

## O Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais

Haveremos de falar, hoje, sobre o desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais no Brasil contemporâneo. O tema é da maior importância, seja do ponto de vista da realidade social (e o professor José Afonso da Silva já foi enfático ao tratar da matéria), seja do ponto de vista da teoria constitucional. Afinal, quando falamos em direitos fundamentais sociais, especialmente aqueles exigentes de uma atuação positiva do poder público, nós falamos de constituição, falamos de democracia, de igualdade, de separação de poderes, em síntese, falamos do Estado de Direito.

Instigante, o desafio em questão precisa ser urgentemente enfrentado. Porque a de 1988 é uma Constituição que, na história do constitucionalismo brasileiro, inova e inova muito neste particular. Se é certo que as constituições anteriores trataram de uma dimensão ou outra da atuação estatal nos domínios social e econômico, se é certo que já a Constituição de 1824 prometia (promessa não cumprida) o ensino básico, e aqui ficamos atrás da Argentina que, ainda no século XIX, universalizou o ensino, ao contrário de nós, que durante o império fomos capazes de construir umas poucas escolas públicas, sediadas especialmente no Rio de Janeiro; se é verdade que as constituições que apareceram depois da Revolução de 30 incorporaram capítulos destinados à atuação do Estado no campo econômico, social e cultural, não é menos verdade que a Constituição de 88 muda, e muda radicalmente neste particular. E muda a Constituição porque muda a concepção geral a propósito do papel do Estado e do discurso constitucional.

Tomamos em 1988 as rédeas do nosso destino. Definimos que haveríamos de formar uma nova comunidade republicana. Uma comunidade repu-

blica integrada por todos os brasileiros e estrangeiros, residentes nesse imenso país. Seríamos capazes de definir numa Carta quais seriam os princípios que presidiriam a nossa convivência. Quais seriam os objetivos fundamentais desta sociedade que se articulava e que buscava um mundo novo com muita esperança. Definimos, ao mesmo tempo, quais eram os direitos fundamentais que nós certamente iríamos defender e defender ainda que fosse na trincheira. Queríamos, naquele momento, construir uma sociedade livre, justa e solidária. Para a realização desses princípios, objetivos e direitos fundamentais, organizamos o Estado brasileiro. Que talvez não tenha sido, no que concerne ao modo de conformação de seu aparelho administrativo, o melhor Estado, concebido a partir das melhores fórmulas. Sim, pois a Constituição foi elaborada antes das surpreendentes mudanças pelas quais passaram o mundo ultimamente, motivo pelo qual as condições estruturais para a realização do discurso constitucional igualmente mudaram (de modo veloz). De qualquer modo ficou acertado naquele momento que o Estado seria o instrumento da comunidade republicana brasileira para a construção da sociedade livre, justa e solidária. Uma sociedade presidida por aqueles princípios, contaminada por aqueles objetivos, e ao mesmo tempo preservando aqueles direitos fundamentais. O que seria o Estado, portanto, para nós o povo que estivemos na Assembléia Nacional Constituinte, por meio de nossos representantes eleitos, o que seria o Estado, cumpre repetir, senão esta máquina, esse espaço, esse instrumento voltado à realização dos princípios, a prossecução dos objetivos e a defesa intransigente dos direitos fundamentais?

É para isso que presta, desde um ponto de vista jurídico, desde um ponto de vista estritamente constitucional, o Estado brasileiro. O que temos na normativa constitucional não é uma promessa vã, uma promessa inútil. É, antes, a resposta normativa à realidade crua que nós conhecíamos e não tolerávamos, porque nós queríamos — e queremos — um mundo novo, sensivelmente diferente. Reside aqui a dimensão utópica e fundante da Constituição.

