

POLÍTICAS PÚBLICAS DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: ALGUMAS ESTRATÉGIAS

EFFECTIVE PUBLIC POLICIES OF FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS: SOME STRATEGIES

Rosana Helena Maas*
Mônia Clarissa Hennig Leal**

RESUMO

Nesse trabalho, pretende-se trazer algumas estratégias para a concretização de políticas públicas de efetivação dos direitos fundamentais sociais. Para tanto, realizar-se-á, primeiramente, um estudo da fundamentalidade desses direitos, de sua estrutura e responsabilidade; em seguida, será abordada a distinção entre direitos fundamentais sociais e políticas públicas de direitos fundamentais sociais, aspecto que traz significativa repercussão para as respectivas possibilidades de controle jurisdicional, para, por fim, observar a questão dos custos dos direitos sociais e sua realização por meio de políticas públicas, o que leva ao embate das teorias do mínimo existencial e da reserva do possível, com especial destaque aos contornos dados a essas teorias pela jurisprudência e pela doutrina brasileiras. A partir dessas premissas, são apresentadas algumas estratégias para a concretização de políticas públicas de efetivação dos direitos fundamentais sociais tais como a participação social, a diversidade e a transversalidade de políticas públicas, a permanência das mesmas, a imperatividade, responsabilidade em sua execução e a cooperação entre os poderes e atores sociais.

Palavra-chave: Direitos fundamentais. Direitos sociais. Estratégias. Políticas públicas.

ABSTRACT

In this work, we intend to bring some strategies for the implementation of public policies for enforcement of fundamental social rights. To this end, shall take place, firstly, a study of the fundamentality of these rights in its structure and responsibility, then, will be addressed the distinction between fundamental social rights and public policies of fundamental social rights aspect that brings significant repercussions for their possibilities of legal control, to finally look at the issue of the costs of social rights and their realization through public policies, which leads to the clash of theories of existential minimum and booking possible, with particular attention to the contours data these theories by case law and doctrine Brazilian. From these assumptions, we present some strategies for the implementation of public policies for enforcement of fundamental social rights such as social participation, diversity and mainstreaming policies, stay the same, the imperative, the responsibility for its implementation and cooperation between powers and social actors.

Keywords: *Fundamental rights. Social rights. Strategies. Public policy.*

1 INTRODUÇÃO

As Políticas Públicas se constituem em instrumento privilegiado de concretização e de efetivação dos direitos fundamentais sociais; para sua realização, contudo – especialmen-

* Mestrado e Doutorado pela Universidade de Santa Cruz do Sul UNISC; rosanamaas@unisc.br

** Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha); moniah@unisc.br

te quando se trata de direitos prestacionais em sentido estrito – há a necessidade de recursos financeiros (normalmente escassos), sendo que o custo de sua implementação acaba, muitas vezes, gerando controvérsias e colocando em xeque a sua efetiva condição de direitos fundamentais. Além disso, as políticas públicas muitas vezes não são capazes de abranger as particularidades de sociedades díspares e heterogêneas, como a brasileira, em que se contra-põem realidades como a dos Estados da Região Sul e a do Sertão Nordestino.

Assim sendo, nesse estudo trazem-se algumas estratégias, de forma não exaustiva, para a concretização de políticas públicas de efetivação dos direitos fundamentais sociais. Porém, para tanto, antes, estuda-se a fundamentalidade dos direitos fundamentais sociais, a sua estrutura e responsabilidade; após, observar-se a diferença entre políticas públicas de direitos fundamentais sociais e direitos fundamentais sociais e, a partir disso, dá-se atenção a questão dos custos dos direitos – embate entre a teoria do mínimo existencial e a reserva do possível; para, por fim, trazerem-se algumas estratégias para a concretização e efetivação de políticas públicas de direitos fundamentais sociais prestacionais, como: a participação social, a diversidade e a transversalidade de políticas públicas, a permanência das mesmas, a imperatividade, a responsabilidade em sua execução e a cooperação entre os poderes e atores sociais, vindo a minimizar o controle de políticas públicas.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: ESTRUTURA E RESPONSABILIDADE

É a partir da Primeira Guerra Mundial que a tendência de o Estado participar mais ativamente na sociedade toma forma mais concreta, visto que adota uma política mais intervencionista para ordenar recursos e procedimentos econômicos voltados à sobrevivência e à melhoria nas condições de vida da população. Dessa forma, os poderes públicos passam a ter como sua responsabilidade uma tutela política mais eficaz, de natureza coletiva e indeterminada no âmbito das satisfações econômicas básicas de sua população; e, mais, uma intervenção ou direção na vida econômica dos setores públicos (LEAL, 2009).

