

A efetividade dos Direitos Sociais no Brasil: comentários sobre o papel do Judiciário

**Mário Sérgio Falcão Maia e
Hertha Urquiza Baracho***

Resumo: Recorre-se cada vez mais ao judiciário para que este garanta a efetividade dos direitos sociais contidos na Constituição brasileira de 1988. Trata-se de uma atuação baseada nos “valores” positivados na Lei Maior nacional, assim, o judiciário atua numa esfera diferente daquela que lhe fora tradicionalmente reservada pelo Estado liberal. Esse trabalho tem como objetivo analisar diferentes aspectos dessa atuação mostrando alguns obstáculos e os desenvolvimentos da doutrina que a tornam possíveis, sem nunca perder de vista as particularidades brasileiras.

Palavras-chave: Direitos sociais. Efetividade. Judiciário.

Abstract: Nowadays people go the judiciary in order to guarantee the effectiveness of the social rights contained in the Brazilian Constitution of 1988. It is expected that the judiciary acts based in “values” contained in the Constitution, thus, it acts in a different sphere from the one traditionally reserved to it in a liberal State. The objective of this work it is to analyze some different aspects of this judiciary performance, showing the obstacles and the developments of the doctrine that makes it possible, always focus on the Brazilian’s social particularities.

Key words: Social rights. Effectiveness. Judiciary.

1 Introdução

O Estado social foi constitucionalmente introduzido no Brasil a partir de 1934, quando foram inseridos na nossa Lei Maior princípios capazes de ressaltar a importância do social¹. Esse modelo estatal foi positivado em diversas constituições ao longo do século passado — principalmente depois do segundo Pós-guerra – e tem como uma de suas características o compromisso² firmado entre aqueles que não se beneficiavam da igualdade formal do estado liberal burguês e aqueles para quem

* Respectivamente, aluno e professora do PPGCJ – Área de Concentração em Direito Econômico.

¹ BONAVIDES, 2006, p. 366.

² Idem, p. 232.

esse modelo estatal bastava. Os direitos sociais (inicialmente positivados em normas programáticas) representam a face desse compromisso.

Portanto, desde a primeira metade do século passado, existe no Brasil o esforço para que esses direitos constitucionalmente garantidos sejam efetivos. Trata-se da conhecida busca da aproximação possível entre o “dever ser” normativo e o “ser” da realidade social.

Atualmente, apesar do rico conteúdo social da atual Carta Magna nacional, o problema da falta de efetividade dos direitos sociais persiste no contexto brasileiro. Mesmo com as desigualdades gritantes e com o número de pessoas vivendo na pobreza, o Brasil não consegue ultrapassar a igualdade formal — garantida pelo estado liberal — e alcançar uma igualdade material almejada pelo modelo normativo adotado pela Constituição de 1988.

A garantia dos direitos sociais, que já era um desafio para os países “em desenvolvimento” em época de Estado forte, agora parece ainda mais, considerando-se as idéias liberais, que, depois da queda do muro, revigoraram-se. Assim, no que diz respeito à possibilidade de existência de um Estado social brasileiro em época de globalização de capitais, importa-nos dizer que a luta não é pela efetivação de um Estado social como a Europa do Pós-guerra, mas de buscar avanços sociais sem perder de vista as particularidades brasileiras³.

Desse modo, sem desconsiderarmos a importância da luta política, mas diante de um quadro social “emergencial” perguntamos: qual o papel do Judiciário na busca pela efetividade dos direitos sociais? Trata-se — para usar expressão conhecida — de buscar a força normativa da Constituição brasileira, que precisa ser afirmada tendo em mente a realidade social, as particularidades da nossa constituição e a história nacional.

É na resposta à pergunta formulada que nos concentraremos, ou melhor, é na elaboração de alguns comentários que possam ajudar na reflexão sobre o tema que nos deteremos.

Inicialmente trataremos da definição e contextualização do Estado social, atentando para a relação existente entre este modelo estatal e os direitos sociais. Continuaremos abordando a questão da fundamentalidade dos direitos sociais no Brasil e os problemas na garantia de efetividade dos mesmos num mundo globalizado.

Depois serão feitos alguns comentários sobre a atuação do judiciário brasileiro na busca de efetividade desses direitos, abordando os obstáculos as justificativas e os avanços dessa atuação sempre à luz do disposto nos documentos normativos nacionais e internacionais.

Por fim serão brevemente analisados dois instrumentos jurídicos previstos pela Constituição de 1988 com o objetivo de garantir a sua realização, a Ação Direta

³ Sobre as perspectivas na década de 1990, dizia-nos Sonia Draibe: “Aparentemente, mais uma vez, segundo a alternativa mais promissora, esse nosso País trilhará o caminho dos países capitalistas desenvolvidos, sem, contudo, repetir todas as suas fases e modelos. No cenário mais otimista, ajustaremos nosso futuro estado de bem-estar às características que os *Welfare States* parecem estar adquirindo nestas últimas décadas do século: a definição de um patamar mínimo de prestações sociais universais, mas possivelmente menos generoso do que aquele que aparentemente se prometeu no passado.” (DRAIBE, 1990: 62).

de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

2 O Estado Social

O Estado social pode ser definido como aquele modelo estatal que garante aos seus cidadãos o mínimo material para que se tenha uma existência digna, ou seja, assegura tipos mínimos no que se refere a moradia, saúde, educação, alimentação⁴. Corresponde, portanto, ao modelo alcançado por aqueles Estados que conseguiram dar um mínimo de efetividade aos direitos normalmente chamados de econômicos e sociais.

