticos, não resolvidos por meio de atos legislativos ante a ausência de consenso

entre as partes envolvidas, e pela transferência da solução desses conflitos para um futuro indeterminado. (NEVES, 2007 citado por LENZA, 2009, p.33)

É a afirmação de ilustre entendimento apresentado na Revista de Direito dos Advogados da União:

A pluralidade de valores que formam a sociedade é também refletida nos congressistas, sendo certo que cada qual busca, geralmente, defender os interesses da localidade da qual é egresso, da classe profissional que representa, da ideologia que defende e das indústrias e empresários que patrocinam suas campanhas. (CARVALHO MIRANDA, 2009, p.227)

É a ocorrência da edição de normas com objetivo de possibilitar acordos em torno de problemas postos quando da elaboração normativa.

O simbolismo se mostra presente nesta fase quando há uma nítida inclusão normativa como forma de se adiar conflitos não devidamente resolvidos em certo momento de discussão.

7.2 NORMAS PROGRAMÁTICAS E O SIMBOLISMO CONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

As normas programáticas, tal qual apresentadas no presente trabalho, se mostram como preceitos a serem concretizados futuramente pelo Estado, quando não esbarrarem na teoria da reserva do possível.

É partindo desse enfoque doutrinário que se apresentam as normas programáticas definidoras de direitos sociais como normas simbólicas.

Nestes moldes, os direitos sociais programáticos são direitos de difícil concretização social, deixando transparecer na sociedade a descrença em face da existência tão somente normativa. E aí, não basta a edição normativa para que esta alcance efeitos concretos na sociedade.

Importante consideração acerca da crença da lei e do modelo simbólico está na verificação relevante dos escritos de Carone, que ressalta a ausência do modelo simplista na relação entre criação normativa e aplicação administrativa, judicial e social:

Basta criar a lei para fazer com que o administrador a cumpra *ex officio*, o julgador a aplique ao caso concreto e, em última análise, sejam considerados concretizados valores existentes na sociedade com observância voluntária do comando estatal. A realidade não é assim; não chancela esse modelo simplista. (CARONE, 2011, p.139)

O caráter simbólico da constituição, no campo de sua efetividade, se firma sobre o pressuposto da realidade quando o ato normativo se apresenta de forma a normatizar o inalcançável, o que seja materialmente impossível. (BARROSO, 2010)

Tal argumentação é confirmada pela doutrina quando afirma que diversos direitos que contém eficácia limitada, podendo-se citar os direitos sociais, jamais encontram concretização em face da ausência de regulamentação suficiente prejudicando a ideia de constituição garantista. Assim dispõe a doutrina:

Diversos direitos que estão amparados em normas de eficácia limitada jamais são concretizados em face da ausência de norma regulamentadora. O fato gera uma situação anômala que em muito prejudica a própria ideia de uma Constituição Federal de perfil garantista. Há a previsão de um direito, mas a previsão esta que, após duas décadas, não foi concretizada. (LEAL, 2010, p.19)

E aqui, não se retrata apenas da ausência de regulamentação de forma primária, ou seja, a falta de edição de qualquer ato normativo, mas de uma regulamentação tal qual possa garantir o direito fundamental social intitulado no texto constitucional.

Deste modo, a falta dessa regulamentação suficiente torna os dispositivos sociais vagos, sem aplicabilidade direta e imediata.

A título de verificação, importante a constatação do fato de que os dispositivos programáticos funcionam mais como imposições negativas, para que o poder público não pratique atos contrários a tais ordenanças, do que à geração de direitos subjetivos para os administrados.

Essa ideia tem assento doutrinário quando afasta a possibilidade de sê-los pleiteados pela sociedade, considerando-os simplesmente meros programas:

A enumeração dos direitos sociais por este artigo tem conteúdo nitidamente programático, e não impositivo ou cogente, já que significa um direcionamento à ação estatal, que deverá se dar no sentido de proporcionar a efetividade de tais direitos, mas não permite ao brasileiro

condições de pleitear, de imediato, o seu entendimento. (DEZEN JUNIOR, 2006, p.137)

A esta análise fática, considerar que os direitos sociais são meramente normas programáticas, sem atribuí-los quaisquer condições de cobrança por sua concretização, é conceder ao texto magno o título de campeão mítico.

Em complemento a este sentido, assevera Marcelo Neves (2011), em um discurso de grande relevância para o estudo a que se propõe, que a constitucionalização simbólica está intimamente associada à presença excessiva de disposições programáticas, no qual se enquadra o típico caso brasileiro.

Essa excessividade programática presente na Constituição de 1988 eleva o Estado ao problema da força normativa da constituição, mediante dispositivos despidos de elementos de realidade ou ainda apresentando uma realidade sem elementos. É o que propõe relevante artigo sobre a problemática da constituição dirigente em considerações sobre o caso brasileiro:

