

DIREITOS SOCIAIS: AUTO-APLICABILIDADE *VERSUS* PROGRAMATICIDADE*

Cláudia Maria Toledo da Silveira

São os direitos sociais grupo integrante dos direitos fundamentais – direitos individuais, políticos, econômicos e sociais –, que se constituem como aqueles *essenciais*, básicos, elementares em determinada época, desenvolvidos a partir da consciência social de um certo momento histórico; isto é, configuram-se como um “conjunto de valores que, considerados como fundamentais dentro de cada ordenamento jurídico, concretizam e desenvolvem a idéia de justiça”.¹

Não obstante se identificarem como conteúdo mínimo de direitos assegurados ao indivíduo, para que possa atingir uma existência digna de sua condição de ser humano, sua eficácia imediata ainda não é ponto pacífico – na verdade, está longe de ser – não apenas entre os representantes populares, nos Poderes Executivo e Legislativo, como mesmo entre doutrinadores, juristas e aplicadores do Direito, no Poder Judiciário.

Essa situação não é ocorrência exclusiva brasileira, mas de vários Estados, onde a eficácia e a conseqüente implementação material não apenas dos direitos

* O tema deste artigo é parte integrante do conteúdo do terceiro capítulo de monografia intitulada *Justiça Social e a Eficácia dos Direitos Sociais*, desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado, com financiamento do CNPq e duração de um ano. Encontra-se no prelo do Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, em vias de publicação. O objetivo central daquele trabalho foi, justamente, a análise mais detida da questão da eficácia desses direitos, sob o prisma do ordenamento legal e jurídico nacional, a partir da Constituição Federal/88.

1 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1984.

sociais, mas de todos os direitos fundamentais – muitas vezes, até mesmo das mais elementares e clássicas liberdades individuais do século XVIII –, não obstante estarem formalmente dispostos na vasta maioria dos ordenamentos legais mundiais, ainda estão muito aquém do esperado, haja vista já se estar entrando em um novo milênio, decorridos mais de duzentos anos de sua declaração pela França, sem considerar as conquistas pioneiras dos ingleses, que remontam aos primórdios do século XVII (*Petition of Rights*, 1629; *Habeas Corpus Act*, 1679; *Bill of Rights*, 1689; *Instrument of Government*, 1652).

“Por *eficácia jurídica* deve-se compreender a aptidão formal de uma norma jurídica para incidir sobre a vida material, regendo relações concretas”.²

O argumento em prol da não-imediatez da aplicação dos direitos sociais reside na alegação de que suas normas não seriam auto-aplicáveis, como as dos direitos individuais, mas se apresentariam como *normas programáticas*, típica e exclusivamente *direcionadoras* da política econômica e social do governo, para cuja eficácia imediata se faz necessária a regulamentação por meio de regras que lhe delimitem melhor o objeto, campo de incidência e forma procedimental.

A classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia, aliás, varia, praticamente, de autor para autor, na doutrina. Maria Helena Diniz, por exemplo, considera a existência de “normas com eficácia absoluta, normas com eficácia plena, normas com eficácia restringível, normas com eficácia complementável ou dependentes de complementação”, estabelecendo critérios próprios de sua diferenciação. José Afonso da Silva considera que, embora a Constituição declare expressamente que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, “isso não resolve todas as questões porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais”.³ Afirma a existência de *normas constitucionais programáticas*, sob a divisão: normas constitucionais de eficácia *plena*; normas constitucionais de eficácia *contida*; normas constitucionais de eficácia *limitada*,

2 DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 109.

3 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 4ª tiragem, 1994, p. 165.

compreendidas por normas constitucionais de princípio institutivo e normas constitucionais de princípio programático. Estabelece ainda que as normas que consubstanciam os Direitos Fundamentais Políticos e Individuais são de *eficácia contida e aplicabilidade imediata*, ao passo que aquelas definidoras dos direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também, mas algumas seriam de *eficácia limitada*, de *princípios programáticos* e de *aplicabilidade indireta*. Kildare Gonçalves Carvalho, por seu turno, acredita haver *normas constitucionais preceptivas*, cuja aplicação é imediata, vinculando todos os sujeitos de direito, públicos ou privados, inclusive o legislador ordinário, e as *programáticas*, cuja aplicação é diferida e mediata, dirigindo-se ao legislador ordinário, dele dependendo sua exequibilidade.⁴ São assim consideradas porque dependeriam de regra infraconstitucional ulterior que as complementasse ou especificasse.