Pois bem, esses princípios, esses objetivos, esses direitos fundamentais, vinculam os órgãos estatais como um todo. Vinculam, evidentemente, o Poder Executivo, que haverá de respeitar os direitos de defesa, e ao mesmo tempo propor e realizar as políticas públicas necessárias à satisfação dos direitos prestacionais. Vinculam o Legislador, que haverá de le-

gislar para, preservando esses valores e buscando referidos objetivos, proteger os direitos fundamentais, normativamente, assim como, eventualmente, fiscalizando a atuação dos demais poderes.

E, por fim, vincula também o Poder Judiciário que, ao decidir, há, certamente, de levar em conta os princípios, os objetivos e os direitos fundamentais. Os agentes públicos brasileiros estão comprometidos, estão absolutamente vinculados a esses parâmetros constitucionais, ou seja, a Constituição desde logo retirou do mundo político, da esfera da disputabilidade política, aquilo que é nuclear para nós, os integrantes da comunidade republicana brasileira.

*O que já está definido* (está-se a referir aos direitos, princípios e objetivos). *O como* (como satisfazer os direitos, princípios e objetivos fundamentais), esta, sim, é matéria residente no âmbito de decisão de natureza política. Alguns buscarão técnicas com determinada fisionomia, outros preferirão mecanismos dotados de natureza diversa. Mais intervencionista ou menos intervencionista, esses mecanismos decorrem de políticas que terão como compromisso último a satisfação dos direitos fundamentais, a consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil e, ao mesmo tempo, o respeito aos princípios fundamentais.

No que diz respeito aos direitos fundamentais sociais, eu dizia, a Constituição brasileira de 1988 inovou porque tratou da matéria não no capítulo dedicado à Ordem Econômica e Financeira ou à Ordem Social. Antes, cuidou deles enquanto verdadeiros direitos fundamentais, e não expressões de uma determinada ordem. Tratou como verdadeiros direitos fundamentais aqueles que estão contemplados no artigo 6.º: - o direito à saúde, na verdade à proteção da saúde; o direito ao trabalho, do qual o direito do trabalho é uma dimensão; o direito ao lazer, porque nem só de trabalho vive o homem; o direito à moradia, incorporado mais tarde pela Emenda Constitucional 26, de 2000; o direito à educação; o direito à previdência; o direito à segurança; o direito à assistência aos desamparados; o direito à proteção da infância e o direito à proteção da maternidade. Sim, é evidente que esses direitos residem na Carta de 1988 por conta de uma demanda social, intransigente, democrática, radical, que se expressou por meio de movimentos sociais e que conseguiu convencer o Congresso Constituinte. São, portanto, a

expressão de uma luta, de uma árdua luta, que não acabou no momento da promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988. Sim, pois a luta agora é pela efetividade desses direitos.

A questão é saber de que maneira a efetividade dos direitos fundamentais sociais pode ser alcançada. Qual é o papel do Poder Judiciário nesse campo? Qual é a importância da participação popular nesse sítio?

Aqui reside a singularidade de um direito constitucional que se faz enquanto teoria, mas que se apresenta também como pedagogia. A atividade pedagógica é fundamental para a construção de uma cultura favorável ao direito constitucional. De nada adianta contarmos com disposições constitucionais avançadas se nos mantemos num universo cultural que repele os direitos sociais. E aqui é preciso lembrar a experiência de Rui Barbosa, no contexto da primeira república. Percebendo que nossos juizes seriam incapazes de levar a termo o exercício da jurisdição constitucional, porque formados pela velha escola ligada a uma cultura européia que repelia o controle de constitucionalidade, Rui foi buscar na experiência constitucional norte-americana os exemplos capazes de convencer nossos juizes a respeito do papel a eles reservado pela Constituição republicana. Os textos que escreveu sobre a experiência jurídica norte-americana foram fundamentais para a criação de uma cultura jurídica favorável ao exercício da jurisdição constitucional pelo Judiciário. Rui, neste particular, foi menos teórico e mais pedagogo. Portanto, o papel da pedagogia constitucional, em determinadas circunstâncias, é determinante do sucesso da promessa constitucional. Ora, é nesse contexto que podemos nos perguntar o que pode fazer o Judiciário para a satisfação dos direitos sociais, porque tínhamos até recentemente, e disse-o muito bem o professor José Afonso da SILVA, uma teoria que imaginava esses direitos, ainda que afirmados na Constituição, como meras disposições programáticas, despidas, portanto, de uma eficácia propriamente jurídica, que apenas estariam a vincular o Poder Legislativo, expressando não mais do que uma promessa cujo descumprimento não desafiaria qualquer sorte de controle mais decisivo.