Postura diferente esta daquela realizada pelo modelo anterior de Estado, o Estado Liberal¹, que não deveria intervir nas relações dos cidadãos - tinha-se a noção de Estado mínimo. Nesse modelo, Sociedade e Estado eram duas esferas que não se comunicavam. O que veio a se modificar, pois, no Estado Social de Direito, onde a sociedade não estava mais satisfeita com esse absentéismo do Estado, exigia-lhe uma nova postura, que garantisse os direitos sociais dos cidadãos, não podendo mais o Estado ser tido como mero espectador, devendo intervir diretamente nas questões sociais; com isso, ele passa de ente com mera

¹ Lembre-se que na primeira forma de Estado de Direito, o Liberal, o Estado estava a serviço do homem, o que dava força para se impor limites ao seu poder. Esse processo ocorre tendo como pano de fundo a instauração desse modelo de Estado, movido e gerido pelos interesses da burguesia (LEAL, 2007).

postura negativa², ou seja, com o simples dever de não invadir a esfera dos direitos individuais constitucionalmente assegurados, a promotor de bens e de serviços (LEAL, 2007).

Por isso é que se afirma que o Estado Social deve ser compreendido como Estado implementador de políticas públicas:

o Estado Social não pode ser tido e concebido, tão somente, sob o ponto de vista formal – caráter do Estado Liberal do Direito -, mas há que se entendê-lo em sentido material, implementador de políticas públicas que atendam as demandas sociais emergentes (LEAL, 2009, p. 73).

Frente a essa mudança, a Constituição não é mais apenas uma limitadora das atividades do Estado, o que é visto no Estado Liberal de Direito, mas, sim, regula uma esfera muito mais ampla, abrangendo o poder estatal, a sociedade e o indivíduo, em suas múltiplas e recíprocas inter-relações. Dessa forma, a Constituição do Estado Social de Direito passa a ser atribuída uma nova função, no sentido de ser um programa de ação para governados e governo. Tem-se uma Constituição eminentemente política (LEAL, 2007).

Ademais, as garantias jurídico-sociais-constitucionais estabelecidas pela mesma não consistem em limitações estatais, mas, fundamentalmente, em parcerias e participações dos Poderes Públicos na tarefa de dar efetividade aos novos direitos e garantias estabelecidas à cidadania (LEAL, 2009).

No entanto, menciona-se que o modelo de políticas públicas geradas a partir deste modelo de Estado trouxe alguns problemas de assistencialismo e paternalismo, fazendo com que a sociedade ficasse dependente da ação estatal (LEAL, 2009). Desse modo, é que se pode afirmar que “a história do nascimento dos Estados Sociais é a transformação da ajuda aos pobres motivada pela caridade e pela discricionariedade da autoridade pública, em benefícios concretos que correspondem a direitos individuais dos cidadãos” (ABRAMOVICH; COURTIS, 2011) e, dessa maneira, é que se estabeleceu a relação entre direitos sociais e políticas públicas no Estado Social.

No atual contexto democrático, onde há uma reconformação estatal em face dos compromissos constitucionais sociais, a Constituição apresenta-se como um projeto político aos direitos sociais. Com a Constituição Federal de 1988 e o reconhecimento de um abrangente catálogo de direitos fundamentais, os direitos sociais passaram assim a serem compreendidos:

- a) Todos os direitos sociais são direitos fundamentais sociais;
- b) Os direitos fundamentais sociais são plenamente justificáveis, independente de intermediação do legislador;

² Ao Estado não cabia nenhuma ação, a não ser as que assegurassem os direitos individuais dos cidadãos, apresentando-se os direitos concedidos, no Estado Liberal de Direito, em sua essência, como limites à intervenção do Estado na esfera individual, pois eles impõem ao Poder Público um dever de abstenção, sendo, assim, identificados como liberdades negativas (BINENBOJM, 2004).

- c) Os direitos fundamentais sociais são interpretados de acordo com princípios da interpretação constitucional, tais como da máxima efetividade, concordância prática e unidade de ordem jurídica. (TORRES, 2008, p. 70).