O Prof. Maurício Godinho Delgado, por sua vez, considera que, resultando a Constituição de pacto político fundamental da sociedade envolvida, direciona, então, a estrutura nuclear das relações essenciais existentes naquela sociedade. Por essas qualidades, inerentes à idéia de Carta Constitucional, é incompatível a negação de imediata aptidão para incidir e reger situações e relações fático-jurídicas concretas – negação de eficácia –, pois, às normas contidas nessa Carta. Sendo, portanto, o diploma máximo de uma realidade sociopolítica, se a Ciência do Direito não detém, em certo momento histórico, tipologia e critério hábeis para a conferência daquela eficácia imediata, “é seu dever suplantá-los em favor de outra sistemática teórica que consiga conferir a efetiva prevalência e utilidade jurídicas inerentes às normas constitucionais pactuadas”. A norma constitucional, como preceito maior e politicamente legitimador da própria ordem jurídica global, é, antes de tudo, válida, eficaz e aplicável, incidindo imediatamente sobre situações fático-jurídicas concretas. Não nega, portanto, a eficácia da norma, mas classifica os preceitos constitucionais de acordo com a maior ou menor *intensidade* de sua eficácia imediata – o que termina por gerar-lhes, em última análise, a negação de auto-aplicabilidade, em que pese o marcante veio democrático do pensamento do destacado jurista e sua notória preocupação social. Segundo sua con-

4 CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 35.

cepção, existiriam, então, três tipos principais dessas normas: de *eficácia plena*, de aplicação imediata e integral, independentemente de legislação posterior para o alcance de sua cabal operatividade; de *eficácia contida*, de aplicabilidade imediata, embora sua eficácia seja restringível por diploma infraconstitucional, conforme autorizado pela própria Constituição (não sendo editada a legislação complementar regulamentadora e restritiva, a norma firmar-se-ia em vigor); e de *eficácia limitada*, dependentes da emissão de uma normatividade futura (regulamentação cabível ao legislador ordinário) para alcançar plena eficácia, que, não obstante seja imediata, é significativamente limitada. Afirma não serem totalmente destituídas de eficácia jurídica, já que têm aptidão para obstar a edição de normas infraconstitucionais de sentido antitético ou incompatível ao incorporado no preceito constitucional vigente, invalidando tais normas antagônicas. É o que denomina *efeito esterilizante negativo*, o qual se traduziria, assim, na mínima eficácia de que se reveste qualquer preceito constitucional vigente. Não nega, todavia, o caráter *programático* dessas normas, uma vez que declara firmarem elas um “programa constitucional” a ser desenvolvido mediante legislação integrativa da vontade constitucional. Os direitos sociais estariam nessas últimas inseridos.⁵

Robert Alexy, grande doutrinador alemão eminentemente na área de Direitos Fundamentais, declara haver direitos sociais com caráter, por ele chamado, “definitivo” – vinculante ou auto-aplicáveis⁶ – e direitos constantes dos deveres estatais oriundos de princípios,⁷ o que não significa que não sejam vinculantes. Isso porque, mesmo não gerando os princípios nenhum dever definitivo por parte do Estado, nem por isso perderiam seu caráter vinculante, tornando-se enuncia-

dos puramente programáticos. A diferença fundamental existente entre os princípios e os deveres deles oriundos, e aqueles deveres juridicamente não-vinculantes, advindos de normas programáticas, consiste no fato de terem os primeiros que ser estabelecidos através de ponderações e, ao contrário, isso não sucede no caso dos deveres não-vinculantes. Para o não-cumprimento de um princípio, têm que existir, do ponto de vista do Direito, razões aceitáveis; mas isso não vigora para o caso do não-cumprimento de um dever juridicamente não-vinculante. Um dever ordenado por um princípio pode, se não existe nenhuma razão aceitável para seu não-cumprimento, conduzir a um dever definitivo; um dever não-vinculante, nunca. Entretanto, considera não ser suscetível de controle judicial o cumprimento dos princípios constitucionais, mas apenas aquelas normas geradoras de dever definitivo, ou seja, as regras dispostas na Lei Fundamental. A Suprema Corte não poderia exercer esse controle por serem os princípios somente executáveis através de prévia ponderação, o que faz com que certo princípio específico, por exemplo, à luz dos princípios opostos, seja ou não satisfeito. A competência da Alta Corte terminaria, assim, nos limites do definitivamente devido (das regras, portanto). Se o legislador, exemplificativamente, não cumpre normas de direito fundamental disciplinadas por princípios, por esses estarem além do âmbito do definitivamente devido, não estaria definitivamente obrigado a fazê-lo, não podendo a isso ser coagido pelo Tribunal Constitucional.⁸

É de convir-se que, muito embora se tenham progressivamente positivado os direitos sociais, o que, inegavelmente, representou importante passo em direção à sua conquista pelas classes menos abastadas e a maneira de gerar-lhes a garantia formal – sem a qual, certamente, apenas com muita dificuldade e esforço hermenêutico poderiam ser argüidos, protegidos, tutelados –, a fixação de prerrogativas sociais, nas Constituições, com sua classificação como *normas programáticas*, foi a solução encontrada para a manutenção de um sistema concentrador de riquezas. Afinal, considerando-se que elas não possuiriam efetividade prática ou eficácia imediata, não vinculariam nem o legislador a impor-lhe um prazo de vigência, nem o executor da lei a concretizá-la, já que, como

5 DELGADO, 1995, p. 109-115.

6 Direitos esses denominados “direitos fundamentais sociais mínimos”, indispensáveis e vinculantes, quais sejam o direito a um mínimo vital, a uma moradia simples, à educação escolar, à formação profissional e a um nível padronizado mínimo de assistência médica (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 499-500).

7 Esse autor tem uma visão completamente singular de regras e princípios, colocando aquelas em posição hierárquica superior aos últimos e atribuindo-lhes força vinculante definitiva, insuscetível de ponderações, ao contrário dos princípios.

