

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 36 • nº 144

outubro/dezembro – 1999

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

# **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)**

Andreas J. Krell

## Sumário

1. Introdução. 2. Os direitos sociais como direitos fundamentais. 3. Falhas na prestação dos serviços públicos sociais – falta de leis ordinárias? 4. Eficácia dos direitos sociais – a “proibição de retrocesso”; aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais? 5. A doutrina alemã dos direitos fundamentais de defesa como base de direitos a prestações positivas: transponível para o Brasil? 6. O “padrão mínimo social” para uma “existência digna”. 7. A questão da “constituição dirigente”. 8. O Poder Judiciário: a tradição do formalismo; necessidade de uma interpretação constitucional material-valorativa. 9. Nova compreensão da teoria da separação dos poderes; controle judicial de políticas e orçamentos públicos. 10. Normas programáticas sobre direitos sociais: mero “simbolismo”? 11. Conclusão.

## *1. Introdução*

São os direitos sociais que mais têm suscitado controvérsias no que diz respeito a sua eficácia e efetividade, inclusive quanto à problemática da eficiência e suficiência dos instrumentos jurídicos disponíveis para lhes outorgar a plena realização<sup>1</sup>.

Constitui um paradoxo que o Brasil esteja entre os dez países com a maior economia do mundo e possua uma constituição extremamente avançada no que diz respeito aos direitos sociais, enquanto mais de 30 milhões de seus habitantes continuam vivendo abaixo da linha de pobreza (“indí-

Andreas Joachim Krell é Professor de Direito Ambiental e Constitucional do Centro de Ciências Jurídicas da UFAL e dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Doutor em Direito pela Universidade Livre de Berlim.

gência”). A maioria dessas pessoas não encontram um atendimento de qualidade mínima nos serviços públicos de saúde, de assistência social, vivem em condições precárias de habitação, alimentam-se mal ou passam fome.

A Constituição do Brasil sempre esteve numa relação de tensão para com a realidade vital da maioria dos brasileiros e contribuiu muito pouco para o melhoramento da sua qualidade de vida; o texto legal supremo, para muita gente, representa apenas uma “categoria referencial bem distante”<sup>2</sup>. Encontram-se em contradição flagrante a pretensão normativa dos direitos fundamentais sociais e o evidente fracasso do Estado brasileiro como provedor dos serviços essenciais para a vasta maioria da sua população. Discute-se, cada vez mais, a complexidade do processo de transformação dos preceitos do sistema constitucional mediante realização de programas e políticas governamentais<sup>3</sup>.

Uma parte cada vez maior da doutrina constitucional questiona criticamente o empenho dos poderes públicos em implementar as políticas relativas aos direitos fundamentais sociais (art. 6, CF) e aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e à erradicação da pobreza, consagrados na Constituição de 1988 (art. 1º, III, e art. 3º, III, CF)<sup>4</sup>.

Ao mesmo tempo, surge a questão: está o Poder Judiciário brasileiro preparado para exercer um papel mais expressivo no controle das políticas públicas? A jurisprudência e parte da doutrina do país têm aderido a teorias estrangeiras sobre a aplicação e eficácia dos direitos sociais, que nem sempre se prestam a ser empregadas no Brasil.

O tema é tão importante como complexo. Neste artigo, pretende-se focar somente alguns pontos cruciais da questão e chamar a atenção do leitor para um dos maiores desafios do Direito Constitucional brasileiro da atualidade.

## 2. Os direitos sociais como direitos fundamentais

Depois da revolução industrial do século XIX e das primeiras conquistas dos movimentos sindicais em vários países, os direitos da “segunda geração” surgiram, em nível constitucional, somente no século XX, com as Constituições do México (1917), da República Alemã (1919) e também do Brasil (1934), passando por um ciclo de baixa normatividade e eficácia duvidosa. Seus pressupostos devem ser criados pelo Estado como agente para que eles se concretizem.

Os direitos fundamentais sociais não são direitos *contra* o Estado, mas sim direitos *por meio do* Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais. O Estado, por meio de leis, atos administrativos e da criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas “políticas sociais” (educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.

As normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais que hoje encontramos na grande maioria dos textos constitucionais dos países europeus e latino-americanos definem metas e finalidades as quais o legislador ordinário deve elevar a um nível adequado de concretização. Essas “normas-programa” prescrevem a realização, por parte do Estado, de determinados fins e tarefas<sup>5</sup>; no entanto, elas não representam meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem direito diretamente aplicável.

Segundo Pontes de Miranda, as normas constitucionais programáticas são dirigidas aos três poderes estatais: elas informam os parlamentos ao editar leis, bem como a Administração e o Judiciário ao aplicá-las, de ofício ou contenciosamente. A legislação, a execução e a própria jurisdição ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função<sup>6</sup>. São os

direitos fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos interesses coletivos, antes que aos individuais<sup>7</sup>.