Esse modelo estatal teve início no começo do século passado com as Constituições do México, em 1917, e da Alemanha, em 1919, essa última, inclusive, foi uma forte inspiração para a Constituição brasileira de 1934⁵, representando a inclusão de um novo rol de direitos (sociais) às cartas constitucionais nacionais. Na Europa, foi fruto das pressões exercidas por aqueles que não se beneficiavam do Estado liberal e que passaram a poder se expressar através do voto.

No Brasil, o modelo de bem-estar foi constitucionalizado a partir de 1934 e, diferentemente da Europa, foi positivado sem grandes pressões populares. Desde então, iniciou-se uma batalha pela realização das promessas positivadas que dura até os dias atuais. Os direitos sociais que lastreiam esse modelo estatal foram inicialmente colocados em bases programáticas, em normas que necessitavam de uma integração por parte do legislador ordinário. Atualmente grande parte desses direitos, apesar do desenvolvimento das leis infraconstitucionais, não se tornou realidade.

Para entendermos essa situação, devemos lembrar que, para que esses direitos sejam efetivos, devemos ter um Estado capaz de **fazer**. Os direitos que antes se realizavam “contra” o Estado passaram a se realizar “através” dele, a cobrança é agora por prestações positivas. Assim, para que possamos falar em efetividade, o Estado deve atuar não simplesmente editando leis, mas também aumentando a densidade das normas instituidoras de direitos sociais através da realização de políticas públicas. Dessa forma, destaca-se o combate à omissão estatal como condição para essa efetividade.

Portanto, no Brasil, estamos na espera a mais de setenta anos pela realização das promessas de modernidade colocadas pelas nossas constituições sociais. A Constituição de 1988 no seu artigo primeiro define o Brasil como um Estado Democrático de Direito, nesse que é, nas palavras de Lenio Streck, um *plus* normativo em relação às duas formas anteriores de Estado de Direito⁶, isto é, um modelo estatal que garante os direitos e liberdades individuais e que também garante os direitos de bem-estar, não se confundindo com o estado totalitário. Vejamos:

⁴ Cf. WILENSKY *apud* BOBBIO, 2004, p. 416.

⁵ Cf. BONAVIDES, 2006, p. 366.

⁶ STRECK, 2004, p. 808

O Estado social da democracia distingue-se, em suma, do Estado social dos sistemas totalitários por oferecer, concomitantemente, na sua feição jurídico-constitucional, a garantia tutelar dos direitos da personalidade⁷.

Relativamente ao primeiro grupo de direitos, houve um avanço com a superação da ditadura militar na década de 1980, porém o segundo grupo de direitos ainda representam para grande parte da população uma realidade distante.

2.1 Direitos sociais fundamentais no Brasil

O desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais sociais ganha importância, se lembramos que, apesar da tentativa da ONU⁸, nunca se chegou a um consenso sobre os direitos fundamentais⁹. Assim é possível dizer que o *status* jurídico diferente dos direitos de liberdade e de igualdade traduz uma das “questões abertas”¹⁰, quando se trata dos direitos humanos.

Para que se possa compreender a fundamentalidade dos direitos sociais no nosso país, é preciso que não percamos de vista o entendimento de que “[...] sob o ordenamento jurídico-positivo vigente, existe uma realidade que inicialmente o produz, que posteriormente o mantém, que o vai reelaborando e que o condiciona a todo o momento”¹¹. Portanto, os direitos considerados fundamentais em um determinado ordenamento jurídico expressam os valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada¹².

Então, ao considerarmos a realidade brasileira de extrema desigualdade e pobreza, parece-nos adequado afirmar que, no Brasil, os direitos sociais fazem parte do núcleo mais importante de direitos protegidos pelo Estado democrático, juntamente com os direitos civis e políticos. Assim, se o Estado de Bem-Estar Social surgiu numa Europa “de austeridade”¹³ ele deve se firmar num Brasil de desigualdade.

Porém, se esquecêssemos a contextualização de tempo e espaço feita nas linhas anteriores e buscássemos uma fundamentação no Direito positivo, encontraríamos alguns elementos que facilitariam o entendimento dos direitos sociais como fundamentais.

Primeiramente vejamos que a **Declaração Universal dos Direitos Humanos** promulgada em 1948 procurou contemplar os direitos humanos¹⁴ sem marcar uma distinção geracional. Esse entendimento foi dificultado nos anos que se seguiram a essa promulgação pela profunda divisão mundial em dois blocos econômicos —

⁷ BONAVIDES, 2004, p. 204.

⁸ Refere-se à **Declaração Universal** de 1948.

⁹ TOSI *apud* LYRA, 2006, p. 198.