8 ALEXY, 1993, p. 499-501.

não haveria termo para seu cumprimento, não se poderia condenar o administrador por não o fazer.⁹

A crítica maior que se faz às chamadas normas *programáticas* é justamente essa: a de que pairariam em certo limbo jurídico, sem aptidão para regerem situações da vida concreta. “Tecnicamente, sequer poderiam ser tidas como fontes do direito, dado não criarem, enquanto não completadas por lei, direito subjetivo ou pretensão material em favor de qualquer titular.”¹⁰ Não teriam, destarte, qualquer eficácia – aptidão para incidência e aplicação concretas –, seja formal, seja material. Essa concepção, portanto, alarga ao máximo a noção de impotência das normas constitucionais, conduzindo à curiosa situação de virtual ineficácia de grande parte da Carta Magna promulgada. Apenas indicariam planos ou programas de atuação governamental – ou, às vezes, por parte da sociedade –, servindo para direcionar o futuro desenvolvimento jurídico. Tanto suporiam lei subsequente para sua complementação ou regulamentação, como também exigiriam medidas administrativas para que se pudessem tornar efetivas.

Intrigante é que, apesar de os doutrinadores citados e vários outros pregarem a inserção, principalmente, dos direitos sociais entre as normas programáticas, simultaneamente reconhecem a atual disposição constitucional da auto-aplicabilidade dos direitos fundamentais, ou seja, não apenas individuais e políticos, mas também econômicos e sociais. Disposição essa que se apresenta com a imperatividade de determinar a *imediate* aplicabilidade desses direitos, presente no art. 5º, § 1º. Exemplo de tal contradição é a contraposição da assunção desse mandamento constitucional com a afirmação de que “a maioria dos direitos sociais vem enunciada em normas programáticas que demandam intervenção legislativa para se tornarem operativas e aplicáveis, pelo que não podem os destinatários invocá-los ou exigi-los imediatamente”.¹¹

Ao se tratarem os direitos fundamentais como *direitos*, quer-se dizer que a eles, necessariamente, correspondem obrigações, caso contrário não passariam de meros valores de ordem moral ou ética. O fato de dispô-los, conferindo a alguns o

título de ‘normas programáticas’ é, no mínimo, confuso, para o seu portador, discernir o que pode exigir de seu governo e particulares por se apresentar como conduta obrigatória, a qual, se não cumprida, acarreta sanções e o que não se apresenta de tal forma. Estampa-se nítida *hipocrisia legal*. Satisfazem-se interesses daqueles que lutam pela normatização de seus direitos fundamentais, assegurando-se, simultaneamente, a manutenção do *status quo*, benéfico aos detentores do poder econômico e, conseqüentemente, político.

Difícil é saber o gênero de tais normas que ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido, sem prazo de carência delimitado. Árdua é a identificação do tipo de direitos definidos por elas, cujo reconhecimento e efetiva proteção são adiados *sine die*. Questionável é, por sua vez, sua eficácia, uma vez que são confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executá-los é apenas de ordem moral ou política. Provavelmente as diferenças entre esses auto-intitulados direitos e os direitos propriamente ditos sejam de tal monta que tornam impróprio ou impossibilitam o uso da mesma palavra para a designação de conceitos tão diversos.¹²

Atente-se para o relevante fato de que as leis programáticas acabam por se transformarem em uma supervalorização do Poder Executivo, na medida em que não podem ter sua execução cobrada incisivamente, pela inexistência de prazo especificado para seu cumprimento, podendo a Administração Pública efetivá-las quando e na intensidade que quiser, ou mesmo não o fazer. O antigo Estado de leis torna-se um Estado de administração.¹³

Quando se trata de Poder Legislativo, visto serem os direitos sociais integrantes dos direitos fundamentais – como o próprio nome diz, elementares, constituintes do fundamento material do Texto Supremo –, é de se enfatizar não podem ficar suscetíveis de alteração ou revogação ao sabor das inclinações políticas ou ideológicas de parcelas legislativas minoritárias, consubstanciando-se como *conteúdo essencial* cujo campo lhes é vedado.¹⁴

9 ABENDROTH, Wolfgang; DOEHRING; FORSTHOFF. *El estado social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 19.

10 DELGADO, 1995, p. 109-110.

11 CARVALHO, 1992, p. 84.

12 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 77-78.

13 ABENDROTH, Wolfgang; DOEHRING; FORSTHOFF. *Op. Cit.*, 1986, p. 89-90.

14 FLORES, Joaquin Herrera. A proposito de la fundamentacion de los derechos humanos y la interpretacion de los derechos fundamentales. *Revista de Estudios Políticos*, (45): 177-212, mai/jun, 1985, p. 205-206.