A efetividade dos direitos econômicos e sociais em cada país depende em grande parte da adoção de múltiplas e variadas medidas complementares, na maioria dos casos de caráter promocional, em todos os campos de ação: político, jurídico, social, econômico, cultural, sanitário, tecnológico, etc.<sup>8</sup>. Sem dúvida, as normas sociais programáticas requerem uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nela indicados<sup>9</sup>. O *Welfare State*, na origem essencialmente um Estado legislativo, vem-se transformando, cada vez mais, em Estado administrativo e burocrático<sup>10</sup>.

O art. 6º da Constituição brasileira de 1988 reza:

“São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Bem distanciado dessa norma, o texto da Carta traz um capítulo especial sobre a Ordem Social (título VIII), fazendo com que o jurista deva extrair, daqui e de lá, aquilo que constitua o conteúdo dos direitos relativos a cada um daqueles objetos sociais, deixando para tratar, nos arts. 190-230, de seus mecanismos e aspectos organizacionais<sup>11</sup>. Os direitos sociais de trabalho (art. 6º CF), educação (art. 205 c/c art. 6º CF), habitação, saúde, cultura e assistência social (art. 203) dependem, na sua atualização, da satisfação de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica.

Vale ressaltar que os direitos fundamentais sociais na Constituição brasileira estão longe de formarem um “grupo homogêneo” no que diz respeito a seu conteúdo e à forma de sua positivação<sup>12</sup>. O constituinte não seguiu, na sua composição, nenhuma linha ou teoria específica, mas acabou criando um

capítulo bastante contraditório no tocante à relação interna dos direitos e garantias. A redação desses artigos tão importantes foi considerada confusa e metodologicamente inadequada<sup>13</sup>.

A Constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado (“livre espaço de conformação”). Essa função legislativa seria degradada se entendida como mera função executiva da Constituição. Num sistema pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe principalmente aos órgãos políticos e legislativos<sup>14</sup>.

O primeiro intérprete da Constituição é o legislador, ao qual a Constituição confere uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado (“liberdade de conformação”). Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece necessária a revisão do vetusto dogma da “separação dos poderes” em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos direitos fundamentais sociais a prestações materiais depende naturalmente dos recursos públicos disponíveis; normalmente há uma delegação constitucional para o legislador

concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da separação dos poderes<sup>15</sup>.

### *3. Falhas na prestação dos serviços públicos sociais – falta de leis ordinárias?*

No entanto, a eficácia social reduzida dos direitos fundamentais sociais não se deve à falta de leis ordinárias; o problema maior é a não-prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público<sup>16</sup>. A grande maioria das normas para o exercício dos direitos sociais já existe. O problema parece estar na formulação, implementação e manutenção das respectivas *políticas* públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos Estados e Municípios.

Onde já foi implantado o serviço público necessário para a satisfação de um direito fundamental, a sua não-prestação em descumprimento da lei ordinária pode ser atacada com o mandado de segurança<sup>17</sup>. A situação se torna mais complicada onde o Poder Público mantém-se inerte, não instalou os serviços necessários ou onde os mesmos funcionam precariamente (omissão parcial ou total – ex.: hospitais públicos).

Os direitos fundamentais sociais à educação e saúde não são simplesmente “normas programáticas”, mas foram regulamentados por meio do estabelecimento expresso de deveres do Estado e, correspondentemente, de direitos subjetivos dos indivíduos. O direito à educação é definido como dever do Estado e da família (art. 205). O art. 208 especifica que esse dever do Estado “será efetivado mediante a garantia de (...)”, enumerando, em seguida, uma série de metas ou objetivos a serem alcançados. O seu § 1º diz que o acesso ao ensino obrigatório é gratuito e um direito público subjetivo; segundo o § 2º, “o seu não-oferecimento ou oferta irregular importam responsabilidade da autoridade competente”. A qualidade do ensino em todos os níveis depende,

acima de tudo, da contratação de professores, do pagamento de um salário digno, da sua qualificação e reciclagem. Os prédios escolares devem ser mantidos em boas condições, aquisição de material escolar, limpeza, etc.

O direito à saúde, por sua vez, sofreu uma regulamentação constitucional menos forte. Nos artigos 196 a 200 da Carta Federal, não consta que ele seja um direito subjetivo público, nem que haja responsabilidade da autoridade quando da falta ou insuficiência do serviço<sup>18</sup>. A qualidade dos serviços públicos de saúde depende do fornecimento de remédios, vagas e leitos nos pronto-socorros e hospitais, da contratação de médicos especializados, de enfermeiros suficientes, etc.<sup>19</sup>

Pergunta-se, portanto, se a tolerância da deterioração ou a não-estruturação de um serviço social básico como a educação ou a saúde pode ser questionada na justiça. Outro problema correlato é o da não-execução dos orçamentos públicos, isto é, a não aplicação, por parte dos agentes do Poder Executivo nos três níveis federativos, dos recursos financeiros previstos pela lei orçamentária para determinadas tarefas e serviços públicos.