¹⁰ Apontamentos da disciplina Democracia, Cultura Política e Direitos Humanos, do Mestrado em Direitos Humanos na UFPB, no semestre 2007.1, ministrada pelo prof. Giuseppe Tosi.

¹¹ RECASÉNS SICHES, 1965, p. 709

¹² SARLET, 2006, p. 71.

¹³ MARSHALL, 1967: 200.

¹⁴ Para um esclarecimento sobre os conceitos de direitos fundamentais e direitos humanos, cf. SARLET (2006, p. 36-42).

capitalismo e socialismo¹⁵. Com o fim da Guerra Fria, esse entendimento (não geracional) foi reafirmado a partir de 1993, com a realização da II Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena¹⁶.

Passando ao direito nacional, é possível encontrar, na Constituição de 1988¹⁷, elementos que justificam essa importância dos direitos sociais no Brasil, citaremos três.

O primeiro é justamente o modo — ou mais precisamente o lugar — que esses direitos foram positivados. Eles se encontram elencados — principalmente — no título II: “dos direitos e garantias **fundamentais**”. Portanto, de maneira suficientemente clara.

Em segundo lugar, reafirmando a importância desse grupo de direitos, a Constituição no §1º do Artigo 5º afirma que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”. Notemos que esse reforço na eficácia jurídica foi concedido não apenas aos direitos individuais, valendo — como podemos concluir após a leitura do citado parágrafo — também para os direitos sociais¹⁸.

Percebemos o terceiro elemento a partir da seguinte pergunta: do que vale a elaboração e declaração desses direitos, se eles não se tornam realidade? Pensando nisso, a Constituição brasileira previu um amplo catálogo de instrumentos capazes de atuar na defesa e concretização dos direitos fundamentais, podemos citar, *e.g.*, o mandado de segurança, o *habeas corpus*, o *habeas data*. Para os fins aqui propostos, tem maior destaque — e maior adequação — aqueles instrumentos que foram postos pela Constituição para possibilitar o combate a omissão Estatal, como o ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Desenvolveremos esse último ponto um pouco mais no item 4.

2.2 O desafio dos direitos sociais no Brasil em época de globalização

O problema é grande e conhecido: em tempo de globalização do capital, de políticas neoliberais e de crise do Estado Providência (onde ele chegou a existir,) como realizar os direitos sociais?.

Pode-se falar de uma solução que busque combater a globalização através de um localismo capaz de fazer existir um mundo que “[...] conteria uma plethora de economias regionais (subnacionais), produzindo todos os bens essenciais da vida a

¹⁵ De acordo com Jayme Lima Júnior, “[...] a divisão do mundo em dois blocos político-econômicos fazia com que se ouvisse, no campo dos movimentos liberais capitalistas, afirmações de que os direitos humanos econômicos, sociais e culturais eram direitos ‘comunistas’, enquanto no campo dos movimentos de esquerda se ouviam afirmações de que os direitos humanos civis e políticos eram direitos ‘burgueses’” (LIMA JÚNIOR *apud* LYRA, 2002, p. 88).

¹⁶ Deve-se lembrar que “a queda do muro de Berlim, demonstrando a inexequibilidade dos regimes liberticidas, fez com que o valor da democracia passasse a ser considerado, pela esquerda, em toda parte, como ‘estratégico’” (LYRA, 2006, p. 226-227).

¹⁷ Refere-se aqui à força normativa da Constituição (HESSE. 1991, p. 19).

¹⁸ Portanto, temos aqui uma situação diferente da existente em Portugal, *p.ex.*, onde esse reforço vale apenas para os direitos liberais.

partir dos seus territórios [...]”¹⁹. Outra opção seria buscar uma globalização contra-hegemônica que, dentre outros temas, buscaria se realizar através da democracia participativa; dos sistemas de produção alternativos; do multiculturalismo, justiça e cidadania emancipatórias; da valorização e conservação da biodiversidade e do novo internacionalismo operário²⁰.

Também seria uma alternativa acreditar que dentro do contexto atual²¹,

[...] por razões históricas, a comunidade internacional deveria dedicar maior atenção aos direitos econômicos, sociais e culturais, que dizem respeito à subsistência e ao desenvolvimento dos povos dos países em via de desenvolvimento, garantindo assim que os problemas dos direitos humanos sejam enfrentados de maneira não discriminatória e não seletiva²².

As três possibilidades apontadas parecem ter algo em comum. Elas precisam de tempo — para dizer o mínimo. Assim, acreditamos que neste início de século, devido (a) ao estado de urgência brasileiro (para nos restringirmos ao campo proposto); (b) a existência de uma nova ordem guardada por organismos monetários e instituições financeiras subtraídas do controle democrático²³ e (c) a ausência de uma *cosmopolitan democracy* madura — capaz de garantir direitos a partir da aplicação dos princípios e das regras do *rule of law*²⁴ —, devemos buscar uma solução “ainda” nacional²⁵ ou regional. Preferindo uma “[...] democracia sob a supervisão de juízes constitucionais a uma sociedade civil de corporações legais [...] na qual prevalecem invariavelmente os interesses dos mais potentes e as estratégias mais inescrupulosas.”²⁶

¹⁹ DOUTHWAITE *apud* SANTOS, 2006, p. 194.