No entanto, conforme Leal (2009, p.81, nota de rodapé 221), o segundo item não pode se tomar como totalmente verdadeiro, pois, para o autor, os direitos sociais e econômicos, porque estão sujeitos à reserva de orçamento, não encontram no Judiciário a sua garantia institucional garantida, sendo o processo legislativo hábil para a concessão desses direitos.

Ainda mais, frente à diversidade e complexidade dos direitos sociais, a fundamentalidade desses direitos torna-se importante esclarecer:

à noção de direitos fundamentais, como direitos reconhecidos e assegurados por uma determinada Constituição (sendo assim passíveis de diferenciação em relação aos direitos humanos, considerados como aqueles reconhecidos pelo direito positivo internacional) encontram-se necessariamente vinculada ao que se tem designado de dupla fundamentalidade formal e material, designadamente a circunstância de que se cuida de bens jurídicos que, na ótica do constituinte, expressa ou implicitamente enunciada, são dotados de suficiente relevância e essencialidade (fundamentalidade material) a ponto de merecerem e necessitarem de uma proteção jurídica e normatividade reforçada em relação até mesmo às demais normas constitucionais, mas especialmente no que diz com sua exclusão do âmbito de disponibilidade plena dos poderes constituídos (FIGUEIREDO; SARLET, 2008, p. 16-17).

Frente a isto, destaca-se para o fato de que pelo menos no âmbito do sistema constitucional positivo nacional todos os direitos sociais são fundamentais, sejam eles encontrados no Título II da Constituição Federal, dos direitos e garantias fundamentais, ou aqueles que expressa ou implicitamente são encontrados no corpo da Carta Política ou localizados nos tratados internacionais em que o Brasil é signatário (FIGUEIREDO; SARLET, 2008).

Prosseguindo, abrangida a questão da fundamentalidade dos direitos sociais, cabe lançar os olhos na estrutura desses direitos fundamentais. Nesse sentido, verifica-se que os direitos fundamentais sociais como obrigações de prestações positivas, cuja satisfação consiste em um *facere*, ou seja, uma ação a cargo dos poderes públicos, o que na teoria de Jellinek, corresponde ao *status positivus*, isso pelo fato desses direitos reclamarem uma ação. Só que ao lado dessa concepção dos direitos fundamentais sociais, há outra, como um direito de defesa, que se assenta em uma “omissão” por parte do Estado, o que traz a questão do *status negativus* de Jellinek (QUEIROZ, 2006). Corroborando o exposto, verifica-se Figueiredo e Sarlet (2008, p. 14), nesse sentido:

Os direitos sociais abrangem tanto direitos (posições ou poderes) a prestações (positivos) quanto direitos de defesa (direitos negativos ou ações negativas), partindo-se do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos à não intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Cons-

tituição) apresentam uma dimensão “positiva” (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade), ao passo que os direitos a prestações (positivos) também fundamentam posições subjetivas “negativas”, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, de entidades sociais e também dos particulares.

Como exemplo disso, cita-se o direito à moradia, que como direito negativo, pode bloquear ações do Estado ou de particulares que lhe são contraídas, como o caso da vedação da penhora; e, como direito positivo, serve de fundamento a uma atuação do Estado a assegurar a moradia com determinadas prestações jurídicas ou materiais (FIGUEIREDO; SARLET, 2008). Por esses motivos, não se pode classificar os direitos fundamentais sociais em direitos de defesa ou prestação, pois possuem as duas características, que, destaca-se, não são excludentes entre si.

Mais um exemplo, nesse sentido, é o direito à saúde, que possui, a um só tempo, condição de direito de defesa e prestação:

O direito à saúde, dependendo da função que assuma no caso concreto, pode ser reconduzido – assim como os direitos fundamentais de um modo geral e tal como já assumido – a ambas as categorias, com reflexos relevantes em termos de eficácia e efetividade. Com efeito, na condição de direito de defesa, o direito à saúde assume a condição de um direito à proteção da saúde e, em primeira linha, resguarda o titular contra ingerências ou agressões continuadas interferências na e ameaças à saúde, sejam oriundas do Estado, sejam provindas de atores privados. Já como direito a prestações, o direito à saúde pressupõe a realização de atividades por parte do destinatário (o Estado ou mesmo particulares) que asseguram a função do direito (FIGUEIREDO; SARLET, 2008, p. 41).

Posto isso, afirma-se que a diferenciação entre os direitos, as liberdades e as garantias fundamentais sociais e os direitos económicos, sociais e culturais, não reside na questão de serem ou não fundamentais, pois, ambos assim o são; a diferença relaciona-se com a sua estrutura (QUEIROZ, 2006, p. 12).