O caráter programático suscita problemas específicos que põem em jogo a força normativa da Constituição, pois implica que se confie a concretização às instâncias políticas, dependendo da vontade dos detentores do poder político. A amplitude e a indeterminação do texto constitucional não supõe, segundo Konrad Hesse, a incapacidade da Constituição para regular a vida do Estado e da sociedade. Segundo ele, a Constituição não se limita a deixar matérias abertas, mas a estabelecer, com caráter vinculante, o que não pode ficar aberto e indeterminado, além de estabelecer os procedimentos por meio dos quais podem ser decididas as questões abertas. O pensamento constitucional tradicional, de acordo com Konrad Hesse, está marcado pelo isolamento entre norma e realidade, dando-se ênfase em uma ou outra direção. Assim, chega-se a uma norma despida de elementos de realidade ou a uma realidade sem elementos normativos. A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. Sua essência reside na vigência e na pretensão de eficácia (a situação regulada pretende ser concretizada na realidade), que não podem ser separadas das condições históricas. É graças a essa pretensão de eficácia que a Constituição vai procurar ordenar e conformar a realidade. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. (BERCOVICI, 1999, p, 39)

Dessa forma, este plano dirigente exteriorizado mediante as normas sociais programáticas, presente na Constituição de 1988, a fim de proclamar direção ao Estado, engendrou certo exagero com a inclusão de patamares imensos de disposições sociais elevando tais normas a enfrentar problemas de aplicabilidade.

Neste diapasão, alguns direitos sociais presentes na constituição, como por exemplo, os direitos previstos no artigo 6º, mesmo mediante as políticas públicas instituídas pelo Estado, deixam a desejar sua aplicabilidade, pois não são garantidos socialmente conforme os ditames da constituição.

Outro exemplo prático de normas direcionadoras do Estado é o direito à saúde previsto no mesmo dispositivo acima supramencionado, em que trata de um nítido programa social, uma meta a ser alcançada uma vez que longe de sua aplicabilidade imediata, apesar de ser tutelada de forma contrária pelo legislador Constituinte.

Apesar dessa consideração, Gilmar Mendes (2012) faz uma crítica à consideração de atribuí-la uma norma programática, incapaz de produção de efeitos, apenas com indicação de diretrizes a serem observadas pelo Poder Público, ressaltando ser isso uma negação da força normativa da Constituição.

É o que também ocorre com o salário mínimo. A lei que fixa seu valor retira a limitação eficazional, mas não tem o condão de retirar seu caráter simbólico, em face de que nos termos do valor atribuído em lei, não há que se falar em garantia das necessidades vitais básicas.

Assim, a realidade jurídica das normas programáticas definidoras de direitos sociais, nos termos em que é posta na constituição e em uma interpretação sistemática, consideradas simples programas políticos, contribui para negação da força normativa presente na constituição vigente, reforçando a sua função estritamente simbólica.

Nesses moldes, os direitos sociais programáticos se mostram, nada mais nada menos, que exagerados, em face da presença analítica do direito positivo posto constitucionalmente, elevando a ordenança maior do país à existência de dispositivos com caráter predominantemente mítico.

7.3 SIMBOLISMO, EFETIVIDADE E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A norma nasce para se alcançar algum efeito jurídico e este efeito pode ser mais ou menos latente, de acordo com a capacidade que cada dispositivo possui

de se fazer valer os anseios da sociedade e de se afastar do status meramente “para inglês ver” que é raiz predominantemente simbólica.

Dentre esta capacidade de alcançar efeitos práticos, as normas constitucionais que dependem de regulamentação infraconstitucional estão limitadas à atuação do legislador.

Daí, há normas constitucionais que não produzem efeitos imediatos ante a inexistência de regulamentação exigida e outras que, ainda que regulamentadas, são incapazes de assumir os aspectos legítimos pelos quais foram criadas, levando-as também a assumirem um caráter simbólico.

Dentre a discussão da norma constitucional como possuidora ou não de concretização social, há o aspecto do princípio democrático contido no parágrafo único do art.1º da Constituição de 1988 onde estabelece que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição.”

Assim, o Estado Democrático de Direito se assenta na ideia de Constitucionalismo e de democracia, onde há limitação de poder e supremacia da lei; e soberania popular. É o que prescreve a doutrina:

A ideia de Estado democrático de direito, consagrada no art. 1º da Constituição brasileira, é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia. Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, ruleoflaw, Rechtsstaat). Democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria. Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição. A compreensão desse ponto é decisiva para o equacionamento adequado da questão aqui tratada.(BARROSO, 2007, p.95)

O Estado Constitucional de Direito não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhe determina também deveres de atuação. (BARROSO, 2010),

Nesse sentido, o próprio preâmbulo Constitucional proclama que a Assembleia Nacional Constituinte buscou instituir um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a

segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos.

Desse fundamento teórico constitucional, diante da relação da norma com o instituto democrático, têm-se por conseguinte que toda obra constitucional é fundada no Estado em que o povo governa.

Deste ponto de partida, a democracia é um termo que começou a ser utilizado no século V a.c, o que os gregos começaram a chamar de *demokratia*, o que quer dizer demos, povo e *kratia*, governo ou autoridade, por conseguinte, governo do povo. (DAHL, 2012)

O grande problema presente na supracitada declaração está no fato de que, ser o Estado governado pelo povo não guarda qualquer compatibilidade com a ausência de aplicabilidade normativa.

Desta premissa, Marcelo Neves (2011) faz uma colocação em que posiciona como problema estruturalmente, o desgaste da constitucionalização simbólica, podendo conduzir a movimentos sociais e políticos em busca de transformações consequentes em direção a um sistema constitucional democrático efetivo.

Essa relação entre a crise social surgida como resposta ao simbolismo constitucional está pautada em uma sobreposição do sistema político em face do sistema jurídico.