²⁰ Os temas foram colhidos em **A gramática do tempo** (SANTOS, 2006) num tópico chamado Rumo a novos manifestos. Aí afirma-se que “[...] são necessários vários manifestos, cada um deles abrindo caminhos para uma sociedade alternativa ao fascismo social [...]. [Eles] deverão focar aqueles temas e alternativas que acarretem um maior potencial para construir globalizações contra-hegemônicas nas próximas décadas.” (SANTOS, 2006, p. 218-219). De acordo com Ferrajoli, “[...] diante da crise do Estado nacional e do constitucionalismo estatal a única alternativa ao declínio do Estado de Direito e às novas formas de absolutismo do mercado e da política é um constitucionalismo sem estado, [porém,] o constitucionalismo internacional representa a perspectiva a longo prazo certamente mais difícil e improvável.” (FERRAJOLI *In* ZOLO, 2006, p. 454-455). Ainda tratando de um possível estado jurisdicional planetário, Pier Portinaro afirma que nada, na realidade, autoriza a pensar nisso. (PORTINARO *In* ZOLO, 2006, p. 484).

²¹ Ferrajoli afirma que o processo de integração econômica e política em curso é irreversível. (FERRAJOLI *In* ZOLO, 2006, p. 454).

²² ZHENGHUI *In* ZOLO, 2006, p. 988.

²³ PORTINARO *In* ZOLO, 2006, p. 486.

²⁴ Danilo Zolo afirma que “[...] hoje, no Ocidente, existe um grande número de pensadores que na lição kantiana e kelseniana, propõe a aplicação dos princípios e das regras do *rule of law* para a construção de um sistema político e jurídico global. (ZOLO, 2006, p. 68-69).

²⁵ Nesse sentido, interpretamos a afirmação de Michael Camdessus, que afirmou, no seu último discurso como diretor-gerente do FMI, que “desmantelar sistematicamente o Estado não é o caminho para responder aos problemas das economias modernas[...]” (*Apud* PIOVESAN *In* BALDI, 2004, p. 70).

²⁶ PORTINARO *In* ZOLO, 2006.

A título de exemplo, válido para o caso Brasileiro, pode-se pretender aumentar a quantidade de recursos existentes combatendo a corrupção; combater a tentativa de desconstrução dos direitos sociais como tal no âmbito nacional²⁷ e - com maior cautela - racionalizar os gastos definindo prioridades a partir do conteúdo da nossa Constituição. Nesse contexto o judiciário tem um papel fundamental, como veremos.

3 O papel do judiciário na garantia de efetividade da Constituição

A idéia a ser defendida aqui é a de suporte a um judicialismo de defesa dos direitos fundamentais²⁸, que é, portanto, a de um Judiciário ativo²⁹, que, principalmente através da justiça constitucional, busca “a concretização daqueles supremos valores que, encerrados e cristalizados nas formulas das Constituições, seriam fria e estática irreabilidade”³⁰. Esse Judiciário busca na Constituição e nos números da realidade social brasileira as bases para essa atuação. É, assim, um trabalho bem localizado no tempo e no espaço: Brasil, após 1988.

Parte do que poderíamos (e de fato já o foi) chamar de situação de urgência³¹, ou seja, parte da constatação de que no Brasil ainda não foram garantidas as condições mínimas para uma existência digna³². Isso nos parece bastante claro, ou será que alguém poderia afirmar que não existem aqui milhares de pessoas sem acesso à alimentação adequada, à moradia, a um sistema de saúde pelo menos minimamente eficiente, etc.?

Pois bem, feita essa consideração inicial, devemos lembrar a existência de críticas a essa atuação, das quais citaremos duas. A primeira tem como base o princípio da separação dos poderes bem enunciado por Montesquieu e fundamental para o amadurecimento e sucesso do Estado liberal. A prevalecer o entendimento aqui colocado (Judiciário ativo), estaríamos diante de um desrespeito ao referido princípio já que o Judiciário atuaria numa esfera (política) que estaria reservada ao Legislativo.

²⁷ Sobre as tentativas de desconstrução dos direitos sociais como tal, desde 1988 até 2004. Cf. DELGADO e CASTRO, 2004:146-153.

²⁸ Cf. BONAVIDES, 2004, p. 11.

²⁹ Esse entendimento de um Judiciário ativo, ou seja, da busca de efetividade da constituição recorrendo ao Judiciário, é fortalecido ainda mais se considerarmos que, no caso brasileiro, “ainda” temos um Constituição programática. Sobre isso conferir debate em Coutinho (2005). Ainda, sobre a tentativa de se recorrer ao Judiciário para “cobrar” do Estado a realização constitucional, ver Lopes (1994, p. 129-138). O desafio atual também é apontado por José Vasconcellos dos Reis que fala da “novidade” do constitucionalismo moderno: a tentativa de concretizar as normas da Constituição (REIS, 2003, p. 244-245). Ainda sobre o tema, importante é transcrever o que diz Rodolfo Arango: “[...] se um Estado se denomina social, constitucional e democrático não se pode permitir que permaneça cego diante de situações de discriminação, marginalização e desvantagem material” (ARANGO *apud* MELLO, 2005, p. 95).