Prosseguindo, frente à fundamentalidade dos direitos sociais, cabe esclarecer que o destinatário de alguns desses direitos não é unicamente o Estado, mas a generalidade dos cidadãos (QUEIROZ, 2006), ou seja, o Estado não é sempre o único a realizar prestações a sociedade, ela também assim deve agir.

Corroborando ao mencionado, observa-se a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.435/RJ, que foi ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio a fim de impugnar a Lei n. 3.542/01, do Rio de Janeiro, que obriga as farmácias e drogarias a conceder descontos gradativos na compra de remédios para pessoas acima de sessenta anos. O fundamento é que a lei estaria violando, entre outros princípios, o da igualdade e da livre concorrência e iniciativa.

Nessa ação, a Ministra Ellen Gracie entendeu que não é só tarefa do Estado à garantia dos direitos fundamentais aos cidadãos, ou para determinados grupos sociais, como no

caso os idosos, visto que, a tarefa é de todos, Estrado e sociedade; já, em sentido contrário, o Ministro Marco Aurélio defendeu que ao Estado cabe a garantia dos direitos fundamentais, não podendo ele, através do Poder Legislativo e Judiciário passar essa tarefa, ônus ao particular. Todavia, prevaleceu o entendimento da Ministra Ellen Gracie, indeferindo a liminar.

Trazidas estas questões referentes aos direitos sociais fundamentais, destaca-se que, para, por fim, apresentar algumas estratégias de concretização dos direitos fundamentais sociais mediante políticas públicas, é preciso observar as políticas públicas de direitos sociais, com análise nos custos desses direitos, o que leva ao embate entre o mínimo existencial e a reserva do possível.

3 AS POLÍTICAS DE PÚBLICAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: MÍNIMO EXISTENCIAL X RESERVA DO POSSÍVEL

Cabe esclarecer, inicialmente, a diferença entre os direitos fundamentais sociais e as políticas públicas de direitos fundamentais sociais. No entanto, para fazer essa abordagem, deve-se ter presente que os direitos sociais são caros, com diz Canotilho (2010, p. 19), sendo que, segundo ele, “algumas prestações indispensáveis à efectivação desses direitos devem ser assegurados pelos poderes públicos de forma gratuita ou tendencialmente gratuita”.

Todo e qualquer exercício de direito social custa caro e isso em qualquer parte do mundo. É preciso haver dinheiro para pagar todas essas prestações estatais, o Estado terá que possuir reservas orçamentárias para atendê-las (LEAL, 2009). Tome-se como referência, para tanto, o direito à saúde, em que pequenos municípios gastam milhões de reais para fornecer a sua população de medicamentos a leitos em hospitais.

E, frente a estas questões, é que se discute a diferença entre direitos fundamentais sociais e políticas públicas de direitos fundamentais sociais. O direito fundamental social diz respeito, por exemplo, ao direito de acesso ao ensino superior público e a política pública, então, ao ensino gratuito aos cidadãos (QUEIROZ, 2006); ou seja, o direito fundamental social tem um caráter individual e a política pública uma dimensão coletiva.

Todavia, essa dimensão coletiva que a política pública de ensino gratuito aos cidadãos possui, as outras políticas públicas, por serem políticas públicas, também irão possuir, o que, justamente, fará o embate no orçamento, pois, há uma, se assim pode-se dizer, “dupla disputa”, veja-se o exemplo: as políticas públicas de saúde irão disputar a reserva orçamentária com outras políticas públicas e disputa consigo mesma, em virtude das diferentes prioridades no seu âmbito interno.

E a concorrência de custos em termos de políticas públicas é o que leva ao embate entre o mínimo existencial e a reserva do possível, o que irá se verificar a seguir.

Todavia, antes, questiona-se: o ensino gratuito a todos os cidadãos seria uma política pública? Ou, formas de levar e fornecer esse ensino gratuito a população seria uma política pública?

Canotilho (2010, p. 13) faz bem essa distinção e alerta “que o carácter dirigente da constituição social não significa a optimização *directa* e *já* dos direitos sociais, antes postula a graduabilidade de realização desses direitos. Graduabilidade não significa, porém, a reversibilidade desses direitos”. Assim seja, o autor traz a reflexão do papel da política pública, afirmando que esta não compreende a prestação incondicionada de direitos sociais, mas formas de acesso desses direitos. Nesse sentido, Leal (2009, p. 83) também alerta:

argumentos do tipo *princípio da não reversibilidade das prestações sociais*, ou o *princípio da proibição da evolução reacionária*, como fórmulas retóricas e mágicas para poder garantir, a qualquer preço – que nem se sabe qual -, tudo o que for postulado por segmentos da comunidade (indivíduos), pelo simples fato de que o Estado está obrigado a tanto, isto porque *o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social*.