Importante transcrição neste sentido:

A constitucionalização simbólica surgirá da quebra do “acoplamento estrutural” evidenciado a partir da demasiada exploração do sistema jurídico pelo político nas formas tipológicas da legislação simbólica alhures descrita, de tal maneira que a própria autonomia operacional do sistema normativo restaria prejudicada, pois não mais serviria como disseminador de expectativas normativas e regulador de condutas, (CARVALHO MIRANDA, 2009, p.229)

É a ideia assentada por Alessandro Rodrigues Gomes da Silva (2008, p.25) quando afirma que “o fenômeno normativo da Constituição no Estado Democrático de Direito é fruto de um desenvolvimento e construção histórica e simbólica intensa e não um conceito final.”

Assim, Marcelo Neves (2011) destaca essa sobreposição do sistema político sobre o jurídico, como característica simbólica, de forma a contribuir para causar no público uma imagem de um Estado ou um Governo identificado com os valores constitucionais, apesar da ausência de um mínimo de ação no sentido de aplicar concretização nas respectivas normas.

Ocorre que o sistema do Estado Democrático de Direito invocado pelo Constituinte para embasar a legitimidade governamental, se apresenta como mito constitucional em face da ausência de concretização normativa.

Desta forma, no campo dessa democracia representativa não cabe a constatação de que uma norma não tem resultado social, eis que qualquer norma não pode servir apenas como instrumentos de satisfação de anseios políticos desprovida de relevância jurídica. A este respeito relevante escrito doutrinário:

A Constituição pode até ter sido resultado de um palanque político. Todavia, ela não pode se converter em um. Isso porque o que Consta na Carta da República invoca uma concretização. Não temos, na Constituição Federal, palavras vazias. O próprio STF é quem o diz, como no RE 197.917/SP (Rel. Min. Maurício Corrêa), no qual ficou registrado nas palavras do Relator: "Tal reflexão funda-se primordialmente no pressuposto de que a Constituição não contém palavras ou expressões vazias, sem nenhum sentido."(LEAL, 2010, p.245)

Por tal, pela força normativa constitucional, a falta dessa concretude e aplicabilidade social, eleva alguns dispositivos da constituição ao simbolismo, apresentado pela ausência de sua função instrumental em detrimento de sua função simbólica.

7.4 SIMBOLISMO CONSTITUCIONAL E A CLASSIFICAÇÃO NORMATIVA DE KARL LOEWENSTEIN

A questão simbólica no Direito Constitucional tem uma importante ligação com a classificação das constituições adotada por Karl Loewenstein, já previamente abordada.

Tal classificação visa a estudar a essência das constituições, ou seja, objetiva abordar quais traços a distingue de outros entes, levando em consideração o contexto da realidade social. (FERNANDES, 2010)

Busca Loewenstein analisar a relação do texto da constituição com a realidade econômica, política, educacional, cultural e jurisprudencial do país. (FERNANDES, 2010)

Partindo de tal classificação, a doutrina enquadra a Constituição Federal de 1988 como uma constituição normativa, identificando-a como real e efetiva, aquela em que os destinatários e detentores do poder efetivamente usam e obedecem corretamente.

Inobstante essa classificação, parece haver dispositivos presentes na Carta Magna de 1988 que não apresentam as características de uma constituição que encontra relação com a realidade social.

Isto se depreende da efetividade e aplicabilidade de certos preceitos normativos inseridos pelo constituinte originário, ficando longe da realidade brasileira, em alguns momentos, a aplicabilidade tal qual perpetrado na literalidade da Lei Maior.

Ainda assim, mesmo diante de uma constituição normativa, não há que se afastar a presença de alguns dispositivos exercendo função simbólica, conforme assenta relevante artigo:

Aqui não se desconhece que também as “constituições normativas” desempenham função simbólica, como bem enfatizaram Burdeau (1962:398; cf. Outrossim Massing, 1989) e Edelman (1967:18s.) [...] tampouco que a distinção entre “constituição normativa” e “constituição simbólica” é relativa, tratando-se de dois pontos extremos de uma escala do que de uma dicotomia.(Bryde. 1982:27). (NEVES, 1996, p.325)

Disto se depreende que seja em uma constituição normativa, ou em uma constituição nominalista, verifica-se pontos simbólicos em comum.

Mas ainda assim, a Constituição Federal em vigor, diante da presença da função simbólica em detrimento da instrumental pode ser rotulada, em alguns preceitos, como nominalista.

A título de exemplo, poder-se-ia citar, como já comentado, a norma constitucional que institui o salário mínimo de forma a atender os direitos sociais básicos nos moldes do art. 7^a, IV, sendo esta de conteúdo distante da realidade presente no Estado Brasileiro, servindo apenas como norma-guia e se mostrando como uma norma característica de uma constituição nominalista.

8 POLÍTICAS PÚBLICAS, ATIVISMO JUDICIAL E OS EFEITOS DOS INSTRUMENTOS DE EFICÁCIA CONSTITUCIONAL NO VIÉS SIMBÓLICO

Como já exposto nos capítulos precedentes, fica evidenciado que os direitos sociais programáticos dependem de atuações das diversas esferas de poder em busca de concretização.

Dessa necessidade, tem-se de um lado as políticas públicas como uma forma de regulamentação necessária; e, de outro, a tutela jurisdicional como um meio de garantia da efetividade normativa.