³⁰ CAPPELLETTI, 1984, p. 131; CANOTILHO, 2000, p. 863.

³¹ Cf. ARANGO *In* MELLO, 2005, p. 96.

³² Refere-se ao núcleo básico de direitos sociais tratados por CANOTILHO (2000, p. 504).

Para rebater essa crítica, vários autores³³ têm sugerido uma releitura do princípio mencionado, que perderia a sua rigidez inicial. Essa releitura é necessária, já que a “oscilação política para a igualdade [que caracteriza o Estado social], que em nosso século [XX] é, sobretudo, oscilação de cunho social e econômico, revela-se como antinomia perante a liberdade clássica, que o século XVIII conheceu”³⁴. Aqui, no Brasil, essa releitura teria como pilar a Constituição cidadã de 1988, que, por sua vez, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (Artigo 1) e, como objetivos, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (Artigo 3), essa releitura é, portanto, fruto do que se pode chamar de “eticização”³⁵ da Constituição.

Ainda no que concerne ao obstáculo acima exposto, devemos lembrar de um argumento utilizado em defesa da posição mais conservadora: não existem recursos suficientes para a garantia da efetividade dos direitos sociais³⁶, portanto, não cabe aos juízes (que não foram eleitos) tratarem sobre medidas que necessitam de um gasto orçamentário.

A situação decorrente desse limite no orçamento convencionou-se chamar de reserva do possível, numa adaptação de um *tópos* da jurisprudência constitucional alemã³⁷. Diante da situação de escassez de recursos alegada e das políticas neoliberais, não se pode negar a existência de uma crise que afeta principalmente os países periféricos. Portanto, é justamente nessa situação que se mostra indispensável “una protección iusfundamental de las posiciones sociales, por más mínima que ella sea”³⁸.

Diante desse quadro, vale a pena verificar o raciocínio elaborado por Andreas Krell³⁹ — referenciando alguns autores⁴⁰. De acordo com ele, se condicionarmos a realização dos direitos sociais à existência de “caixas cheias”, estaríamos reduzindo a eficácia desses direitos a zero, pois essa subordinação a condicionantes econômicos condena-os a ser considerados direitos de segunda categoria. “Assim a discussão

³³ Cf., dentre outros, Piovesan (2003, p. 168) e Bonavides (2004, p. 66-73). Canotilho, referenciando vários autores afirma: “Hoje, tende a considerar-se que a teoria da separação dos poderes engendrou um mito” (CANOTILHO, 2000, p. 114). Entendemos como a favor da releitura também o Ministro Celso de Mello, que, na decisão monocrática na ADPF 45, disse: “Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, **a dimensão política** da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo **de tornar efetivos** os direitos econômicos, sociais e culturais”.

³⁴ BONAVIDES, 2004, p. 66. Rodolfo Arango lembra que “[...] os direitos sociais são a pedra fundamental da delimitação entre as decisões constitucionais e a política, uma vez que o seu reconhecimento judicial afeta tanto a política econômica, como a competência legislativa” (ARANGO *apud* MELLO, 2005, p. 89). Paulo Bonavides lembra que a “face moderna das Constituições é indubitavelmente programática” e que o campo representado por esse tipo normativo é onde mais “fluidas e incertas são as fronteiras do direito com a política” (BONAVIDES, 2006, p. 244-245).

³⁵ Cf. PORTINARO *apud* ZOLO, 2006, p. 482-483.

³⁶ Não custa lembrar que, de acordo com Holmes e Sunstein (1999), os direitos liberais custam tanto — em termos financeiros — quanto os direitos do Estado de bem-estar: “Rights cost money. [...] This is just as true of old rights, as of new rights, of the rights of americans before as well as after Franklin Delano Roosevelt’s new deal.” (HOMES; SUNSTEIN, 1999, p. 15).

³⁷ KRELL, 2002, p. 52.

³⁸ ALEXY, 1993, p. 496.

³⁹ KRELL, 2002.

⁴⁰ Os autores são Görg Haverkate e Victor Abramovich e Christian Courtis.

européia sobre os limites do Estado social e a redução de suas prestações [...] não pode absolutamente ser transferida para o Brasil onde o Estado Providencia nunca foi implantado”⁴¹.

Desse modo, nunca é demais afirmar que se busca, na Constituição e na realidade social nacional, a legitimidade para uma atuação mais incisiva do Judiciário. Se os tribunais não possuem uma legitimidade democrática formal, eles têm uma legitimidade democrática substancial, já que eles asseguram direitos fundamentais⁴². Então, seguimos para a crítica posterior, que é, na verdade, uma consequência do raciocínio acima exposto. Ela pode ser formulada com a seguinte pergunta: como propor critérios claros para a atuação do Judiciário, se, em grande parte, as normas definidoras das bases e dos fins do Estado democrático (e social) brasileiro são normas de uma redação mais aberta⁴³?