Estabelecidas essas premissas, ir-se-á passar a questão dos custos desses direitos, “da dependência legal dos direitos constitucionais sociais tendo em vista a ‘reserva de cofres financeiros’” (CANOTILHO, 2010, p.12), assim seja, o embate entre o mínimo existencial e a reserva do possível, duas teorias que tiveram seu início em solo germânico.

Na doutrina Pós-Guerra, no início da década de 1950, Otto Bachof traz que o princípio da dignidade da pessoa humana não reclama apenas a garantia a liberdade, mas, também, um mínimo de segurança social, pois, sem um mínimo de recursos materiais para a existência digna, a própria dignidade fica sacrificada. Sendo assim, houve o entendimento que o direito à vida e a integridade corporal não podem ser compreendidos apenas como proibição de destruição de existência, assim seja, como direito de defesa, mas no sentido que impõe uma postura ativa no sentido de garantir a vida – lembrem-se da estrutura dos direitos fundamentais sociais, defesa e prestação. Dessa forma, o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência. Após anos dessa formulação de Bachof, o Tribunal Constitucional Federal veio consagrar o reconhecimento de um direito fundamental à garantia de condições mínimas para a existência digna e a Corte Constitucional alemã reconheceu por definitivo “o *status* constitucional da garantia do mínimo existencial” (FIGUEIREDO; SARLET, 2008).

Mínimo existencial este que compreende a um conteúdo mínimo de satisfação dos direitos, um conteúdo mínimo que deve ser resguardado pelos poderes do Estado (QUEIROZ, 2006); e, mais, implica em

condições mínimas para uma vida humana digna; em possuir cada pessoa as condições mínimas de sustento físico próprio, bem como as condições mínimas para que possa participar da vida social de seu Estado, relacionando-se com as pessoas que estão ao seu redor e que fazem parte da sociedade na qual vive (LEAL, 2009, p. 91).

Todavia, não se pode confundir o mínimo existencial com o mínimo vital ou mínimo de sobrevivência, sendo que este diz respeito à garantia da vida humana, não abrangendo necessariamente as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, de uma vida com certa qualidade, está assim ligado ao princípio do direito à vida apenas (FIGUEIREDO; SARLET, 2008).

Além disso, o Brasil conta com indicadores constitucionais de parâmetro para o mínimo existencial, estes que são públicos e cogentes, não podendo ser desconsiderados. Estes indicadores dizem respeito à construção de uma sociedade justa, livre e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, sendo tais indicadores confirmados pelo Supremo Tribunal Federal a partir do Agravo Regimental do Recurso Extraordinário n.º 410.715/SP.

Bem, estabelecido o que se compreende como mínimo existencial deve-se mencionar que para haver a garantia do mesmo, tem-se que considerar uma de suas principais objeções em matéria de concretização dos direitos sociais, que diz respeito à dimensão econômica dos mesmos, que ganha importância quando se cuida da efetivação dos direitos fundamentais como direitos a prestações (FIGUEIREDO; SARLET, 2008). Assim sendo, observa-se o embate que há entre o mínimo existencial e a reserva do possível.

A reserva do possível apresenta-se como exigência racional, imposta a interpretação dos preceitos constitucionais, mas não entendida como uma restrição admitida em caso de incapacidade financeira do Estado e, sim, como uma restrição necessária, com o objetivo de salvaguardar o conteúdo mínimo da satisfação de direitos (QUEIROZ, 2006).

Como já foi asseverado antes, os direitos sociais a prestações custam caro, é preciso haver dinheiro e, assim, seu custo assume especial relevância. O Estado dispõe apenas de limitada capacidade para realizar esses direitos sociais prestacionais, sendo entendido, inclusive, que a limitação de recursos constitui um limite fático à efetivação desses direitos (FIGUEIREDO; SARLET, 2008).