Pois bem, a verdade é que precisamos atuar fortemente no sentido de ilustrar o modo como pode atuar o Poder Judiciário e, ao mesmo tempo os limites de sua atuação nesse campo. Cumpre lembrar que, se temos teoria no que diz respeito à efetivação judicial dos direitos fundamentais de defesa, a doutrina constitucional apenas começa a verticalizar as suas reflexões no campo da efetivação dos direitos de natureza prestacional.

No caso brasileiro, é preciso levar em conta que a Constituição Federal de 88 não autoriza, em virtude de disposição expressa, nenhuma distinção de regime entre os direitos sociais e os direitos, garantias e liberdades, como acontece, por exemplo, na Constituição portuguesa. Não temos, portanto, desde o ponto de vista do texto constitucional, uma diferença de regime jurídico entre os direitos de defesa e os sociais, especialmente os prestacionais, e é por isso que a disposição que trata da eficácia imediata dos direitos fundamentais alcança, de igual modo, todos os direitos fundamentais. Neste sítio, todavia, não é possível deixar de reconhecer que inexiste uma distinção de regime, há, todavia, uma distinção que decorre naturalmente da singularidade das estruturas normativas dos direitos. Deveras, a estrutura normativa de uma disposição tratando de um direito de defesa não é equiparável à estrutura de um direito prestacional. Há nas disposições contemplando direitos de defesa, em geral, um grau de determinidade maior. Por isso, nós encontramos nos direitos de defesa mais frequentemente possibilidade de aplicação imediata, porque muitas vezes do que se trata é impedir que o Estado venha a obstaculizar o exercício do direito pelo cidadão, um direito que poderia desde logo ser por ele exercido não fosse a atuação desconforme ou inconstitucional do Estado. Tudo se passa de modo diferente em relação à estrutura dos direitos prestacionais, porque esses direitos, ao contrário, só podem ser exercitados em virtude de uma atuação positiva, de cunho legislativo primeiro, de cunho administrativo ou material depois, do Poder Público. Porque não fora a atuação do Estado, certamente esse direito não poderia ser satisfeito. A distinção de JELLINEK entre o *status negativo* e os direitos que envolvem o *status positivo* é, ainda, até certo ponto, atual.

É nesse campo, portanto, onde o Estado aparece como inerte, omissivo, que se pergunta se o Judiciário tem um papel a cumprir.

Quais os limites da atuação judicial nesse universo de direitos? É evidente que não se está a propor, aqui, uma resposta que implique a absoluta judicialização da política. A judicialização da política pode implicar a inaceitável politização do Poder Judiciário. É preciso um certo cuidado no que diz respeito a essa matéria. Por outro lado é preciso, também, buscar fórmulas de realização desses direitos que não fiquem prisioneiras, exclusivamente, do universo jurisdicional. Portanto, afirma-se a necessidade da radicalização dos instrumentos de democracia popular, designadamente dos

instrumentos de democracia participativa. No que concerne à atividade do Judiciário, é importante verificar os limites impostos, também, pelo princípio da separação dos poderes. É preciso, ademais, superar o problema da legitimidade democrática do Poder Judiciário, ou seja, num Estado Democrático de Direito, com poderes divididos, até onde pode ir o Poder Judiciário enquanto instância garantidora dos direitos fundamentais?