De fato, atualmente prevalece o entendimento de Constituição como um sistema aberto de regras e princípios (normas). Esses últimos têm redação mais aberta e não se submetem à regra do “tudo ou nada”⁴⁴. Essa construção foi utilizada pelas constituições do século XX numa tentativa de positivizar “valores” num irônico retorno ao jusnaturalismo com os instrumentos do positivismo jurídico⁴⁵. Assim afirma Carla Faralli que

[...] a crise do positivismo jurídico levou à superação da rígida distinção entre direito e moral e à conseqüente abertura do debate filosófico-jurídico contemporâneo aos valores ético-políticos. Essa abertura teve vários resultados, dentre os quais os mais significativos parecem ser as chamadas teorias constitucionalistas ou neoconstitucionalismo e a nova teoria do direito natural.⁴⁶

Portanto, a valorização dos princípios tornou possível a superação do legalismo positivista, ao mesmo tempo em que tornava possível a construção de ordenamentos jurídicos que tivessem como fundamento a idéia de dignidade humana.

Nesse contexto, busca-se definir quais os métodos de interpretação capazes de guiar a atuação do Judiciário, evitando que os seus integrantes atuem simplesmente de acordo com as suas convicções pessoais.

Esse é, sem dúvida, assunto dos mais espinhosos, mas aqui importa dizer que, dentro da perspectiva dessa nova hermenêutica, destaca-se a tentativa do professor

⁴¹ KRELL, 2002, p. 54

⁴² Cf. YEPES, 2007, p. 66.

⁴³ Sobre a base principal do Estado social, na doutrina, cf. BONAVIDES (2004, p. 9); no direito positivo, cf. o título I da Constituição brasileira atual que trata dos princípios fundamentais.

⁴⁴ De acordo com Dworkin “ As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e nesse caso em nada contribui para a decisão.” 2002:39.

⁴⁵ Cf. CAPPELLETTI, 1984, p. 129-130. Interessante também atentar para o que nos diz Bonavides: “O ocaso das regras e dos códigos teve por seguimento a aurora dos princípios e das Constituições.” (BONAVIDES, 2004, p. 8).

⁴⁶ FARALLI, 2006: 11.

alemão Friedrich Muller de trabalhar um método de interpretação que tem o objetivo de, nas palavras de Paulo Bonavides⁴⁷, “estruturar e racionalizar o processo de concretização da norma, de modo que a atividade interpretativa [...] possa com a racionalização metodológica ficar vinculada, não se dissolvendo, por conseguinte o teor de obrigatoriedade ou normatividade da regra constitucional”⁴⁸.

Por outro lado lembra o autor alemão que

[...] metódicas jurídicas não fornecem à ciência jurídica e as suas disciplinas setoriais um catálogo conclusivo de técnicas de trabalho inquestionavelmente confiáveis nem um sistema de hipóteses de trabalho que podem ser aplicadas genericamente e devem ser tratadas canonicamente⁴⁹.

4 Instrumentos jurídicos de cobrança

Importa-nos agora tratar de alguns instrumentos jurídicos previstos pela Constituição brasileira com o objetivo de garantir a sua efetividade, ou seja, com o intuito de certificar-se que os direitos ali enunciados não se tornariam meras promessas. Claro que, numa análise ampla, podemos visualizar a defesa da Constituição em grande parte das ações propostas perante o Judiciário. Portanto, devemos inicialmente nos concentrar na definição de alguns parâmetros para a realização do nosso trabalho.

O que estamos buscando aqui é analisar brevemente alguns instrumentos jurídicos de cobrança estatal que possam ser usados de maneira eficaz como garantidores da efetividade dos direitos sociais⁵⁰. Assim, resta-nos definir três pontos: instrumentos jurídicos, maneira (ou uso) eficaz e efetividade.

A primeira dificuldade pode ser facilmente ultrapassada se entendermos instrumento como “recurso empregado para alcançar um objetivo⁵¹”, ou seja, o instrumento jurídico aqui tratado é o *meio* de cobrança previsto pela Constituição brasileira de 1988 com o objetivo de garantir a sua efetividade.

Para que possamos entender o que é a “maneira eficaz” aqui tratada, devemos primeiro observar o significado da palavra eficaz aqui utilizada⁵². Eficaz é aquilo que “que produz o efeito desejado⁵³”; portanto, verifica-se esse uso ou maneira eficaz

⁴⁷ BONAVIDES, 2006.

⁴⁸ BONAVIDES, 2006, p. 499.

⁴⁹ MÜLLER, 2005, p. 1.

⁵⁰ Assim, estamos nos concentrando na questão já enunciada por Bobbio, quando diz: “Com efeito, o problema que temos diante de nós [proteção dos direitos humanos] não é filosófico, mas jurídico [...]. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e o seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.” (BOBBIO, 1992, p. 25)

⁵¹ FERREIRA, 1989.

⁵² Observa-se que aqui não está se buscando — ainda — na literatura jurídica a definição de eficácia, nem jurídica, nem social. Sobre essa última, conferir o parágrafo seguinte.

⁵³ FERREIRA, 1989.

quando se pode observar uma relação direta entre: utilização do instrumento jurídico — ação (ou abstenção) estatal.