Todavia, é errado ter a reserva do possível apenas ligada as reservas das capacidades financeiras do Estado, ela apresenta, segundo Figueiredo e Sarlet (2008, p. 30), uma tríplice dimensão:

- a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais;
- b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto de nosso sistema constitucional federativo;
- c) já na perspectiva (também) de um eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da pres-

tação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Dessa forma, a reserva do possível não pode ser compreendida apenas como uma teoria que possui em seu núcleo a questão orçamentária do Estado, mas envolve a proporcionalidade e a razoabilidade das prestações, do que o indivíduo pode exigir da sociedade.

No Brasil, porém, essa teoria vem sendo utilizada de modo diverso àquela difundida na Alemanha, pois não se encontra vinculada à razoabilidade, mas a questões financeiras e de disponibilidade de recursos econômicos. No entanto, o Supremo Tribunal Federal já advertiu que a reserva do financeiramente possível – expressão utilizada para a teoria no seu “jeitinho” brasileiro – constitui a exceção no sistema jurídico brasileiro, somente podendo ser alegada quando acompanhada de prova que declare a escassez alegada. Dessa forma, a teoria somente terá êxito quando objetivamente aferível acerca da escassez apresentada (BOLESINA, 2013).³

No mais, quanto ao embate entre o mínimo existencial e a reserva do possível, cabe esclarecer:

a reserva do possível somente se aplicará ao mínimo existencial nos casos de escassez natural (pura) e quando o pleito for desproporcional/irrazoável diante das condições particulares do postulante. Em qualquer das hipóteses, a decisão deverá contar com dados concretos. Nos demais casos, não se justifica o acolhimento da alegação de reserva do possível (BOLESINA, 2013, p. 95).⁴

Dessa forma, a reserva do possível somente será acatada pelos Tribunais quando tiver prova da real situação de escassez do Estado, caso contrário, deve ser tomada como argumento de mera retórica.

No Recurso Extraordinário n.º 482.611/SC, ajuizado pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra o Município de Florianópolis, em virtude da omissão deste Município no Programa Sentinela – Projeto Acorde, envolvendo o direito de proteção de crianças e adolescentes vítimas de abuso e/ou exploração sexual, observa-se quanto ao mínimo existencial e a reserva do possível a impossibilidade de tal alegação quando do comprometimento do primeiro.

³ “A efetivação deste mínimo existencial na dimensão, por exemplo, dos direitos sociais, econômicos e culturais, a partir de uma reserva do possível, oportunidade em que aponta a sua dependência dos recursos econômicos. A elevação do nível da sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado para esse efeito. Nessa visão, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerado verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais, o que não se pode aceitar de forma tão simples, haja vista que isto implicaria relativizar a concreção destes direitos em face de argumentos vinculados aos *recursos disponíveis*, acentuando a dependência dos Direitos Fundamentais Sociais aos recursos econômicos conjuntamente existentes” (LEAL, 2009, p. 93).

⁴ Importante faz trazer o alerta que Leal (2009, p.103) destaca que em “atender ao mínimo existencial de alguns sem levar em consideração o impacto que isto, potencial ou efetivamente, pode causar aos outros, significa tratar desta questão a partir de uma lógica de matriz kantiana individual, aceitando a premissa de que a legitimidade do ordenamento jurídico reside no fato de que este assegura e garante a coexistência das vontades arbitrárias dos indivíduos para não operarem danos a outrem”.

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Por fim, trazidas às questões pertinentes que envolvem os direitos fundamentais sociais e as políticas públicas de direitos fundamentais sociais, verificar-se, agora, as formas, estratégias para a concretização de políticas públicas de efetivação dos direitos fundamentais sociais nesse contexto.

4 ESTRATÉGIAS PARA A CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

De forma exemplificativa, menciona-se que se verifica a questão da omissão das políticas públicas que leva o controle pelo Poder Judiciário das mesmas no Recurso Extraordinário n.º 482.611/SC, do Supremo Tribunal Federal, que foi ajuizado pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra o Município de Florianópolis em virtude da omissão deste Município no Programa Sentinela - Projeto Acorde, que envolve o direito de proteção de crianças e adolescentes vítimas de abuso e/ou exploração sexual.

Nesse sentido, também, apresenta-se, do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, a Apelação e Reexame Necessário n. 70052281771, recurso este em face da sentença que julgou procedente a Ação Civil Pública para o fim de condenar o Município de Panambi e o Estado do Rio Grande do Sul a providenciar o transporte e tratamento médico de Almo Graeff. Nessa ação, a alegação é a mesma, ineficácia, omissão no dever de prestação de políticas públicas, no caso de acesso à saúde. O apelo foi negado.