Os direitos fundamentais, por sua natureza de essencialidade e originalidade dos demais direitos, não podem estar submetidos a normas programáticas, meramente diretivas da ação política ou administrativa do Poder Público, dependentes de leis específicas para sua aplicação concreta. Devem ser auto-executáveis, portanto. Caso contrário, seria admitir a revogação ou o suplantamento do poder constituinte superior pelo poder constituído inferior, o qual poderia regulamentar as normas quando lhe conviesse ou mesmo não o fazer. Se são direitos, são exequíveis. Se são fundamentais, mais urgente, então, torna-se seu exercício. A auto-aplicabilidade dos direitos fundamentais é, pois, indispensável garantia de sua eficácia, devendo, portanto, os tribunais aplicarem as normas constitucionais, ainda que não regulamentadas.¹⁵

Ademais, ressalte-se que, em que pese o manifesto esforço, notadamente dos doutrinadores Maurício Delgado e Robert Alexy, no sentido do estabelecimento da eficácia imediata incontestada das normas contidas em uma Carta Constitucional como regra geral, suas afirmações de que os direitos sociais seriam “normas de eficácia contida”, carentes, para sua auto-aplicabilidade, de “programas constitucionais” a serem desenvolvidos pelo legislador *infra*-constitucional (Maurício Delgado) ou de que “alguns” deles seriam vinculantes, auto-executáveis e “outros” não (Robert Alexy), acabam, ainda que indiretamente, por aniquilar o caráter de imediatividade da eficácia desses direitos.

Isso porque, ao afirmar-se, no primeiro caso, que os direitos sociais demandam programas constitucionais, antes de tudo, atribui-se ao legislador ordinário o exorbitante poder de tornar ou não eficaz norma estipulada por legislador constituinte, sendo que, exatamente ao contrário, os atos daquele legislador vinculam-se, são determinados pelas disposições postas por esse último no texto constitucional. A posição dos legisladores é, portanto, invertida: não é o legislador *infra*-constitucional quem determina os mandamentos constitucionais e seus efeitos, mas, obviamente, o constituinte, chamado originário. O legislador ordinário encontra-se, pois, em situação de subordinação à legislação da Carta Magna, e

15 SALGADO, Joaquim Carlos. Os Direitos Fundamentais e a Constituinte. *Constituinte e Constituição*, Belo Horizonte, “Projeto Constituinte” do Conselho de Extensão da UFMG, 1986, p. 36, 38.

não de detenção do poder discricionário de, conforme sua ideologia ou interesses representados, dotá-las ou não de eficácia imediata.

O segundo ponto é que o fato de se afirmar a eficácia dos direitos sociais, mas classificá-los como normas de eficácia contida, somente transformada em imediata mediante a concretização de programas constitucionais, infelizmente, não passa de uma maneira eufemística – apesar da sincera intenção do autor em relação à materialização de tais direitos – de afirmá-los como inseridos em normas programáticas. Quanto ao argumento de sua distinção com respeito a essas normas devido ao “efeito esterilizante”, que desempenhariam no sentido de tornar ineficazes normas *infra*constitucionais já existentes no ordenamento jurídico ou posteriormente formuladas, que lhe seriam atentatórias, contrárias e, destarte, conseqüentemente, inconstitucionais, é de convir-se que esse efeito nada mais é do que conseqüência óbvia e necessária de qualquer norma constitucional (e até mesmo *infra*constitucional, pois, a partir do momento de sua promulgação, revogam-se as disposições em contrário), não devendo ser, então, assumido como grande e exclusiva prerrogativa dos direitos sociais ou sua característica de destaque. Se há em um mesmo ordenamento jurídico duas normas contrárias, antitéticas, faz-se urgente a revogação de alguma delas para que se possibilite a plenitude de aplicação e eficácia da outra. No caso de conflito entre norma *infra*constitucional e norma constitucional, logicamente, prevalece a eficácia da última, devido à obrigatoriedade de observância do princípio de hierarquia interna da ordem jurídica, visto ser a Constituição seu ponto mais elevado.

O segundo jurista referido – a despeito da profundidade de fundamentação teórica de sua obra –, ao declarar “alguns” direitos sociais como não-vinculantes, termina por atribuir incompatível grau de vagueza e abstração na caracterização desses direitos. Por sua natureza constitucional e importância legal e jurídica assumida no ordenamento dessa condição decorrente, como já afirmado, considera-se inviável, incompatível sua definição como não dotados de auto-aplicabilidade, conforme disposto na própria Lei Maior. Não bastante conceituar-lhes certa parcela, *indefinida*, como vinculante e uma outra, não se dispondo de nenhuma exatidão, inerente e imprescindível a qualquer definição científica – composta, com necessária clareza, dos elementos essenciais de determinada figura, objeto de estudo –, faz com que reste em aberto a questão de sua eficácia imediata, uma vez que se torna repleta de dúvidas a pretensão de exigibilidade de algum deles se não

se sabe, ao certo, ser ele, especificamente, um daqueles a que se decidiu (ou não) aplicar a força vinculante.

Além disso, não está claro, para os vários doutrinadores, qual o critério para a definição de determinada norma como programática ou não-vinculante. Há juristas que estipulam a determinação de uma norma como vinculante a partir da averiguação da possibilidade de constatação de sua lesão pelo Tribunal Constitucional do país – no Brasil o Supremo Tribunal Federal (STF), já que a ele cabe a análise de questões constitucionais.¹⁶ No entanto, particularmente em relação aos direitos sociais, uma *ação mandamental* na qual se demonstre, por exemplo, a não-viabilização do acesso à educação a certa criança, cuja família seja de baixa renda, devido à inexistência ou não-oferecimento de vagas em escolas públicas, entende-se estar muito bem caracterizada a lesão ao seu direito social fundamental, sendo, por conseguinte, perfeitamente dotada de inteligibilidade para sua constatação pelo juiz de primeiro grau (competente para presidir o processo devido ao controle de constitucionalidade difuso adotado nacionalmente) ou mesmo pelo STF, o tribunal pátrio legítimo para o julgamento, em última instância, de causas que envolvam controvérsias de natureza constitucional.¹⁷