Deste modo, poder-se-ia elencar, a título de exemplo de políticas públicas criadas pelo Estado, a distribuição de medicamentos de forma gratuita em busca da efetividade do direito à saúde, e o programa “minha casa minha vida”, como meio de garantir o direito à moradia.

É fato que tais políticas públicas não funcionam de forma satisfatória. Apesar de certos avanços, pode-se perceber problemas no programa habitacional desenvolvido pelo Governo Federal em parceria com outros entes da Federação.

Nota-se, por exemplo, que os valores dos empreendimentos imobiliários alcançaram patamares nunca antes conhecido. Além disso, aqueles que verdadeiramente necessitam do alcance da moradia não tem condições nenhuma de arcar com os custos do financiamento atribuído pelo Estado.

Do mesmo modo, pode-se perceber problemas no programa de distribuição de medicamentos sem onerosidade para a população, o qual não consegue atender toda a demanda social. A política de medicamentos foi criada, mas a sociedade continua à espera de sua aplicabilidade, ou seja, de que realmente sejam encontrados todos os medicamentos necessários à manutenção da saúde e ao resguardo do direito à vida.

Daí, em face dessa insubsistência das políticas públicas, a saída da sociedade é buscar a tutela do judiciário para fazer valer seus direitos previstos constitucionalmente. Surge, então, a necessidade de atuação dos órgãos judiciais.

Assim, assentado na ideia de que o Judiciário é órgão cuja finalidade recai na fiscalização e aplicação do direito, o papel deste, em um Estado

democrático de direito, é o de interpretar a Constituição e as leis de forma a resguardar direitos e assegurar o respeito ao ordenamento jurídico pátrio. (BARROSO *et al*, 2009)

Nesta tutela de direitos normativamente garantidos, e em busca da efetividade, o constitucionalismo brasileiro estabeleceu novos patamares jurídicos concretista mediante o fomento de uma virada jurisprudencial. (BARROSO *et al*, 2009)

Essa evolução ideológica, tal qual sabiamente se percebe, está evidenciada no fato que a mera existência da norma não a torna apta à concretização, uma vez que sofre influências de variados pressupostos para esse alcance. Nesse sentido a seguinte transcrição:

O direito não é uma esfera isolada no mundo social, havendo uma variedade de pressupostos não jurídicos (econômicos, políticos, culturais, científicos, técnicos, educacionais etc) do jurídico que influenciam sobremaneira a concretização da previsão constitucional sem descuidar também dos casos em que “uma quantidade considerável de leis desempenham funções sociais latentes em contradição com sua eficácia normativo-jurídica, ou seja, em oposição ao seu sentido jurídico manifesto”. (NEVES, 2007, citado por CARVALHO MIRANDA, 2009, p. 224)

Por não ser essa “esfera isolada”, é de fácil entendimento que a norma não se esgota em seu processo de criação, e sua concretização ocorre no decorrer de sua existência. Expressivo descrito assim demonstra:

É necessário entender que a norma jurídica, e em especial a norma constitucional, é um processo que não se esgota apenas no processo legislativo clássico e suas formalidades. A norma constitucional é produzida no decorrer do processo de concretização. (GOMES DA SILVA, 2008, p.43)

Deste paradigma, o ativismo judicial, como acontece com toda inovação jurídica, sofre diversas críticas. Uma delas encontra apoio no fato de que, diante dos direitos sociais, a norma constitucional aplicável está positivada na forma de normas programáticas alcançáveis por meio de políticas públicas e não por decisões judiciais. Assim descreve Luis Roberto Barroso:

A primeira e mais frequente crítica oposta à jurisprudência brasileira se apoia na circunstância de a norma constitucional aplicável estar positivada na forma de norma programática. O artigo 196 da Constituição Federal deixa claro que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas

sociais e econômicas, não através de decisões judiciais. (BARROSO, 2007, p.105)

De outra feição argumentativa, ainda no enfoque da crítica no tocante à “separação dos poderes”, na vertente constitucionalista há a exigência do respeito aos direitos fundamentais, o que leva à admissão do ativismo como forma de concretização. Importante escrito assim relata:

É nesse ambiente, é nessa dualidade presente no Estado constitucional democrático que se coloca a questão essencial: podem juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo –, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente. Vale dizer: para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador. (BARROSO, 2007, p.96)

Assim ressurgem o papel concretista do judiciário apoiado na doutrina da efetividade das normas constitucionais, conforme ideias a seguir expostas:

O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição. A doutrina da efetividade serviu-se, como se deduz explicitamente da exposição até aqui desenvolvida, de uma metodologia positivista: direito constitucional é norma; e de um critério formal para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido. (BARROSO, 2007, p.92)

Com esses apontamentos, introduzem-se os efeitos das decisões proferidas pelo judiciário, tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, quanto nas demais esferas jurídicas, que, em um primeiro momento, são voltadas ao alcance dessa concretização social das normas programáticas fundamentais.

Pois bem. Verifica-se nessa ideia basilar que tanto as políticas públicas quanto as decisões judiciais criadas e conceituadas em sua função instrumental adquirem, em muito dos casos, uma feição simbólica.

Assim, tanto na criação normativa quanto nos efeitos das decisões proferidas nos instrumentos de eficácia constitucional, sejam eles em sede de mandado de injunção, mandado de segurança ou em Ação Direta de

Inconstitucionalidade por Omissão, inegavelmente há a identificação de alguma vertente mítica.