Sem poder aprofundar esse aspecto, constatamos que ainda são poucos os meios jurídicos eficientes para combater a má aplicação dos recursos públicos. Nesse contexto, ações de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92) normalmente não procedem<sup>20</sup>. A ação popular em defesa da moralidade administrativa (art. 5, LXXI, CF) igualmente apresenta grandes dificuldades.<sup>21</sup> O controle dos Tribunais de Contas, onde houver, restringe-se aos aspectos formais dos gastos. Até hoje existem municípios onde se gasta – legalmente! – mais dinheiro em divertimentos populares (contratação de “trios elétricos”) ou na manutenção da Câmara do que em toda área da saúde pública. Esperam-se novos impulsos da polêmica “Lei da Responsabilidade Fiscal”, ainda em tramitação no Congresso Nacional.

#### 4. Eficácia dos direitos sociais: a “proibição de retrocesso”; aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais?

Foi Rui Barbosa quem introduziu no Brasil, inspirado no sistema norte-americano, o conceito das normas constitucionais *auto-aplicáveis* (*self-executing*) e *não auto-aplicáveis* (*not self-executing*). Segundo Clève, o Supremo Tribunal Federal do Brasil, até hoje, está trabalhando com essa “insuficiente dicotomia”<sup>22</sup>.

As normas sobre direitos fundamentais são de *aplicação imediata*, conforme disposto no § 1º do art. 5º da Constituição Federal<sup>23</sup>. Esse dispositivo serve para salientar o caráter preceptivo e não-programático dessas normas, deixando claro que os direitos fundamentais podem ser imediatamente invocados, ainda que haja falta ou insuficiência da lei. O seu conteúdo não precisa ser concretizado por lei; eles possuem um conteúdo que pode ser definido na própria tradição da civilização ocidental-cristã, da qual o Brasil faz parte. A sua regulamentação legislativa, quando houver, nada acrescentará de essencial: apenas pode ser útil (ou, porventura, necessária) pela certeza e segurança que criar quanto às condições de exercício dos direitos ou quanto à delimitação frente a outros direitos<sup>24</sup>.

O legislador ordinário, ao concretizar os direitos fundamentais, goza de uma relativa liberdade de conformação, sendo esta bem maior relativamente a normas programáticas<sup>25</sup>. Em relação aos direitos sociais, o dispositivo da aplicação imediata não ganha importância maior, visto que esses devem ser tratados de maneira diferente dos direitos clássicos na defesa contra o poder estatal. Sarlet entende que o art. 5º, § 1º, impõe aos órgãos estatais a tarefa de “maximizar a eficácia” dos direitos fundamentais.

Por *eficácia jurídica* entendemos a capacidade (teórica) de uma norma constitucional para produzir efeitos jurídicos. A *efetividade*, por sua vez, significa o desempenho concreto da função social do Direito,

representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social<sup>26</sup>.

José Afonso da Silva, em obra famosa, trata somente da eficácia *jurídica* dos direitos sociais. Ele mantém a sua subdivisão das normas naquelas de eficácia imediata, eficácia contida (mais restringíveis por lei ordinária) e – as mais interessantes para nós – as normas de eficácia limitada ou restrita<sup>27</sup>. No entanto, o autor aceita a criação de direitos *subjetivos* individuais a partir de direitos fundamentais sociais somente na sua vertente negativa, isto é, quando o legislador ou a administração tomem atitudes contra o objetivo expresso nelas: qualquer lei que atente contra esses princípios seria inconstitucional.

Para podermos construir uma garantia da manutenção do nível de prestação social uma vez alcançado, seria importante esclarecer se essa proibição se refere somente à atividade legislativa ou também ao nível de organização fática dos serviços básicos e do volume das prestações materiais, como cortes no orçamento da respectiva entidade pública. Também não fica claro se as leis orçamentárias nos três níveis federativos poderiam diminuir o valor das verbas destinadas aos fins sociais básicos e se leis ordinárias já existentes sobre o assunto não podem mais ser revogadas. Infelizmente, os defensores dessa tese da “proibição do retrocesso” ainda não aprofundaram a questão. Ainda não houve decisão judicial que tivesse declarado inconstitucional uma lei ou um ato que diminuiu uma prestação social<sup>28</sup>.

Lopo Saraiva, por sua vez, não aceita que as normas programáticas da Constituição sobre direitos sociais criaram direito subjetivo somente em seu aspecto negativo, e não sob o ângulo positivo. Ele nega que o efeito jurídico dessas normas só se manifestaria numa eventual nulidade de normas legais que contrariassem o sentido do preceito ou programa declarado na Constituição<sup>29</sup>. É essa a tendência progressiva da doutrina

constitucional moderna no Brasil, como veremos adiante.