Se é certo que há um consenso no que diz respeito à atuação do juiz enquanto legislador negativo, o mesmo não ocorre quando se está a falar numa atuação análoga à do legislador positivo. Ou, eventualmente, do administrador. De outro viés, cumpre verificar se, do fato de o Judiciário não dispor de um meio de legitimação como os demais poderes (o mecanismo eleitoral para a investidura de seus membros), não se poderia deduzir que está impedido de atuar a partir de determinado limite. Poder-se-ia, eventualmente, afirmar, para afastar o argumento, que o Judiciário atua como uma espécie de delegado do Poder Constituinte para a defesa da Constituição e, especialmente, dos direitos fundamentais. O contra-argumento seria no sentido de que, no contexto do regime democrático, é a maioria (princípio majoritário) que governa.

Temos algumas respostas. Em primeiro lugar, o princípio da separação dos poderes não pode ser visto como um princípio abstrato, fora da história. Ao contrário, o princípio deve ser compreendido tal como se apresenta, concretamente, na Constituição vigente. Ora, cumpre lembrar que o Constituinte de 1988 confiou muito no Poder Judiciário que foi bastante fortalecido na nova ordem constitucional. E no que diz respeito à legitimidade democrática, importa deixar claro que o Judiciário atua, de certa maneira, como um poder contra-majoritário em defesa dos direitos das minorias. De outro ângulo, o devido processo legal, a motivação e recorribilidade das decisões, a publicidade de suas manifestações e a vinculação à Constituição parecem constituir meios distintos de atribuição de legitimidade à esfera de atuação do Judiciário.

Temos aqui, evidentemente, apenas respostas parciais, que podem parecer insuficientes. Portanto, pode-se afirmar que o Judiciário, de certo modo, no quadro da Constituição brasileira de 1988, conquanto seja absolutamente *necessária*, evidentemente não é *suficiente* para a integral efetividade dos direitos sociais, daí a necessidade, repito mais uma vez, da democracia participativa e da atuação da população. Nada obstante, um

Judiciário ativo é condição para a efetivação progressiva dos direitos constitucionais. Neste ponto cumpre, em determinadas circunstâncias, e para determinadas situações, defender um certo ativismo judicial (consequente e responsável) fortemente articulado do ponto de vista da consistência discursiva (motivação) e da riqueza argumentativa (convencimento). É nesse particular que haveremos, nos termos da doutrina constitucional de matriz germânica, de estabelecer uma distinção entre a *dimensão objetiva* e a *subjetiva* dos direitos fundamentais de natureza social.

Ora, da dimensão objetiva decorre a heterovinculação dos poderes públicos. A dimensão não cria, diretamente, em geral, situações jurídicas subjetivas de vantagem para o particular. O contrário acontece quando encontramos na Constituição, desde logo, uma dimensão subjetiva forte.

Portanto, de um direito subjetivo capaz de autorizar o cidadão a demandar a satisfação judicial daquele direito fundamental, daquele direito fundamental social. Percebam que há determinados direitos fundamentais sociais de caráter prestacional que apresentam uma dimensão subjetiva frágil. Outros, desde logo, apresentam-se com uma dimensão subjetiva forte. É por isso que a doutrina contempla, ainda, uma outra distinção, envolvendo os *direitos prestacionais originários* e *direitos prestacionais derivados*.

Os direitos prestacionais originários seriam aqueles que permitem desde logo ao intérprete encontrar na disposição constitucional uma dimensão subjetiva forte. Portanto, são direitos desde logo usufruíveis pelo cidadão e que, por isso, podem, mesmo sem regulamentação, ser reclamados perante o Poder Judiciário. Outros, ao contrário, são direitos prestacionais derivados, porque no campo constitucional, produzem uma dimensão subjetiva fraca, que demanda portanto atuação do legislador.