Ocorre que os direitos sociais, por lidarem com questões amplas, que envolvem a atuação ativa do Estado no sentido de sua concretização, necessitam de organização procedimental do Poder Público para sua viabilização. Isso porque, embora a Constituição Federal/88 tenha determinado serem, por exemplo, direitos sociais dos cidadãos o direito à educação e ao trabalho, dispôs, como critérios nos quais se pautaria sua implementação, majoritariamente, princípios, como o da redução das desigualdades regionais e sociais e o da busca do pleno emprego, dentre outros (art. 170).

16 ALEXY, 1993, p. 484. Para a solução da questão das garantias dos Direitos Fundamentais, países europeus, como Alemanha, Espanha, Portugal, Itália, criaram um Tribunal Constitucional, que coloca entre suas funções primeiras a salvaguarda dos Direitos Fundamentais, provocando a relevante e eficiente judicialização do ordenamento (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Dogmática e teoria jurídica dos direitos fundamentais, *O sino de Samuel*, seção Doutrina Jurídica, ano 2, n. 11, mar., 1996, p. 12).

17 SALGADO, Joaquim Carlos. Pontes de Miranda e o direito à educação. In: III, 1988. *Anais*. João Pessoa: Grafset, 1988, p. 243-250.

Assim, muito embora se afirme ter a ordem econômica regente no País, como um de seus fundamentos, a valorização do trabalho e, como fim, assegurar uma existência digna a todos, com base nos ditames da justiça social, e a ordem social, por sua vez, determine como sua base o primado do trabalho, e como seu objetivo, o bem-estar e a justiça sociais, fundamentos e finalidades da mais elevada nobreza e equidade, não especificou – e nem poderia, pelo caráter sintético que deve ter um texto constitucional –, detalhadamente, em inúmeros artigos, incisos e alíneas, que seriam para tanto necessários, *como* o Poder Executivo cumpriria tais direitos.

Entretanto, a partir do momento em que se situam como objetivos da ordem econômica a garantia a todos de existência digna e a realização da justiça social, a intervenção do Estado na economia somente se justifica na medida em que “se busque condicionar a ordem econômica ao cumprimento de seu fim de assegurar a existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social”.¹⁸ Não se trata de impor que, já que os princípios e normas regentes dos direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, devem os direitos sociais ser instantaneamente concretizados no exato momento em que foram formalmente disciplinados. É ululante que não. Se se trata de direitos que somente são materializados com a atuação administrativa estatal, a qual demanda elaboração de projetos e estipulação de planos de execução, requerem, naturalmente, certo lapso de tempo para serem implementados, período esse que variará em conformidade com a complexidade do projeto adotado.

É obviamente impossível, por questão mesmo de necessidade temporal, que se obtenha tal realização tão logo se declare o direito. Da eficácia imediata dos direitos sociais não decorre a exigência de *resultados* imediatos, mas sim a imediatez do estabelecimento de ações governamentais *no sentido* de sua realização empírica. Imprescindível é, exatamente, o direcionamento dos atos públicos (legislativos e administrativos) para aquela realização, sob pena de inconstitucionalidade por omissão (passível de Ação Direta de mesmo nome ou de Mandado de Injunção), em caso de inércia do Estado, ou por ação (argüível por Ação Direta de Inconstitucionalidade por Ação, Mandado de Segurança, ou Ação

18 SILVA, 1994, p. 668-669.

Popular, conforme o bem lesado), na hipótese de efetivação de conduta atentatória àqueles preceitos constitucionais.

Assim, se as ações governamentais pretendem ser constitucionais – como, naturalmente, todas deveriam ser –, a máquina estatal não se pode colocar submissa a serviço de oligarquias econômicas e burocráticas, empenhando-se na satisfação de seus exclusivos interesses, a despeito – e muito a despeito, diga-se, pelo que se denota da realidade fática – do indivíduo, sua dignidade mínima como ser humano, com o pretexto de cumprir planos e programas, de eficiência pretensamente científica, mesmo que, às vezes, muito bem intencionados.¹⁹

Não se deve esquecer que o deslocamento da declaração dos direitos fundamentais do final após as disposições sobre a organização do Estado, como era disposta nas Constituições precedentes à de 1988, para o início do texto constitucional, significa que todas as instituições estatais estão condicionadas a ela, devendo, portanto, observá-la. Assim, “Legislativo, Executivo e Judiciário, orçamento, ordem econômica, além de outras instituições, são orientados e delimitados pelos direitos humanos”.²⁰

Analogamente, não se pode olvidar o fato de que, por *fundamentos* do Estado brasileiro, dispostos no art. 1º – a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, dentre outros –, deve-se entender como aqueles “elementos inerentes à estrutura do Estado e do Poder”.²¹ Se são *inerentes*, fazem parte da essência do Estado, sendo-lhes indispensáveis. Não podem, portanto, ter seu cumprimento relegado ao “momento em que for possível” sua efetivação pelas ações do Poder Público. Se lhe são inerentes à estrutura, são-lhe vitais, e se não existentes, descaracteriza-se o próprio Estado, por não corresponder sua existência prática ao seu conceito. Ou o Estado possui determinados elementos que lhe foram assumidos pelo poder constituinte como imprescindíveis, ou não se constitui o Estado disposto e submetido à sua Lei Fundamental.