Já, no que diz respeito à terceira definição, devemos dizer que efetividade aqui é sinônimo de eficácia social, que, de acordo com José Afonso, “[...] designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada, é o que tecnicamente se chama de efetividade da norma”⁵⁴. Marcelo Neves complementa o entendimento dizendo que “[...] a efetividade se refere à implementação do ‘programa finalístico’ que orientou a atividade legislativa, isto é, a concretização do vínculo ‘meio-fim’ que decorre abstratamente do texto legal”⁵⁵. Portanto, norma efetiva aqui considerada é aquela obedecida e aplicada. Além disso, devemos verificar se, como resultado dessa obediência e aplicação, constatamos que o meio (norma) nos leva até o fim almejado (programa finalístico).

A atual Carta Magna prevê vários instrumentos que podem ser acionados para a defesa e concretização dos direitos fundamentais, entretanto, escolhemos apenas dois deles para comentar nas linhas seguintes: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Esses instrumentos foram escolhidos pois quando utilizados, beneficiam um grande número de pessoas (eficácia *erga omnes*); são julgados diretamente pelo Supremo Tribunal Federal (controle concentrado; segurança) e foram previstos (expressamente) para o combate a omissão estatal⁵⁶. São, portanto, capazes de iniciar um diálogo entre sociedade civil e o Judiciário⁵⁷. Vejamos:

4.1 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A Ação Direta de Inconstitucionalidade é uma nova modalidade de controle abstrato de constitucionalidade introduzido pela Constituição de 1988, que, nesse particular, foi buscar inspiração na Carta Magna portuguesa de 1976. Surge com o objetivo de combater o não-surgimento de norma constitucional que deveria regulamentar o texto constitucional (omissão legislativa). É, portanto, instrumento fundamental para a concretização dos direitos sociais, que como vimos foram inicialmente previstos em bases programáticas.

São legitimados para propor a referida ação ao Superior Tribunal Federal aqueles contidos no Artigo 103 da Constituição Federal: o presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembléia Legislativa; o governador de estado; o procurador-geral da República; o Conselho

⁵⁴ SILVA, 2000, p. 65.

⁵⁵ NEVES, 1994, p. 46

⁵⁶ Além disso, no caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pode-se partir de um caso concreto.

⁵⁷ Ao tratar da justiciabilidade dos direitos sociais, Flavia Piovesan afirma: “Esse mesmo incipiente grau de provocação do Poder Judiciário para demandas envolvendo a tutela dos sociais e econômicos no Brasil reflete ainda um ‘estranhamento recíproco’ entre a população e o Poder Judiciário, tendo em vista que ambos apontam o distanciamento como um dos maiores obstáculos para a prestação jurisdicional.” (PIOVESAN, 2006).

Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Apesar de prevista para tornar efetivos os direitos elencados na Constituição, a referida ação não conseguiu atingir seus objetivos. De acordo com Luis Roberto Barroso⁵⁸, isso se deve ao posicionamento tímido do Supremo Tribunal Federal - STF, em explorar as potencialidades do instituto. Timidez essa fruto do entendimento, por parte do STF, de que se deve manter uma visão tradicional do princípio da separação dos poderes, evitando assim que a Corte exerça papel de legislador positivo e se engaje em uma judicialização da política.

4.2 Arguição de descumprimento de preceito fundamental

Apesar de prevista na Constituição de 1988, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF foi regulamentada apenas em 1999 através da Lei n. 9.882. Esse instrumento foi regulamentado para a defesa e concretização do núcleo mais importante de direitos, chamados justamente de preceitos fundamentais numa definição que ultrapassa a de regras e abarca também os princípios.

Apesar da tentativa inicial de uma legitimação ampla⁵⁹ foram legitimados para propor a ADPF os mesmos atores descritos acima quando se tratou da Ação Direta. Apesar da não-existência de rol taxativo de quais são os direitos fundamentais capazes de dar início ao uso da ADPF – caso sejam violados —, fica evidente que os direitos sociais, por serem fundamentais, podem se beneficiar do uso desse instrumento.

Muito importante é a adequação da ADPF ao combate da omissão estatal, principalmente depois que vimos que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão não surtiu os efeitos esperados. Devemos dizer que a omissão a ser combatida via ADPF não se restringe à legislativa, como no caso da Ação Direta, mas abarca também a omissão no que se refere à ausência de atos concretos, tão importantes para a garantia de efetividade dos direitos sociais.

Nesse sentido, é importante destacar a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello na ADPF 45, que afirma que

[...] a ação constitucional em referência [ADPF], considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política [...] [, caso] venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República⁶⁰.

5 Considerações finais

⁵⁸ BARROSO, 2003, p. 242

⁵⁹ Refere-se ao veto do presidente da República em artigo da Lei n. 9.882 que trata da ampla legitimação para a proposição da ADPF

⁶⁰ Informativo STF nº 407 em <http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info407.asp> na segunda-feira, 17 de setembro de 2007 - 23:46h

Devemos encerrar reafirmando o papel importante do Poder Judiciário na realização do Estado democrático (e social) brasileiro. Se nos parece difícil teorizar sobre os limites⁶¹ dessa atuação, não podemos dizer a mesma coisa quando tratamos, p.ex., de uma atuação capaz de garantir comida a um número considerável de pessoas no nosso País, ou seja, trata-se de defender uma atuação capaz de garantir aqueles direitos humanos que por alguns foram chamados de primários⁶².