No caso da Constituição Federal de 1988, são encontráveis desde logo alguns direitos prestacionais originários. É o caso do direito à proteção dos portadores de necessidades especiais, que inclusive tem direito a ter uma determinada renda; nós podemos falar do ensino fundamental, que constitui um direito público subjetivo por decisão do constituinte, e portanto, tendo escola ou não tendo escola, tendo orçamento, ou não, é evidente que qualquer cidadão pode reclamar perante o Poder Judiciário a satisfação desse direito (os demais ciclos de estudo entram no campo dos direitos de

de compêlir o Poder Público a cumprir a lei orçamentária que contenha as dotações necessárias (evitando, assim, os remanejamentos de recursos para outras finalidades), assim como de obrigar o Estado a prever na lei orçamentária os recursos necessários para, de forma progressiva, realizar os direitos sociais. E aqui é preciso desmistificar a idéia de que o orçamento é meramente autorizativo. Se o orçamento é programa, sendo programa não pode ser autorizativo. O orçamento é lei que precisa ser cumprida pelo Poder Executivo. O papel do Ministério Público, neste particular, é da maior importância. Incumbe a ele, como defensor dos interesses da sociedade, tomar as medidas necessárias para a adoção, pelo Estado, das políticas públicas voltadas à realização dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos fundamentais sociais de caráter prestacional. O controle da constitucionalidade das políticas públicas desenvolvidas pelo Estado, igualmente, pode ser suscitado pelo Ministério Público.

Pode o Poder Judiciário, eventualmente, fulminar políticas públicas que estejam contrastando com as disposições constitucionais, como por exemplo, as políticas de financiamento desenvolvidas há algum tempo pelo BNDES, para modernizar as indústrias, políticas que implicavam um desemprego em massa, sem nenhuma preocupação com aqueles que ficariam à margem da sociedade por conta da modernização. Ninguém nega a utilidade de uma política de modernização (problema da produtividade) do par que industrial brasileiro. Neste caso, porém, se o aumento de produtividade implica demissão, por conta do princípio constitucional do pleno emprego, parece certo que o acesso aos recursos públicos deveria implicar a adoção de políticas amortecedoras do trauma do desemprego (capacitação profissional, por exemplo). Há aqui a possibilidade de atuar como legislador negativo. E como legislador positivo se não é possível atuar, é possível pelo menos, por meio de vários mecanismos, inclusive a imposição de multas, nos termos do que dispõe o art. 14 do CPC, para os agentes públicos e não para o Estado, para obrigar as autoridades a encaminhar as propostas legislativas e administrativas (especialmente no campo orçamentário) necessárias para a satisfação desses direitos.

O que ocorre no Brasil de hoje? No Brasil de hoje o Estado se transformou numa máquina de expropriação de recursos da sociedade para pagar os juros da dívida pública. O país gasta 100 bilhões de dólares ao ano apenas para pagar os juros da dívida pública (sem que se amortize o princí-

eficácia progressiva). Da mesma forma, é caso de certa dimensão do direito à proteção da saúde, concebida enquanto direito prestacional originário, na Constituição; é o caso no direito previdenciário, da licença maternidade, e foi por isso que o Judiciário definiu que, mesmo com a falta de lei regulamentadora, a mãe tinha o direito à licença maternidade, que haveria eventualmente de ser satisfeita pelo empregador às custas da previdência. Portanto, temos aqui uma série de direitos prestacionais originários, e há um esforço doutrinário hoje no direito brasileiro, para definir, inclusive o direito ao mínimo existencial, como um direito prestacional originário, que pode ser desde logo deduzido da Constituição Federal de 1988. Agora, a questão fica mais complexa quando estamos a tratar dos direitos prestacionais de outro tipo, porque produzem uma dimensão subjetiva fraca, necessitando, portanto, da atuação material, da criação de serviços públicos e da previsão de dotações orçamentárias. Naturalmente, o problema não se põe em relação aos direitos já devidamente regulamentados. Quanto àqueles previstos em disposições constitucionais insuscetíveis de criar imediatamente situações jurídicas positivas de vantagem, manifestando-se inércia do Estado (Legislador e/ou Administrador), emerge maior dificuldade para buscar-se, através do Judiciário, a efetivação do direito. Aqui, neste campo, é necessário buscar uma alternativa para superar o discurso do *status quo*. É dizer, abortadas as promessas do mandato de injunção pelo entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, não servindo para muita coisa a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, manifestando-se incertezas, ainda, a propósito da real utilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) para a tutela dos direitos fundamentais contra a omissão do Poder Público, precisamos buscar meios para a satisfação judicial desses direitos.