Ressalte-se, assim, o direito à saúde. Engrandece aos olhos o fundamento jurídico constante do julgado abaixo, reforçando a importância da atuação do poder judiciário no papel da implementação de tal direito fundamental, consubstanciado na garantia do mínimo existencial não esbarrada na capacidade econômico-financeira e na falta de razoabilidade, de forma a assegurar fornecimento de medicamento, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO Oponibilidade da Reserva do Possível ao Mínimo Existencial.

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.

2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

3. *In casu*, não há empecilho jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o município, tendo em vista a consolidada jurisprudência desta Corte, no sentido de que "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010)

No mesmo sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a

responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. (RE 226835 / RS. Rel.Min. ILMAR GALVÃO Julg. 14/12/1999,DJ 10-03-2000.)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. HEPATITE C .PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LAUDO EMITIDO POR MÉDICO NAO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). EXAMES REALIZADOS EM HOSPITAL ESTADUAL. PROTOCOLO CLÍNICO E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE.

1. A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não "qualquer tratamento", mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento.

2. Sobreleva notar, ainda, que hoje é patente a ideia de que a Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana.

3. Sobre o tema não dissente o Egrégio Supremo Tribunal Federal, consoante se colhe da recente decisão, proferida em sede de Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 175/CE, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17.3.2010, cujos fundamentos se revelam perfeitamente aplicáveis ao caso *sub examine*.(Recurso em Mandado de Segurança nº 24.197/PR (2007/0112500-5), Rel. Min. Luiz Fux, D.O.U. 28.9.2006)

As argumentações jurídicas se refazem no direito à saúde constitucionalmente estabelecida, e consubstanciada na regulamentação atribuída à Lei 11.347 de 2006 como uma política pública implementada.

Nesta tutela, o Estado instituiu as várias políticas públicas para se garantir os direitos sociais, como neste caso, a distribuição de medicamentos e materiais necessários à sua aplicação e à monitoria da glicemia capilar aos portadores de diabetes inscritos em programas de educação para diabéticos, insculpido na Lei 11.347 de 2006 no qual dispõe nos seguintes termos:

Art. 1º Os portadores de diabetes receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde - SUS, os medicamentos necessários para o tratamento de sua condição e os materiais necessários à sua aplicação e à monitoração da glicemia capilar.

Assim, de um lado tem-se o ativismo judicial acentuado na função instrumental em busca da implementação de uma política pública; de outro tem-se o

problema da falta de efetividade, tanto na ação desencadeada pelo Estado, como no provimento judicial proferido.

Isto é corroborado no fato de que, se o provimento judicial for positivo, garantindo o acesso ao medicamento pretendido, há a retirada do mesmo fármaco a outro paciente que dele necessita.

Ainda assim, tais provimentos judiciais servem a privilegiar uma parte da sociedade que necessita da tutela do Estado e que a busca por intermédio do direito de ação, não resolvendo dessa forma o problema social, ao passo que o verdadeiro acesso à justiça só se é exercido de fato por uma minoria de privilegiados no qual tem condição de arcar com custos da contratação de um advogado. É o que dispõe o criterioso doutrinador:

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. (BARROSO, 2007, p.197)

Diante deste panorama, as políticas públicas são apresentadas mais como viés simbólico na medida em que não guarda compatibilidade com a realidade do país. É uma norma criada como resposta ao grito da sociedade por concretização constitucional.

Ao contrário do que se apresenta nos relevantes fundamentos retóricos dos julgados mencionados, a realidade do Estado Democrático de Direito é outra. O que se vê na sociedade diuturnamente é a realidade análoga à recente notícia veiculada no Triângulo Mineiro reportada na página eletrônica “globo.com”:

A falta de medicamentos na rede pública de Uberlândia continua sendo um grande problema para a população que depende dos remédios gratuitos. Há 15 dias a assessoria da Secretaria de Saúde disse que o problema seria resolvido, mas alguns itens ainda estão faltando. Segundo a assessoria, grande parte dos remédios que faltavam chegaram, mas o problema ocorreu na distribuição dos medicamentos. [...]
O aposentado José Elias Teixeira faz uso contínuo de medicamento para pressão, coração e diabetes e, segundo ele, não tem sido fácil manter o tratamento. A letra “F” na receita médica do paciente indicou a falta de sete dos oito medicamentos que ele depende, mas estão em falta. “Diz que estão

em falta, que não tem. Os remédios sumiram e eu não sei o porquê. Não tem previsão de chegar”, disse. Ele contou que não é a primeira vez que isso acontece e que já foi em mais de uma Unidade de Atendimento Integrado (UAI) procurar pelos remédios, porém, a resposta é sempre a mesma. A auxiliar de enfermagem Rosa Ferreira Rios também reclamou. Ela foi à UAI do Bairro Tibery para retirar o medicamento que usa, mas não encontrou. “A maior dificuldade são os remédios de pressão. A insulina não tem, quando tem, não há a seringa. A situação está muito difícil”, afirmou. O aposentado José Alcides da Silva teve três infartos e depende de medicamentos para sobreviver. Mas na lista passada pelos médicos, poucos estão disponíveis. “Nunca tem o remédio que a gente faz uso e eu faço uso contínuo. Não posso ficar sem”, contou. (Do G1 Triângulo Mineiro, 21 mai 2013)

No mesmo sentido outra notícia da falta de medicamentos para doenças inclusive consideradas graves datada de 10/01/2013, conforme abaixo transcrito:

No final do ano passado, pacientes de Rio Claro reclamaram sobre a falta de alguns medicamentos na rede municipal de saúde. O problema aconteceu com remédios de alto custo para o tratamento psiquiátrico e de Alzheimer. Na mesma época, foi denunciada também a falta de insulina para o tratamento de diabetes. Agora, novas reclamações apontam a falta de vários tipos de medicamento, além dos citados acima. O cálcio, utilizado no tratamento de osteoporose e também receitado para gestantes e outras pessoas que precisam fortalecer os ossos, também estaria em falta. (Da Redação, 2013 21 mai 2013)

Ainda nesta abordagem voltada a demonstrar a realidade simbólica dos direitos sociais, verifica-se também que os efeitos das decisões, ainda que concretista, não tem aptidão para afastar o a realidade social presente no Estado Brasileiro. É o que demonstra a veiculação abaixo, datada de 20 de maio de 2013:

Um bebê, com menos de um mês e meio de vida, com um problema grave no coração, morreu na madrugada desta segunda-feira (20) em um hospital em Santos, no litoral de São Paulo. A criança dependia da transferência de um hospital de Santos para um de São Paulo para sobreviver. A família conseguiu uma liminar na Justiça, mas ela não foi cumprida.

Um juiz intimou o governador a tomar providências. A transferência parecia estar certa, mas não foi feita. Depois de várias tentativas da família e da espera, a criança não resistiu e morreu no começo desta madrugada. O bebê estava internado há mais de duas semanas na UTI da Santa Casa de Santos com um problema gravíssimo no coração. A criança precisava ser transferida para um hospital especializado em São Paulo para passar por uma cirurgia. A família conseguiu na Justiça uma liminar, que obrigou a secretaria de Saúde do Estado a transferir a criança de helicóptero.

Segundo relatório médico da UTI pediátrica da Santa Casa, a transferência seria a única esperança para o paciente. No último sábado (18), a assessoria de imprensa do governo do Estado informou que o bebê seria transferido para a UTI neonatal do Incor, em São Paulo, por um helicóptero da Polícia Militar. Porém, isso não aconteceu. (Do G1 Santos em 21 mai 2013) (grifou-se)

Ainda a falar dos efeitos dos provimentos jurisdicionais em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão como instrumento criado para afastar a crise eficaz em vigor, resta a constatação irrefutável de sua mistificação no tocante à sua capacidade de afastar a omissão inconstitucional.

Entendimento corroborado no julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal confirmando toda a fundamentação jurídica devidamente apresentada neste trabalho, em especial com relação ao salário mínimo como mecanismo de alcance dos objetivos da república federativa do Brasil e dos direitos sociais estabelecidos no art. 6º da CF/88, na vertente de insuficiência para o alcance dos direitos sociais, *verbis*:

EMENTA: DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. SALÁRIO MÍNIMO - SATISFAÇÃO DAS NECESSIDADES VITAIS BÁSICAS - GARANTIA DE PRESERVAÇÃO DE SEU PODER AQUISITIVO. - A cláusula constitucional inscrita no art. 7º, IV, da Carta Política - para além da proclamação da garantia social do salário mínimo - consubstancia verdadeira imposição legiferante, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma prestação positiva destinada (a) a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família e (b) a preservar, mediante reajustes periódicos, o valor intrínseco dessa remuneração básica, conservando-lhe o poder aquisitivo. - O legislador constituinte brasileiro delineou, no preceito consubstanciado no art. 7º, IV, da Carta Política, um nítido programa social destinado a ser desenvolvido pelo Estado, mediante atividade legislativa vinculada. Ao dever de legislar imposto ao Poder Público - e de legislar com estrita observância dos parâmetros constitucionais de índole jurídico-social e de caráter econômico-financeiro (CF, art. 7º, IV) -, corresponde o direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure, efetivamente, as necessidades vitais básicas individuais e familiares e que lhe garanta a revisão periódica do valor salarial mínimo, em ordem a preservar, em caráter permanente, o poder aquisitivo desse piso remuneratório. SALÁRIO MÍNIMO - VALOR INSUFICIENTE - SITUAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL. - A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que

parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica. - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. - As situações configuradoras de omissão inconstitucional - ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário - refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário. INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - DESCABIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de proclamar incabível a medida liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (RTJ 133/569, Rel. Min. MARCO AURÉLIO; ADIn 267-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), eis que não se pode pretender que mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final emanada do STF. - A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente. IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, POR VIOLAÇÃO POSITIVA DA CONSTITUIÇÃO, EM AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (VIOLAÇÃO NEGATIVA DA CONSTITUIÇÃO). - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, fundada nas múltiplas distinções que se registram entre o controle abstrato por ação e a fiscalização concentrada por omissão, firmou-se no sentido de não considerar admissível a possibilidade de conversão da ação direta de inconstitucionalidade, por violação positiva da Constituição, em ação de inconstitucionalidade por omissão, decorrente da violação negativa do texto constitucional. (AgR-RE 271.286-8, Rel Min, Celso de Mello, DJ de 12-9-2000)

Outro instrumento que quase não é utilizado é o mandado de injunção, justamente pela ausência de eficácia desse remédio constitucional em sanar a falta de regulamentação ou sua insuficiência que impeça o exercício das prerrogativas constitucionais.