Afinal, a dignidade da pessoa humana, inscrita como fundamento do Estado, “significa não só um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de

liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio,²² que abrange, logicamente, todos os direitos fundamentais, encontrando-se afirmado em diversos trechos constitucionais: arts. 170; 193; 5º, III, V, XLI; 7º, IV, XXX, dentre outros.

Os *objetivos*, por sua vez, expostos no art. 3º – dentre eles, os de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos –, encontram-se “fora da estrutura do Estado, sendo algo externo a ele e que devem ser buscados através de ações suas e da própria sociedade”.²³ Não estão, destarte, inseridos no Texto Constitucional – o qual somente deve dispor o mínimo essencial ao direcionamento das ações dos três Poderes e dos indivíduos – para supérfluo embelezamento. São metas que foram escritas para serem alcançadas, caso contrário não precisariam estar ali dispostas. Não possuem mero valor retórico, mas se caracterizam como fins para os quais, *necessariamente*, devem-se voltar as ações do Estado, seu planejamento, seus planos econômicos. É somente em prol da satisfação dessas finalidades que se justificam todos os procedimentos-meio adotados pelo Poder Público. Se tais metas não são alcançadas, nem se organizam esforços, projetos, obras, iniciativas nesse sentido, o Estado estará não apenas fugindo aos fins para os quais foi criado, de acordo com a presente Constituição Federal, como também praticando atos *inconstitucionais*, seja em qualquer um de seus Poderes, passíveis de arguição pelo Poder Judiciário.

Então, se asseverar que os direitos sociais, assim como todos os direitos fundamentais, informam não somente a legislação positiva, mas também as ações dos poderes públicos e dos tribunais, e, ao mesmo tempo, atribui-se-lhes um entendimento que lhes difere ou elimina a eficácia, expondo-se que é não apenas necessário, mas imprescindível que uma lei os desenvolva para que se viabilize a arguição perante os tribunais, é situação, no mínimo, contraditória.²⁴

Se existem direitos consagrados em normas estabelecedoras de prestações estatais positivas, como é o caso dos direitos sociais, o direito do cidadão diante do Estado de que esse não lhe elimine certa posição jurídica é, portanto, um direi-

19 OLIVEIRA, Almir de. *Democracia e direitos humanos*. Juiz de Fora: Instituto Cultural Santo Tomás de Aquino, 1983, p. 89.

20 CARVALHO, 1992, p. 83.

21 CARVALHO, 1992, p. 62.

22 CARVALHO, 1992, p. 71.

23 CARVALHO, 1992, p. 62.

24 FLORES, 1985, p. 188.

to que implica a não-derrogação pelo Estado de determinadas normas, dele próprio emanadas. Portanto, se se desrespeitar algum direito social, seja por ação ou, como é mais comum, por omissão, está-se, automaticamente, atuando de forma das mais incoerentes possíveis: *derrogando* normas nada menos do que constitucionais, elaboradas e ratificadas pelo próprio Estado.²⁵

Caso isso ocorra, compete aos indivíduos singulares lesados, às suas entidades representativas, aos partidos políticos e, primordialmente, ao Ministério Público, dentre outros titulares ativos de ações consubstanciadas em típicas garantias constitucionais, interpô-las para defesa daqueles direitos essenciais ofendidos.

É de se salientar que somente podem funcionar como restrições²⁶ aos direitos fundamentais – via de conseqüência, aos direitos sociais – normas capazes de limitar princípios constitucionais, haja vista serem tais direitos, em grande parte, regulados por *princípios* e exclusivamente esses poderem ser *restringidos*, diversamente das *regras* constitucionais, que, se vigentes, são ou não *cumpridas*. Devem assim ser, em primeiro lugar, *normas*. E uma norma somente pode ser uma restrição de direito social, naturalmente, se é *constitucional*, porque, se os direitos sociais são constitucionais, apenas podem ser restringidos por normas de igual nível hierárquico. Se não o é, sua imposição pode, por certo, ter o caráter de uma intervenção, mas não de uma restrição. Além disso, sua restringibilidade é limitada, somente sendo admissível se, no caso concreto, houver princípios opostos. Há, portanto, em relação aos direitos sociais e aos demais direitos fundamentais, no que tange aos princípios constitucionais a eles conexos, certa característica de *proporcionalidade*. Contudo, há que se atentar para o fato de que são não apenas completamente possíveis, mas também freqüentes, casos em que a relevância de determinados princípios – como o princípio da igualdade de fato, típico dos direitos sociais – é tão grande que todas as razões opostas restam desprezadas, de maneira a outorgar-se um direito definitivo concreto à criação de uma determina-

25 ALEXY, 1993, p. 194.

26 Por restrições, entende-se como aquilo que conduz a uma certa exclusão da proteção jusfundamental, representando, nesse sentido, a parte negativa da norma fundamental.