Um bom caminho para cobrar a realização progressiva desses direitos (porque são direitos de eficácia progressiva) é o das ações coletivas, especialmente, das ações civis públicas. Tratar-se-ia de compêlir o Poder Público a adotar políticas públicas para, num universo temporal definido (cinco ou dez anos), resolver o problema da moradia, do acesso ao lazer, à educação, etc. É claro que, neste caso, emerge o problema orçamentário. Todavia, cumpre compêlir o Estado a contemplar no orçamento dotações específicas para tal finalidade, de modo a, num prazo determinado, resolver o problema do acesso do cidadão a esses direitos. Desta forma, tratar-se-ia

pal). Nós vemos o contingenciamento arbitrário das dotações orçamentárias, muitas vezes daquelas necessárias para o crescimento dos serviços públicos realizadores dos direitos sociais. Ao mesmo tempo, houve a adoção de uma espécie de neoliberalismo globalizado, que procurou transformar aquilo que a Constituição definiu como direitos, em meros produtos, em mercadorias que haveriam de ser compradas. Esse quadro precisa mudar.

Precisamos, portanto, inverter a lógica do Estado brasileiro para efeito de compatibilizar as sua ação com os princípios fundamentais, com os objetivos fundamentais e com a idéia de satisfação, ainda que progressiva, dos direitos fundamentais sociais. O Estado não pode funcionar, exclusivamente, como uma máquina de expropriação dos recursos públicos para pagar juros da dívida pública (e não se está, aqui, a recomendar o não pagamento do que o país deve). O Estado deve, antes, funcionar como uma máquina volitada, prioritariamente, para a satisfação dos direitos fundamentais. É dessa inversão que se trata e aqui nós devemos conclamar os operadores jurídicos para a produção dessa nova cultura, uma cultura que vai demandar, ao mesmo tempo, a realização de um renovado direito constitucional, capaz de dar conta desses desafios. Para tanto é necessário que tenhamos teoria, teoria suficiente para fundamentar a atuação de um Poder Judiciário comprometido com a Constituição, consciente de seus limites e consequente nas suas ações. Eu concluo dizendo que isso é perfeitamente possível, basta que nós tenhamos olhos para ver.

No dia 12, a mais linda das poetisas brasileira, Helena Kolody completou 90 anos, e ela que tem versos tão lindos, escreveu um que me pareceu absolutamente apropriado para esta noite. Pensemos sobre o poema. Disse ela: "Todos nascem com uma estrela. Alguns fazem da estrela um sol. Outros, nem conseguem vê-la."

Nós veremos! Obrigado.

## Garantias Econômicas, Políticas e Jurídicas - da Eficácia dos Direitos Sociais

José Afonso da Silva

Membro Catedrático

da Academia Brasileira de Direito Constitucional

Professor Titular aposentado do Departamento de Direito Econômico

e Financeiro da Faculdade de Direito

da Universidade de São Paulo - desde 1975

Livre-Docente em Direito Constitucional da Faculdade de Direito

da Universidade de São Paulo

I - Introdução. II - Direitos sociais. III - Positivização dos direitos sociais como pressuposto de sua eficácia. IV - Instrumentos da eficácia. V - Garantias econômicas.