Estas decisões mostram a importância que há de se trazer estratégias que concretizem, efetivem os direitos fundamentais sociais por políticas públicas - não se quer aqui discutir a questão da capacidade do Poder Judiciário realizar ou não o controle de políticas públicas, mas da eminência de frente as decisões que declaram a ineficácia, omissão de políticas públicas, trazer estratégias para minimizar esses efeitos.

Todavia, antes disso, reprisa-se a importância que há o “custo” desses direitos nessa efetivação. Como foi dito, os direitos sociais são caros, é preciso haver dinheiro nos cofres públicos para que estes se concretizem - daí o porquê do estudo da questão do embate entre o mínimo existencial e a reserva do possível, onde se observou que não é a mera alegação de falta de recursos que irá haver a prevalência deste princípio, ele não poderá autorizar a infringência dos direitos fundamentais, o mínimo existencial deve ser respeitado. Nesse sentido, observa-se:

Já no que diz aos direitos sociais a prestações, seu “custo” assume especial relevância no âmbito da eficácia e efetivação, significando, pelo menos para grande parte da

doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se aloque algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas. (FIGUEIREDO; SARLET, 2008, p. 28)

Sabe-se que o Estado dispõe de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações definidas pelas normas de direitos fundamentais sociais, sendo que a limitação de recursos é um limite fático à efetivação desses direitos mediante políticas sociais (FIGUEIREDO; SARLET, 2008). Dessa forma, a disponibilidade de recursos financeiros pode ser compreendida como uma das principais condições para que haja políticas públicas de efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Prosseguindo, então, mas alerta-se que de maneira não exaustiva, pretende-se, frente aos pressupostos lançados referentes à fundamentalidade dos direitos sociais e seus responsáveis e as principais questões que envolvem as políticas públicas de direitos fundamentais sociais, trazer algumas formas, estratégias de efetivação dos direitos fundamentais sociais mediante políticas públicas.

Como primeira das estratégias refere-se ao fato de que se sabe que as reservas são escassas, assim sendo, para se dar efetividade as políticas públicas nesse cenário de escassez é preciso “uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público” (FIGUEIREDO; SARLET, 2008).

Nesse sentido, os atores sociais devem estar comprometidos com a implementação de políticas públicas e estas também devem estar comprometidas com as reais necessidades desta sociedade e só assim as ações estatais irão diminuir a tensão entre validade e facticidade que envolve Estado e Sociedade Constitucional e o Estado e Sociedade Real no Brasil (LEAL, 2009).

A sociedade deve participar desde a deliberação ao controle dessas políticas públicas. Vários são os mecanismos nesse sentido: a própria eleição; o plebiscito, o referendo e projetos de leis de iniciativa popular; a instituição de conselhos de gestores com representação na sociedade civil; a participação popular em conferências de políticas públicas; as audiências públicas; fóruns temáticos condizentes as políticas públicas; entre tantas outras (CUSTÓDIO, 2013).

Pode-se citar, ainda, como formas de realizar o controle das políticas públicas, a atuação das organizações não governamentais nos espaços públicos não estatais, tais como ONGs, sindicatos, movimentos sociais, meios de comunicação, universidades, audiências públicas e conferências (CUSTÓDIO, 2013).

Em alçada judicial, mecanismos de controle de políticas públicas também são encontrados, como as ações civis públicas, as ações coletivas, o instituto do *amicus curiae*

– que terá sua atuação abrangida pelo Novo Código de Processo Civil – e as audiências públicas que hoje ocorrem em nível de Supremo Tribunal Federal.

Outra estratégia, relaciona-se à diversidade e a transversalidade de políticas públicas, ou seja, devem-se considerar também tais princípios nas dimensões de desenvolvimento humano e de espaço regional. A diversidade reflete na preocupação de reconhecer a diversidade etária, étnico-racial, de gênero, orientação sexual, origem regional e de espaço territorial que irão incidir na efetivação, eficácia, qualidade e acessibilidade das políticas públicas (CUSTÓDIO, 2013).