da igualdade de fato. Tudo isso gera um modelo sem contradição, uma vez que idéias opostas são contrabalanceadas, interpretadas e adotadas tendo-se em vista todo o sistema legal e jurídico, havendo, sem dúvida, eterno espaço para valorações bastante diferentes e infundáveis controvérsias.²⁷

Não obstante, não se pode desprezar a realidade constitucional que declara os direitos sociais não apenas por meio de *princípios* – esses sim, passíveis de ponderações e mesmo de negação de acordo com o caso concreto –, mas também por meio de *regras*, insuscetíveis, por sua natureza, de qualquer ponderação, sendo ou completamente válidas e eficazes ou, em caso contrário, desprovidas de qualquer validade ou eficácia, situação essa incompatível com as mais basilares e fundamentais normas, oriundas da Constituição Federal, orientadoras de todo o ordenamento legal e jurídico nacional.

Inquestionável é que a polêmica sobre os direitos a prestações está caracterizada por diferenças de opinião sobre o caráter e tarefas do Estado.²⁸ “Em nenhum outro âmbito é tão clara a conexão entre o resultado jurídico e as valorações gerais práticas ou políticas; em nenhum outro âmbito se discute tão tenazmente.”²⁹ Sua interpretação é flagrantemente conduzida de conformidade com a ideologia *política* do autor. Isso porque, conforme ressaltado, inegável é o fato de, em contraposição à grande maioria das regras de direito privado, as normas constitucionais relativas, seja aos direitos fundamentais como um todo seja aos direitos sociais em especial (nesses, de forma mais acentuada) não conterem uma regulamentação completa e perfeita. Não apresentam a mesma certeza de conteúdo, a mesma clareza de sentido, a mesma determinabilidade conceitual. Sua regulamentação constitucional é quase sempre incompleta e fragmentária, porque principalmente constituída de princípios mais ou menos abstratos, de diretivas que fixam fins, mas pouco dizem acerca dos meios, processos ou intensidade da sua realização. Fazem constantemente apelo a conceitos indeterminados e de valor, a

27 ALEXY, 1993, p. 195, 272, 277, 291-292, 415.

28 Não se pode também ocultar o fato de que a Lei Fundamental brasileira, à semelhança da alemã, do ponto de vista de seu texto e de sua gênese, tem primariamente o caráter de uma Constituição burguesa e de Estado de Direito orientada para os direitos de defesa, como forma de contraposição ao regime autoritário anterior. ALEXY, 1993, p. 421.

29 ALEXY, 1993, p. 426-427.

fórmulas gerais e elásticas, breves e esquemáticas. Grande parte daquelas afirmações e desses conceitos transporta a história das idéias filosóficas ou política, em que mundividências diferentes disputam as mesmas palavras e as enchem de conotações próprias, numa linguagem mais apelativa do que descritiva, tanto mais vaga e ambígua quanto mais heterogênea é a sociedade e mais compromissória tenha sido a elaboração do texto da Constituição.

Entretanto, no tocante à interpretação dos direitos sociais, é de manifesta relevância a consciência de que, no julgamento de questões jurídicas, obviamente, deve-se ater a recursos técnicos e objetivos oferecidos pelo Direito e sua Ciência. Note-se que não exclusivamente no estrito texto legal deve-se basear, sob pena de adotar-se conduta eminentemente positivista e legalista, mas, de qualquer maneira, os recursos utilizados para a interpretação não de ser, necessariamente, objetivos (como o são os princípios constitucionais, por exemplo) e não de cunho subjetivo, como o é a opção política. Isso porque a ideologia política não é do profissional, do jurista, mas do cidadão que ele, antes de mais nada, é. Inegavelmente, o ordenamento legal, em qualquer Estado regido pelo sistema do direito continental ou positivado, é o primeiro instrumento no qual se deve pautar o aplicador, e a Lei Maior brasileira é muito clara ao afirmar a *auto-aplicabilidade* dos direitos fundamentais e, portanto, dos direitos sociais, em seu art. 5º. Assim, a eficácia imediata nada mais faz do que atender à especial força vinculante da Constituição – que dela, obrigatoriamente, goza, devido ser geradora, por si própria, de direitos subjetivos, sem necessidade de mediação legislativa –, seja no âmbito de atuação dos poderes públicos seja entre os entes privados.³⁰

Para a constatação dessa inerente auto-aplicabilidade dos direitos sociais, basta se considerar a regra jurídica geral de que direitos a prestações positivas, seja por parte do Estado seja pelos indivíduos, apenas são tornados eficazes, isto é, somente são suscetíveis de arguição, quando da ocorrência de seu *fato gerador*: o consumidor só pode arguir seu direito de troca de mercadoria defeituosa, natu-

ralmente, se antes a tiver adquirido, através de negócio lícito de compra e venda (a transação, nesse caso, é que será o fato gerador da posição de consumidor do comprador, a qual o torna titular do direito de troca); o contribuinte do Instituto Nacional de Segurança Social (INSS) apenas fará jus ao recebimento de valor pecuniário relativo à aposentadoria a partir do momento em que se aposentar, etc. O fato gerador dos direitos sociais é, exatamente, a simples condição de *pessoa humana* do indivíduo, o que faz com que, por se tratar de ser humano, necessariamente, ele tenha direito a educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, dentre outros.