*5. A doutrina alemã dos direitos fundamentais de defesa como base de direitos a prestações positivas: transponível para o Brasil?*

A dogmática jurídica alemã é, em muitos aspectos, transponível ou adaptável para o Brasil, já que muitos preceitos e formulações das Cartas de 1988 e anteriores foram fortemente inspirados pela Lei Fundamental Alemã. Todavia, isso não acontece com os direitos sociais, que quase não constam da atual constituição germânica. Devemos lembrar que os mesmos textos e procedimentos jurídicos são capazes de causar efeitos completamente diferentes, quando utilizados em sociedades desenvolvidas (centrais) como a alemã, ou numa periférica como a brasileira<sup>30</sup>. Não se pode transportar um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem levar-se em conta os condicionamentos sócio-culturais e econômico-políticos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos<sup>31</sup>.

Um número elevado de importantes contribuições de autores brasileiros sobre o tema dos direitos fundamentais e sua interpretação fazem referência expressa à doutrina e jurisprudência da Alemanha<sup>32</sup>. A estrutura da Carta de 1988 – bem como os textos constitucionais da Espanha e de Portugal, pelos quais foi fortemente influenciada – difere bastante daquela da Lei Fundamental de Bonn. Aquelas contêm um alto número de normas programáticas, mandamentos, diretivas, fixação de metas e dão menos valor a uma normatividade estrita, à obrigatoriedade e justiciabilidade.

O modelo de Estado Social vigente na Alemanha de hoje tem como pontos básicos a industrialização, a tecnologia, a comunicação e a racionalidade na gestão dos serviços públicos. O Estado não é chamado somente para preservar e proteger o funcionamento livre da ordem econômica, mas

para desenhar e planejar a vida social e o futuro da sociedade como um todo. Esse tipo de Estado Social já ultrapassa nas suas finalidades e pretensões o modelo clássico do *Welfare State* e procura a harmonia entre, num lado, idéias liberais de uma economia livre e, no outro, a igualdade de chances e a distribuição de riquezas<sup>33</sup>. Nesse contexto, vem-se tornando uma tarefa essencial a progressiva “prevenção de riscos” (*Risikoversorge*): o Estado tenta nortear e direcionar o processo de desenvolvimento científico-tecnológico da sociedade, protegendo-a contra as possíveis conseqüências perniciosas de fenômenos como a manipulação genética, a alteração de ecossistemas, doenças novas, a energia nuclear, etc<sup>34</sup>.

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (de 1949) não incorporou nenhum ordenamento sistemático dos direitos sociais da “segunda geração” (dos trabalhadores, educação, saúde, assistência), fato que se deve às más experiências com a Carta anterior de Weimar. Essa Constituição de 1919 é tida, no mundo inteiro, como uma das primeiras Cartas que incorporaram os direitos sociais a prestações estatais no seu texto. No entanto, para a doutrina constitucional alemã pós-guerra, ela serve como modelo de uma Carta “fracassada” que, inclusive, contribuiu para a radicalização da política desse país nos anos 20 e a tomada do poder pelos nazistas em 1933<sup>35</sup>. Os seus modernos artigos sobre direitos sociais foram “ridicularizados” por parte dos integrantes da extrema direita e esquerda política, como “promessas vazias do Estado burguês” e “contos de lenda”.

Como conseqüência, o legislador fundamental de 1949 renunciou deliberadamente à formulação de normas que conferem direitos subjetivos a prestações. Os direitos sociais, cuja eficácia sempre depende de vários fatores econômicos e políticos, ficaram de fora<sup>36</sup>. A maioria dos autores alemães se dirige contra direitos fundamentais sociais na constituição, porque estes seriam, na sua maioria, não-realizáveis na

atualidade por parte do Estado, provocando a impressão do cidadão de que todo o texto constitucional seria nada mais do que uma “construção de frases” ou um “caticismo popular, cheio de utopias” que resultaria na perda da normatividade da Carta e da sua força de estabelecer valores<sup>37</sup>.

Por outro lado, quase todas as constituições dos 16 Estados federados alemães (*Länder*) contêm direitos sociais. Houve uma discussão acirrada sobre a necessidade da inclusão desses direitos da “segunda geração” (especialmente a emprego e habitação) no texto da Carta Federal no contexto da unificação das Alemanhas em 1990, prevalecendo a linha que não quis “mexer” nas bases estruturais de um texto que, durante 40 anos, garantiu estabilidade, bem-estar e liberdade.

Os direitos humanos básicos da vida e da integridade física também estão intimamente ligados aos direitos “sociais” à saúde e assistência social. Aqueles são tradicionalmente considerados como direitos de “defesa do indivíduo contra o Estado” (da primeira geração) para que este não interfira negativamente na liberdade das pessoas. No entanto, no Estado moderno, os direitos fundamentais clássicos ligados à liberdade estão cada vez mais fortemente dependentes da prestação de determinados serviços públicos, sem os quais o indivíduo sofre sérias ameaças. Os direitos fundamentais de defesa somente podem ser eficazes quando protegem, ao mesmo tempo, as condições materiais mínimas necessárias para a possibilidade da sua realização. Especialmente na área os direitos básicos da vida e da integridade física, as prestações positivas do Estado para a sua defesa não podem ficar na dependência da viabilidade orçamentária<sup>38</sup>.