Daí se infere que o poder judiciário, mesmo que engendre esforços no sentido de dar concretude aos direitos constitucionais, de dar máxima efetividade e guardar a constituição, tal qual impõem seus termos, não afasta completamente a

predominância da função simbólica que está presente nos próprios atos emanados dos órgãos judiciais.

Essa posição, no entanto, merece a constatação de que tanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão quanto o mandado de injunção não têm o condão de afastar a presença da função simbólica das normas constitucionais e delas mesmas como instrumentos criados pelo Estado.

Isso de estampa no próprio fundamento do julgado supramencionado quando a Suprema Corte Brasileira descreve que não se pode pretender efeitos positivos *in limine* inalcançáveis pelo próprio provimento final.

Em outras palavras, a limitação imposta ao órgão judiciário, no sentido de apenas dar ciência ao órgão legiferante para sanar omissão inconstitucional, funciona com um impedimento à concretização de preceito constitucional. O que não quer dizer, também, que a adoção da teoria concretista tenha aptidão a concretizar de forma satisfatória dispositivos constitucionais.

Isso é confirmado nos escritos de Alessandro Gomes da Silva (2008, p.15; 28) quando menciona que “conclui-se que até mesmo os integrantes da Corte Suprema percebem o caráter midiático e simbólico do direito” afirmando ainda que “o excesso de simbolismo na norma já foi detectado por seu caráter desviante até mesmo pelo próprio guardião dos símbolos jurídicos brasileiros, o Supremo Tribunal Federal”.

Ademais, a posição concretista por si só não afasta a hipertrofia do caráter simbólico constitucional. As simples decisões, apesar deste caráter mandamental, não são aptas a suprirem as omissões porventura existentes no Estado Brasileiro.

Neste impasse verifica-se que ainda que reconhecido pelo judiciário a inexistência da norma regulamentadora e proferida uma decisão dando ciência ao órgão competente, não há nenhuma garantia de que a omissão seja sanada, mantendo incontestemente um grau simbólico, ainda que mínimo nos instrumentos da Ação Direta de inconstitucionalidade por omissão, do Mandado de Injunção e do Mandado de Segurança.

Assim, o próprio órgão da cúpula do judiciário demonstra a problemática do mito constitucional a que apresenta na realidade brasileira.

9 CONCLUSÃO

O Brasil é um Estado que, em face dos escritos analíticos postos pelos representantes do povo, têm de tudo para alcance de uma realidade em conformidade com os avanços até então almejados.

Percebe-se, todavia, que a Constituição não é, necessariamente, um instrumento capaz de modificar a realidade de um país, eis que construções normativas não possibilitam, muitas vezes, a modificação da realidade social. Não é através de criações ilusórias que se efetiva anseios dos cidadãos.

Os direitos sociais, sejam eles direitos programáticos ou não, são direitos que foram instituídos com vistas à garantia do mínimo existencial consubstanciado no tão argumentado princípio da “dignidade da pessoa humana”.

Dignidade pressupõe condições de exercício de direitos. Exercício pressupõe aplicação e efetividade das necessidades vitais básicas tão sonhadas pelo povo brasileiro.

Percebe-se, em alguns casos, a insuficiência das retóricas legislativas e das afirmações de que a Constituição detém força normativa. Aliás, deter força normativa não é ter sua existência simplesmente consubstanciada em uma folha de papel. É preciso mais!

E esta necessidade não é de criação de instrumentos jurídicos para que o judiciário diga o direito sem sua aplicação fática. Não é simplesmente a regulamentação das normas definidoras de direitos sociais básicos. É preciso, antes de tudo, tradução na realidade brasileira, quer dizer, a plena conformidade entre o direito e a realidade (mundo do ser e do dever ser).

Não se deve admitir que, após 25 anos da promulgação da Constituição de 1988, ainda se utilize como argumento para que o Estado quede-se inerte o fato de que os direitos sociais são direitos simplesmente programáticos, impossibilitando sua exigência pela população. Não se pode admitir que os direitos sociais básicos fiquem na dependência econômica do Estado. Aliás, retórica passível de críticas em face do dispêndio significativo de recursos públicos em estádios de futebol enquanto

ainda se observam problemas graves decorrentes da não concretização dos direitos sociais.

É certo e inegável que a realidade da República Federativa do Brasil não é a mesma de antes. Houve de fato transformações políticas, sociais e econômicas. Houve certas adaptações na construção de outra realidade constitucional.

Mas, ainda assim, não se pode deixar de observar que a Carta Constitucional estabeleceu direitos que, apesar de serem intitulados “fundamentais”, carecem de plena eficácia social.

Instituir políticas públicas e proferir decisões sem garantir verdadeiras condições de acesso é a mesma coisa que engendrar letras sem qualquer auferição de êxito, funcionando como molas sem propulsão, feito sem extensão de sucesso.

Ao final, insurge um ponto importante de se observar: se o legislador fica vinculado às disposições constitucionais, se a constituição tem sua força normativa e se o detentor do poder constituinte é o povo, então por que não se garante de forma plena a aplicação da norma constitucional tal qual como quis a sociedade por meio de seus representantes? A resposta a esta pergunta é o caráter simbólico fortemente presente nas Cartas Constitucionais.

O problema do Estado Brasileiro Democrático de Direito talvez decorra da ausência de participação popular nos espaços democráticos.