Por outro lado, direitos – subjetivos, coletivos ou difusos –, para serem protegidos, demandam uma sanção objetiva no caso de sua transgressão, decorrente tanto de afetação por leis quanto por atos do Executivo ou decisões judiciais, além de, obviamente, de desrespeito por parte de particulares. Para defesa contra tais atos atentatórios, não se mostram bastantes, pois, apenas as sanções morais intrínsecas a cada indivíduo ou à coletividade. Assim, por exemplo, socorre-se o direito do credor à quitação de dívida com a execução forçada dessa e possível penhora de bens do devedor; ampara-se o direito à propriedade com a determinação judicial da desocupação do imóvel ou, se preciso for, sua efetuação por força policial contra o esbulhador. Da mesma forma, para a proteção dos direitos sociais, instituíram-se os instrumentos processuais constitucionais já referidos.³¹

Legal e juridicamente, não há justificativa técnica palpável que negue a determinação, imposição e cumprimento do texto constitucional, atributos esses que lhes são inerentes. Obstáculos administrativos ou econômicos alegados, se realmente presentes, não são matérias jurídicas. *Imperativos* legais, aliás, *constitucionais*, e mais, *fundamentais*, existem para serem cumpridos e não dotados apenas de mera disposição formal, ou não seriam nem imperativos nem, muito menos, fundamentais.

Não será, obviamente, estabelecendo o Direito uma fórmula “jurídica” de justificar-se e amparar-se a ineficácia nacional dos direitos sociais que solucio-

30 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Direitos e garantias fundamentais (parte geral); direitos invioláveis; teoria geral dos direitos individuais, direitos e liberdades constitucionalmente garantidos, ensaio de enumeração. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v.33, n. 33, p. 133-152, 1991; p. 291-292, 295, 299.

31 Mandado de Injunção, Ação de Inconstitucionalidade por Ação e por Omissão, Mandado de Segurança Ordinário e Coletivo e Ação Popular, especialmente úteis para a concretização dos Direitos Sociais.

nado o problema da ineficácia da Constituição Federal, pelo contrário. Da mesma forma, não há de ser *apenas* o Direito e sua criação pretoriana que gerarão essa tão buscada eficácia, mas inegável e insubstituível é sua contribuição nesse sentido.

O grande problema dos direitos sociais é, pois, como já asseverado, *procedimental*, tratando-se da necessidade de elaboração de políticas econômicas que destinem a verba necessária para sua implementação – e conseqüente transposição daqueles empecilhos de ordem administrativa ou financeira –, com o investimento em pesquisas para estudo de viabilidade técnica e administrativa de projetos, o planejamento de estrutura tanto física como de pessoal para a realização desses projetos, atividades que, geralmente, não possuem retorno imediato, mas a médio e longo prazo, dentre várias outras medidas, de caráter até muito criativo, surgidas de iniciativas pioneiras de gerenciamento e administração pública, dentro e fora do Brasil.

Assim, a eficácia dos direitos sociais, como é exclusivamente dependente da atuação positiva do Estado, voltada para a efetivação daquelas estruturas indispensáveis à sua materialização (pesquisa, pessoal, construção e reformas de espaço físico adequado), está não apenas íntima, mas essencialmente relacionada com o intervencionismo estatal na ordem econômica, haja vista nada disso se poder fazer sem políticas econômicas para tal fim direcionadas. Muitas vezes, essas políticas passam pela intervenção do Poder Público mais ou menos ostensiva em determinados setores da economia (incentivo à fomentação de ramo industrial específico por sua maior capacidade de aumentar o número de empregos oferecidos em certa região – direito ao trabalho –, controle das taxas de aumento de mensalidades escolares – direito à educação – e de planos de saúde – direito à saúde).

Difícilmente o Estado contemporâneo deixará de ser intervencionista, apenas variando-se a graduação ou intensidade da intervenção, visto serem os chamados “países desenvolvidos”, todos eles, em maior ou menor grau, tipicamente intervencionistas no sentido de garantirem os direitos sociais aos seus habitantes (Alemanha, Suíça, Suécia, França, Estados Unidos, dentre outros). Obviamente,

planos econômicos e intervenção estatal não se confundem com coletivismo, sendo completamente compatíveis, por exemplo, com o próprio neo-liberalismo.³²

Finalmente, é de se destacar a imprescindibilidade do discernimento de que, não obstante a questão da eficácia não apenas dos direitos sociais, mas de todos os direitos fundamentais, constitua um desafio constante tanto aos estudiosos do meio acadêmico quanto àqueles que lutam para sua efetivação, através do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, ONGs, etc., a única forma de se alcançar esse ideal, de maneira mais arraigada e perpétua, é pela divulgação e conscientização da população, pois nenhum aparato, seja ele governamental ou não, possui a força de um povo instruído, questionador de seus direitos, ou seja, a força do exercício da *cidadania*. Afinal, toda tentativa de realização de Justiça Social com um povo despreparado correrá sempre o risco de tornar-se, apenas, paternalismo estatal.

32 FALCÃO, Alcino Pinto. Sobre os direitos humanos no Estado intervencionista. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a.17, n.68, p. 23-32, out./dez., 1980, p. 27.