Onde o poder estatal deixa de desenvolver esforços para atender a população mais carente, que não tem condições de pagar um plano privado de saúde, na área da saúde preventiva e curativa, essas pes-

soas acabam sendo ameaçadas imediatamente no seu direito à vida e integridade física<sup>39</sup>.

A doutrina moderna dá ênfase em afirmar que qualquer direito fundamental constitucional – seja ele direito civil e político ou econômico, social e cultural – contém, ao mesmo tempo, componentes de obrigações positivas e negativas para o Estado<sup>40</sup>. Nessa visão, a tradicional diferenciação entre os direitos “da primeira” e os “da segunda” geração é meramente gradual, mas não substancial, visto que muitos dos direitos fundamentais tradicionais foram re-interpretados como sociais, perdendo sentido as distinções rígidas<sup>41</sup>.

O famoso autor português Gomes Canotilho, fortemente inspirado pela doutrina alemã, ressalta que o direito à vida

“é um direito subjectivo de defesa (...), com os correspondentes deveres jurídicos dos poderes públicos e dos outros indivíduos de não agredirem o ‘bem da vida’ (‘dever de abstenção’).”

Isso, segundo ele, não exclui a possibilidade de

“neste direito coexistir uma dimensão protectiva, ou seja, uma pretensão jurídica à protecção, através do Estado, do direito à vida (dever de protecção jurídica) que obrigará este, por ex., à criação de serviços de polícia, de um sistema prisional e de uma organização judiciária”.<sup>42</sup>

A não-inclusão de direitos sociais na Lei Fundamental, no entanto, não significa uma recusa do seu ideário subjacente. Assim, o conceito do “Estado Social” (art. 20, LF) representa uma “norma fim-de-Estado”<sup>43</sup> (*Staatszielbestimmung*) que fixa, de maneira obrigatória, as tarefas e a direção da atuação estatal presente e futura<sup>44</sup>, sem, no entanto, criar direitos subjetivos para a sua realização. A doutrina alemã se refere a essas normas constitucionais como “mandados” (*Aufträge*) e não propriamente “direitos”.

Em trabalho recente, Lôbo Torres, apoiando-se em autores alemães, alega que os

direitos sociais consagrados na Constituição brasileira não seriam propriamente direitos fundamentais. Essa tese é indefensável, como vamos ver adiante. O Poder Constituinte brasileiro de 1988, em face dos enormes desafios do Poder Público na área social, inseriu uma vasta gama de direitos sociais, localizando-os no Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) do Título II da Carta, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Segundo todas as regras de interpretação, esses direitos sociais, no Brasil, são também “fundamentais”, com todas as conseqüências dessa sua natureza. A tentativa de relativizá-los e de retirar-lhes a qualidade da “fundamentalidade” não traz nenhuma vantagem, mas é, ao contrário, perigosa.

A interpretação dos direitos sociais não é uma questão de “lógica jurídica”, mas de consciência social de um sistema jurídico como um todo. É questionável a transferência de teorias jurídicas, que foram desenvolvidas em países “centrais” do chamado “Primeiro Mundo” com base em realidades culturais, históricas e, acima de tudo, sócio-econômicas completamente diferentes.

Gomes Canotilho vê a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma “reserva do possível” e aponta a sua dependência dos recursos econômicos. A elevação do nível da sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado para esse efeito<sup>45</sup>. A limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais<sup>46</sup>. Essa teoria, na verdade, é uma adaptação da jurisprudência constitucional alemã (*Vorbehalt des Möglichen*)<sup>47</sup>, que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade dos mesmos estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos (composição de orçamentos).

No Brasil, como em outros países periféricos, é justamente a questão analisar quem possui a legitimidade para definir o que seja “o possível” na área das prestações sociais básicas em face da composição distorcida dos orçamentos das diferentes entidades federativas. Os problemas de exclusão social no Brasil de hoje se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparados à situação social dos países-membros da União Européia.

## 6. O “padrão mínimo social” para uma “existência digna”

Os defensores de uma interpretação progressiva dos Direitos Fundamentais Sociais alegam a sua qualidade como direitos subjetivos perante o Poder Público, obrigando-o a prestar determinados serviços de bem-estar social, os quais devem ser realizados de maneira progressiva. Nesse contexto, os direitos sociais programáticos representam “mandados de otimização” (R. Alexy) que devem ser “densificados”; o seu cumprimento pode ser negado por parte do Estado somente temporariamente em virtude de uma impossibilidade material evidente e comprovável<sup>48</sup>.

Segundo a Teoria do Estado Social, o Poder Público tem o dever de transpor as liberdades da Constituição para a realidade constitucional. Na vida moderna, que é regida pela tecnologia e a indústria, a prestação dos serviços públicos se torna cada vez mais importante para o exercício dos direitos sociais (escolas, cultura, comunicações, fornecimento de energia, água, transportes). Onde o Estado cria essas ofertas para a coletividade, ele deve assegurar a possibilidade da participação do cidadão. Onde a legislação não concede um direito expresso ao indivíduo de receber uma prestação vital, ele pode recorrer ao direito fundamental da igualdade em conexão com o princípio do Estado Social<sup>49</sup>. Dessa maneira, os direitos fundamentais da

primeira geração foram tomados como fonte de direitos subjetivos a prestações positivas do Estado.