O “titular do poder simbólico é o povo e ele deve aprender mais sobre suas leis e sua constituição, a fim de não deixar sua efetivação apenas nas mãos do Estado e dos que a interpretam [...]”. (GOMES DA SILVA, 2008, p.60),

O Estado brasileiro precisa de atuação mais efetiva de forma a tentar impulsionar a transformação da realidade social concretizando as normas constitucionais e, em última análise, fazendo valer os direitos mínimos existenciais e a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

A.DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. São Paulo. Martins Fontes.2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed., Malheiros. 2011.

ALVES FERRAZ, Francisco César. **Influência militar na atual política brasileira: erosão ou retirada?** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44781999000200014&script=sci_arttext> Acesso em 15 abr 2013

BARROSO, Luis Roberto *et al.* **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo.Saraiva.2009

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os Conceitos Fundamentais e a Constituição do novo modelo. São Paulo. Saraiva. 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3º Ed. São Paulo. Saraiva, 2011

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo.Saraiva.2012

BERCOVICI, Gilberto. **A problemática da constituição dirigente**: algumas considerações sobre o caso brasileiro. Disponível em: <http://lms.ead1.com.br/upload/biblioteca/modulo_1597/X8K3WUHNT4.pdf> Acesso em 26 Abr 2013

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Malheiros. 2009
BULOS, Uadi Lammêgo Bulos. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. São Paulo. Saraiva. 2011

CLÉVE, Merlin Clémerson. **A Eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em: <http://www.unibrasil.com.br/sitemestrado/_pdf/revista-de-direito-constitucional-e-internacional.pdf> Acesso em 25 abr 2013

COUTO SANTOS, Marcos André. **A efetividade das normas Constitucionais**: As normas programáticas e a crise Constitucional. Disponível em: <<http://www.ego.v.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15381-15382-1-PB.pdf>>. Acesso em 16 abr 2013

Da Redação. **Pacientes reclamam que falta medicamentos na rede pública de saúde**. Disponível em: <<http://jornalcidade.uol.com.br/rioclaro/dia-a-dia/saude/100151-Pacientes-reclamam-que-falta-medicamentos-na-rede-publica-de-saude>> Acesso em 21 mai 2013.

DANTAS, Miguel Calmon. **O dirigismo Constitucional sobre as políticas públicas.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/miguel_calmon_teixeira_de_carvalho_dantas.pdf> Acesso em 25 abr 2013

DEZEN JUNIOR, Gabriel. **Curso completo de Direito Constitucional.** Brasília. Vestcon. 2006.

DEZEN JUNIOR, Gabriel. **Direito Constitucional.** Brasília. Vestcon. 2006

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos.** São Paulo. Saraiva. 1998.

Do G1 Triângulo Mineiro. **Ainda faltam medicamentos da rede pública de saúde de Uberlândia.** Disponível em <<http://g1.globo.com/minas-gerais/triangulo-mineiro/noticia/2013/05/ainda-faltam-medicamentos-na-rede-publica-de-saude-de-uberlandia.html>> Acesso em 21 mai 2013

DONIZETTI, Elpídio. **Ações Constitucionais.** 2º Ed. 2010, São Paulo. Atlas

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2010

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspecto do Direito Constitucional Contemporâneo.** São Paulo Saraiva. 2011

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo. Saraiva. 2011

FREITAS, Rafael; MOURA, Samuel; MEDEIROS, Danilo. **Procurando o Centrão: Direita e Esquerda na Assembleia Nacional Constituinte 1987-88,** Disponível em: <http://scholar.google.com.br/scholar?start=20&q=assembleia+constituente+de+1988&hl=en&as_sdt=0,5>. Acesso em 20 mar 2013

G. KINZO, Maria D'alva. **A democratização Brasileira: Um balanço do Processo Político desde a transição.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010288392001000400002&script=sci_arttext&tIng=es> Acesso em 25 mar 2013

GOMES DA SILVA, Alessandro Rodrigues. **O Poder simbólico da Constituição e o Controle de Constitucionalidade.** Brasília, Thesaurus, 2008.

KRELL, J. Andreas. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos** (uma visão comparativa) Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r144-17.PDF?sequence=4>> Acesso em 22 mai 2013

LEAL, Saul Tourinho. **Controle de Constitucionalidade Moderno**, 2010. Impetus. Niteroi.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. São Paulo. Saraiva. 2009

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. São Paulo. Saraiva, 2011

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7º Ed. São Paulo Saraiva 2012

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4. Ed. São Paulo, Saraiva, 2012

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Saraiva. 2010

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo. Atlas. 2012

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo. Atlas. 2011

Morre bebê que ganhou liminar para ser transferido para hospital na capital. Disponível em <<http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2013/05/morre-bebe-que-ganhou-liminar-para-ser-transferido-para-hospital-na-capital.html>>. Acesso em 21 mai 2013.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo. Martins Fontes. 2011

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática**: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/handle/id/176514/000518647.pdf?sequence=3>> Acesso em 22 mai 2013

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo. Método. 2011

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional sistematizado**. Rio de Janeiro. Forense. 2011

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo. Saraiva. 1982

SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais**: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. Disponível em: <http://tex.pro.br/tex/images/stories/PDF_artigos/proibicao_ingo_wlfgang_sarlett.pdf> Acesso em 20 abr 2013

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas Constitucionais**. São Paulo. Malheiros. 2002

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro. 2006