Não se trata de acreditar que a solução do problema da desigualdade brasileira será resolvido exclusivamente pelo Judiciário, mas de fortalecer o canal de diálogo entre sociedade civil e Estado, a partir, principalmente, do questionamento de casos concretos. Essa é, sem dúvida, apenas uma das maneiras de fortalecer essa interação que deve acontecer permanentemente e não apenas a cada quatro anos⁶³.

Longe também deve estar o esquecimento ou enfraquecimento da luta no campo político. Deve ser fortalecida⁶⁴, garantindo a existência de instrumentos jurídicos de cobrança estatal eficazes, prontos para serem utilizados, principalmente por aqueles grupos que tem maior dificuldade de “se fazer ver” numa democracia formal como a do Brasil atual.

Para que isso ocorra, é necessário que exista uma interpretação progressista por parte do Supremo Tribunal Federal no sentido de fortalecer as possibilidades de uso dos instrumentos jurídicos de cobrança estatal previsto pela Constituição brasileira de 1988⁶⁵, que, nesse sentido, representa um importante avanço histórico, que traz, pela primeira vez, instrumentos previstos, expressamente, para o combate à omissão estatal.

⁶¹ Cf. ADEODATO *apud* BITTAR, 2006. Também ARANGO *In* MELLO, 2005: 97-101.

⁶² Li Zhenghui e Wang Zhenmin defendem que os direitos à subsistência e ao desenvolvimento são direitos humanos primários, o primeiro é definido como “[...] o direito que qualquer um tem de usufruir de condições livres e iguais de vida, que incluem tanto as condições políticas da não-violação da segurança de sua vida, quanto às condições sociais para um nível de vida mínimo” (ZHENGHUI; ZHENMIN *apud* ZOLO, 2006, p. 988).

⁶³ Nesse sentido, Willis Santiago afirma que o processo judicial que se instaura mediante a propositura de determinadas ações — principalmente os de natureza coletiva e/ou de dimensão constitucional — torna-se um instrumento privilegiado de participação política e exercício permanente da cidadania. (GUERRA FILHO, 2007, p. 25).

⁶⁴ Nesse sentido, Rodrigo Yepes referencia que “[...] uma judicialização da política, em especial aquela ligada a luta pelos direitos, pode também funcionar, por mais paradoxal que pareça, como um mecanismo de mobilização social e política, na medida em que permite dar poder a certos grupos sociais e facilitar-lhes sua ação social e política.” (YEPES, 2007, p. 66). Também Cass R. Sunstein quando trata da necessidade de uma proteção constitucional ao mínimo de direitos sociais (minimal socio-economic rights) quando existem problemas na vida política, assim vejamos “The basic reason for constitutional guarantees is to respond to problems faced in ordinary political life. If minimal socio-economic rights will be protected democratically, why involve the Constitution? The best answer is that to doubt the assumption and to insist such rights are indeed at systematic risk in political life, especially because those who would benefit from them lack political power. It is not clear if this is true in every nation. But certainly it is true in many places” . SUNSTEIN, 2001:3.

⁶⁵ Visualizamos de positivo, nesse sentido, p. ex, as discussões nas ADPFs 4 e 45, também no mandado de injunção 670.

6 Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BITTAR, Eduardo C. B. (Org.) *Direitos Humanos Fundamentais: posituação e concretização*. São Paulo: Edifício, 2006.
- BALDI, César Augusto (Org.) *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *et al. Dicionário de política*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2 ed. Porto Alegre: SAFE, 1992.
- CASTRO, Jorge Abrahão. DELGADO, Guilherme Costa. Direitos sociais no Brasil sob risco de desconstrução. In: *Políticas Sociais: acompanhamento e análise*. Brasília: IPEA, pp. 146-153.
- COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (Orgs.). *O estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DRAIBE, Sônia Miriam. (1990). As Políticas Sociais Brasileiras: diagnósticos e perspectivas. In: *Para a Década de 90: prioridades e perspectivas de políticas públicas*. Brasília: IPEA/IPLAN, v.4, pp. 1-63.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: RCS, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 1999.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: SAFE, 2002.

LYRA, Rubens Pinto (Org.). *Direitos humanos: os desafios do século XXI*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

_____. (Org.). *Estado e cidadania: de Maquiavel à democracia participativa*. João Pessoa: UFPB, 2006.

MARSHALL, T.H.. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Rumo, 1967.

MELLO, Cláudio Ari (Coord.). *Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Advogado, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2005.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, ano 8, n. 15, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id491.htm>>. Acesso em 03 set. 2007.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado de sociologia*. Rio de Janeiro: Globo, 1965. v. II.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. Vol. 4. São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNSTEIN, Cass R., "Social and Economic Rights? Lessons from South Africa" (May 2001). U of Chicago, Public Law Working Paper No. 12; U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 124. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=269657>>. Acesso em: 10 de setembro de 2007.

YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 6. Disponível em: < www.surjournal.org >. Acesso em: 14 set. 2007.