A teoria engenhosa que liga a prestação do “mínimo social” aos direitos fundamentais de liberdade (primeira geração) é fruto da doutrina alemã pós-guerra que tinha de superar a ausência de qualquer direito fundamental social na Lei Fundamental de Bonn, sendo baseada na função de estrita normatividade e jurisdicionalidade do texto constitucional. Assim, a Corte Constitucional Alemã extraiu o direito a um “mínimo de existência” do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, I, Lei Fundamental), do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (art. 20, I)<sup>50</sup>. Não há dúvidas que ela parte de um direito fundamental a um “mínimo vital”<sup>51</sup>. Ao mesmo tempo, a Corte deixou claro que esse “padrão mínimo indispensável” não poderia ser desenvolvido pelo Judiciário como “sistema acabado de solução”, mas por meio de uma “casuística gradual e cautelosa”<sup>52</sup>.

A teoria do “mínimo existencial”, que tem a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna, até hoje foi pouco discutida na doutrina constitucional brasileira e ainda não foi adotada com as suas conseqüências na jurisprudência do país.

Lôbo Torres quer ligar o conceito do “mínimo social” ao *status positivus libertatis* (Jellinek), entendendo-o como *conditio sine qua non* às condições iniciais da liberdade<sup>53</sup>. Citando a doutrina constitucional alemã dominante<sup>54</sup>, ele alega que, sem o mínimo necessário à existência, cessaria a possibilidade da própria sobrevivência. Esse mínimo garantido nas condições materiais de existência estaria baseado no próprio conceito da dignidade humana<sup>55</sup>.

Num lado, é válida a tentativa do autor de fecundar, dentro da doutrina brasilei-

ra, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, III, CF, visto que jurisprudência e doutrina ainda não criaram linhas firmes de interpretação desses princípios. Ao mesmo tempo, o autor reconhece que

“os Direitos Fundamentais e o Mínimo Existencial, nos países em desenvolvimento, têm uma extensão maior do que nas nações ricas, pela necessidade da proteção estatal aos bens essenciais à sobrevivência das populações miseráveis”

e que

“as pretensões dos pobres à assistência social requerem a interpretação extensiva”<sup>56</sup>.

Por outro lado, Lôbo Torres lamenta que, nas últimas décadas, tenha havido

“a desinterpretação dos mínimos sociais e da necessidade de maximização dos direitos sociais, com o emburilhamento das garantias que os cercam”.

Nessa sua visão, o acesso universal igualitário às ações e serviços de saúde, assegurado no art. 196 da Constituição, transformado em gratuito pela legislação infraconstitucional, torna-se utópico, uma “proclamação demagógica”, que gera expectativas inalcançáveis para os cidadãos<sup>57</sup>.

Para Barroso, esse “padrão mínimo” no cumprimento das tarefas estatais poderia, sem maiores problemas, ser ordenado por parte do Judiciário, o que deixa de acontecer devido apenas a motivos ideológicos e não jurídico-rationais<sup>58</sup>. Sarlet demonstra que, no caso da negação de prestações de serviços sociais básicos por parte do Estado, não conseguem convencer os argumentos comuns da falta de verbas e da falta da competência do Judiciário para decidir sobre a aplicação dos recursos públicos, especialmente na área da saúde, o bem maior da vida humana. Para ele, “a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba por se equiparar à aplicação de uma pena de morte”<sup>59</sup>.

Uma garantia mais efetiva da prestação dos serviços básicos e da assistência social no Brasil também não levaria a uma situação de “tutela” ou criação de dependência do cidadão em relação às prestações sociais do Estado, um perigo que pode existir somente em países de índices elevados de desenvolvimento<sup>60</sup>. No entanto, essa visão mais moderna ainda não representa a linha dominante na doutrina e jurisprudência do Brasil. São justamente os tribunais superiores que mostraram fortes objeções e ressalvas contra a sua própria legitimidade a formular ordens concretas contra governos referentes à prestação adequada dos serviços públicos sociais.

### 7. A questão da “constituição dirigente”

Na doutrina constitucional contemporânea, comenta-se a mudança na linha doutrinária do famoso constitucionalista português Gomes Canotilho. Na sua obra “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, publicada em 1982, ele defendia a tese de que as normas programáticas constitucionais sobre direitos sociais, econômicos e culturais seriam capazes de obrigar o legislador a criar as respectivas leis ordinárias que fixassem as prestações positivas e o Poder Executivo a oferecer os serviços e prestações para realização do conceito constitucional. Ao mesmo tempo, o autor não quis permitir a redução dos direitos sociais a um simples apelo ao legislador, mas os entendia como

“verdadeira imposição constitucional, legitimadora de transformações econômicas e sociais, na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos”.