Quanto à transversalidade, Costa (2013) menciona que aos atores que normalmente estão incluídos no processo de elaboração de políticas públicas, deve-se inserir, necessariamente, uma perspectiva de gênero. E, mais:

Não se detende a ideia de que, dentro do Ministério A ou B se crie uma política específica para as mulheres, ou que, entre os cargos de um determinado Ministério, se inclua um porcentual “X” de mulheres. A ideia da transversalidade das políticas de gênero, é no sentido de que todas as políticas públicas que sejam implementadas tenham uma perspectiva de gênero, que exista desde o momento da identificação de um problema, a consciência de que este problema possa afetar de maneira diferente a homens e mulheres e que, portanto, as soluções também possam ter um impacto diferente (COSTA, 2013, p. 208)

Ainda, outra estratégia a ser mencionada, é a questão da permanência das políticas públicas, que impõe a responsabilidade aos gestores públicos com a não interrupção dos programas, projetos, serviços, ações e benefícios. É necessário estabelecer permanência nas políticas públicas, para que as formas de atendimento a população não sejam substituídas ou simplesmente excluídas, por exemplo, em cada mudança de governo (CUSTÓDIO, 2013).

Igualmente, como estratégia, verifica-se o princípio da imperatividade, princípio este que dispõe que uma vez as políticas públicas deliberadas, elas impõem obrigações e responsabilidades compartilhadas entre os entes públicos e privados em sua concretização. Assim sendo, o processo deliberativo das políticas públicas substitui a discricionariedade do administrador público e dos dirigentes institucionais privados, isto quanto à possibilidade de escolha sobre a formulação e implantação das políticas públicas, vindo a vincular as suas ações e instituindo o agente no papel de seu executor (CUSTÓDIO, 2013).

Como última forma de estratégia, traz-se à cooperação, sim, a cooperação entre sociedade e Estado, entre as três esferas de governo – federal, estadual e municipal –, entre os Poderes estatais – Poder Executivo, Legislativo e Judiciário –, e entre os Poderes estatais e os atores sociais.

Nesse sentido, assevera-se que “os direitos fundamentais demandam, sempre, uma realização cooperativa, devendo serem forjados a partir de um espaço público comum e um modelo politicamente organizado de sociedade” (LEAL, 2009). Somente através da cooperação é que as políticas públicas irão conseguir efetivar os direitos fundamentais sociais,

a sociedade e o Estado, estes devem estar juntos para alcançar uma vida digna aos seus cidadãos, para que o mínimo existencial seja concretizado, todos são responsáveis pela efetivação dos direitos sociais.

Essas são algumas das formas, estratégias apresentadas a fim de que existam políticas públicas que efetivem os direitos sociais fundamentais, o que irá diminuir o controle de tais políticas públicas, pois, como fundamentais tais direitos são responsabilidade da sociedade como um todo e do Estado.

5 CONCLUSÃO

Hodiernamente, tem-se como certa a fundamentalidade dos direitos fundamentais sociais, estes que possuem uma estrutura própria, pois, ao mesmo tempo em que configuram direito de defesa, são de prestação. E, justamente, é pela prestação que esses direitos reclamam que vem a questão da responsabilidade da mesma, que conforme já declarado pelo Supremo Tribunal Federal, corresponde não só ao Estado, mas, também, à sociedade. As políticas públicas de direitos fundamentais diferenciam-se dos direitos fundamentais sociais, todavia, nesse âmbito, deve-se ter o cuidado para não se cair na reversibilidade das prestações sociais. Frente a tudo isso, é de grande importância à questão do “custo” desses direitos, onde se viu que a mera alegação de recursos escassos por parte do Estado não pode levar a infringência dos direitos fundamentais sociais, o mínimo existencial carece de proteção. Nesse contexto todo, verificam-se estratégias para concretização dos direitos fundamentais sociais mediante políticas públicas, como: a participação social, a diversidade e a transversalidade de políticas públicas, a permanência das mesmas, a imperatividade, a responsabilidade em sua execução e a cooperação entre os poderes e atores sociais. Assim, no atual contexto de controle de políticas públicas e manifestas alegações de omissões e ineficácia das mesmas, buscou-se elencar algumas formas, estratégias que visam a minimizar tais efeitos.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Direitos sociais são exigíveis*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOLESINA, Iuri. O mínimo existencial enquanto critério para o controle jurisdicional de políticas públicas: análise teórica e crítica de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 2013. 179 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação normativa da “constituição social”). In: _____. et. al. (Org.) *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Marlei Marlene Moraes da. A transversalidade das políticas públicas na perspectiva de gênero. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

CUSTÓDIO, André Viana. Avanços e obstáculos à concretização das políticas públicas sociais no Brasil. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, I. W; TIMM, L.B (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LEAL, Rógerio Gesta. *Condições e possibilidade eficácias dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não-reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In.: SARLET, I. W; TIMM, L.B (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.