Afirmava que a inércia do Estado quanto à criação de condições de sua efetivação podia dar lugar à inconstitucionalidade por omissão<sup>61</sup>.

Ultimamente, Canotilho revidou esse seu posicionamento, declarando-se adepto de

um “constitucionalismo moralmente reflexivo” (U. Preuss) em virtude do “descrédito de utopias” e da “falência dos códigos dirigentes”, que causariam a preferência de “modelos regulativos típicos da subsidiariedade”, de “autodireção social estatalmente garantida”<sup>62</sup>. O “entulho programático” e as “metanarrativas” da Carta Portuguesa, segundo ele, impediriam aberturas e alternativas políticas, tornando necessário “desideologizar” o texto constitucional<sup>63</sup>. O modelo da “constituição dirigente” hoje também estaria imprestável perante a transformação de ordens jurídicas nacionais em ordens parciais, em que as constituições são relegadas para um plano mais modesto de “leis fundamentais regionais”.

Além disso, o autor português passou a negar a possibilidade da geração de direitos subjetivos na base de direitos constitucionais sociais, alegando que somente o legislador ordinário seria legitimado a determinar o conteúdo concreto dos direitos sociais, sem vinculação estrita às normas programáticas da Constituição. Assim, ele afirma, por exemplo, que a garantia constitucional da gratuidade do acesso a todos os graus de ensino “pode lançar a constituição nas querelas dos limites do Estado Social e da ingovernabilidade”<sup>64</sup>. Lôbo Torres comunga com essa “nova” posição do mestre lusitano e nega a possibilidade de eficácia das normas constitucionais atributivas de direitos sociais sem a intermediação da lei<sup>65</sup>.

Essa mudança de visão se deve certamente à forte influência da doutrina tradicional alemã (K. Hesse) e à situação social alterada de Portugal no seio do processo de integração econômica e política na União Européia que proporcionou ao país uma prosperidade econômica e estabilidade econômica e social jamais vivenciada antes, mas definitivamente não é transferível, sem os devidos ajustes, ao sistema jurídico e social do Brasil. Bercovici está coberto de razão quando salienta que a “constituição dirigente”, que é o modelo da Carta de 1988,

não tolhe a liberdade do legislador ou a discricionariedade do governo de maneira a prescrever uma linha única de atuação para a política, mas estabelece um fundamento constitucional para a política, tornando-se sua premissa material<sup>66</sup>.

As condições culturais, políticas e sócio-econômicas vigentes no Brasil no final do século XX não exigem uma exaltação de teorias liberalistas e internacionalistas, mas um desenvolvimento firme e contínuo em direção ao Estado Social, preconizado pela Carta de 1988, com todas as suas conseqüências. Nesse processo, o Poder Público tem necessariamente um outro papel do que na Europa unificada, onde o nível de organização e atuação da sociedade civil é incomparavelmente mais alto.

#### *8. O Poder Judiciário: a tradição do formalismo; necessidade de uma interpretação constitucional material-valorativa*

Normas constitucionais sobre direitos fundamentais contêm, por natureza, conceitos vagos, abstratos, de textura aberta, que constituem fórmulas valorativas, as quais não podem ser interpretadas adequadamente mediante os métodos tradicionais da hermenêutica jurídica<sup>67</sup>.

Talvez o maior impedimento para uma proteção mais efetiva dos direitos fundamentais seja a atitude ultrapassada de grande parte da magistratura brasileira para com a interpretação constitucional, cuja base até hoje consiste no *formalismo* jurídico que tem dominado gerações de operadores de Direito, especialmente durante o tempo autoritário. Segundo Bobbio, a concepção “formalista” da interpretação jurídica, fruto do jus-positivismo, dá absoluta prevalência às formas com base numa operação meramente lógica, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos da norma legislativa com prejuízo da finalidade perseguida por esta, da realidade social que se encontra por trás das formas e dos conflitos de interesse que se deve dirimir<sup>68</sup>.

Podemos observar, até os dias de hoje, uma maneira extremamente formal de argumentação em grandes partes da doutrina e jurisprudência do Brasil, que se concentra quase exclusivamente em aspectos lógico-formais da interpretação jurídica e não permite a influência de pontos de vista valorativos, ligados à justiça material<sup>69</sup>. O operador jurídico ainda não está acostumado a questionar o conteúdo material de normas legais ou atos administrativos. Segundo José E. Faria,

“é cada vez maior o número de juízes conscientes de que não estão preparados técnica e intelectualmente para lidar com o que é inédito; (...) de que foram treinados para interpretar normas programáticas e normas com conceitos indeterminados (...)”<sup>70</sup>.

Podemos observar que muitos representantes das diferentes profissões jurídicas gostariam de aplicar, no seu trabalho diário, os direitos fundamentais com mais coerência. Eles reclamam do “pouco apoio” por parte da literatura constitucional clássica, que normalmente se restringiu a apresentar a evolução e positivação dos diferentes direitos humanos, acrescentando somente algumas decisões dos tribunais superiores a respeito<sup>71</sup>.

Apesar do fato de a doutrina constitucional moderna no Brasil enfatizar que o Estado Social preconizado pela Carta de 1988 exige um novo entendimento das suas normas jurídicas, que seja orientado por valores<sup>72</sup>, a maioria dos operadores (juízes, promotores, procuradores, administradores, advogados) ainda não passou a interpretar as normas constitucionais e ordinárias (civis, comerciais, administrativas) “no espírito” dos direitos fundamentais e seus valores subjacentes.

A natureza político-social dessas normas impõe a necessidade de métodos de interpretação específicos. O modelo dominante no Brasil sempre foi de perfil “liberal-individualista-normativista”, que nega a apli-

cação das normas programáticas e dos princípios da nova Constituição<sup>73</sup>. Enquanto o positivismo jurídico formalista exigia a “neutralização política do Judiciário”, com juízes racionais, imparciais e neutros, que aplicam o direito legislado de maneira lógico-dedutiva e não criativa, fortalecendo desse modo o valor da segurança jurídica, o moderno Estado Social requer uma magistratura preparada para realizar as exigências de um direito material, “ancorado em normas éticas e políticas, expressão de idéias para além das decorrentes do valor econômico”<sup>74</sup>.

Apostolova enfatiza que as expectativas e reivindicações de novos movimentos e grupos sociais da garantia dos seus direitos aumentaram a “visibilidade social e política” do Poder Judiciário, que se transformou cada vez mais num “espaço de confronto e negociação de interesses”. A concretização desses direitos sociais exige alterações das funções clássicas dos juízes que se tornam co-responsáveis pelas políticas dos outros poderes estatais, tendo que orientar a sua atuação para possibilitar a realização de projetos de mudança social, o que leva à ruptura com o modelo jurídico subjacente ao positivismo, a separação do Direito da Política<sup>75</sup>.

A questão hermenêutica dos direitos fundamentais deixa de ser um problema de correta subsunção do fato à norma para se tornar um problema de conformação política dos fatos, isto é, de sua transformação conforme um projeto ideológico (e não lógico)<sup>76</sup>. O Judiciário não quer assumir o papel de “arquiteto social” e ser responsabilizado por uma possível convulsão financeira nos orçamentos públicos. No entanto, podemos observar um

“progresso de erosão da rigidez lógico-formal em razão das exigências de justiça distributiva e, por conseqüência, dos imperativos de racionalidade material”<sup>77</sup>.

Para José E. Faria, a magistratura brasileira, considerada a partir de seu *ethos* cultural, corporativo e profissional,

“tem desprezado o desafio de preencher o fosso entre o sistema jurídico vigente e as condições reais da sociedade, em nome da ‘segurança jurídica’ e de uma visão por vezes ingênua do equilíbrio entre os poderes autônomos”<sup>78</sup>.

Para ele, os tribunais, apesar dos novos direitos consagrados pela Carta de 1988, continuam com uma cultura técnico-profissional defasada – com métodos exclusivamente formais de caráter lógico, sistemático e dedutivo –, incapazes de entendê-los e, por conseqüência, de aplicá-los<sup>79</sup>.

Segundo José Afonso da Silva, a eficácia das normas programáticas sobre direitos sociais constitucionais é sobretudo interpretativa, como orientação axiológica para a compreensão do sistema jurídico nacional. Ele lamenta que nem a doutrina nem a jurisprudência tenham percebido o seu alcance, nem lhes dado aplicação adequada, como princípios-condição da justiça social<sup>80</sup>.

Entre as teorias existentes sobre os direitos fundamentais<sup>81</sup>, são aceitas no Brasil a *liberal* e a *institucional*, enquanto a Teoria dos Valores (R. Smend), que entende os direitos fundamentais como expressão de uma “ordem objetiva de valores”, ainda encontra fortes ressalvas. Segundo essa teoria – defendida pela Corte Constitucional Alemã –, os direitos fundamentais atuam sobre as relações jurídicas diante dos poderes públicos e sobre as relações jurídicas dos cidadãos entre si. Assim, os valores assentados nos direitos fundamentais são capazes de impregnar toda a ordem jurídica, como o exercício da discricionariedade administrativa e o preenchimento das cláusulas gerais do direito civil (ex.: “boa-fé”, “bons costumes”).

Essa compreensão jurídico-objetiva também é de fundamental importância para os *deveres* do Estado, pois a vinculação de todos os poderes aos direitos fundamentais contém não só uma obrigatoriedade negativa do Estado de *não fazer* intervenções em áreas protegidas pelos di-

reitos fundamentais, mas também uma obrigação *positiva* de fazer tudo para realizar os mesmos, mesmo se não existir um direito público subjetivo do cidadão.

Evidentemente, qualquer tipo de teoria *valorativa* floresce melhor na base de um pensamento jus-naturalista, como foi o caso na Alemanha pós-guerra como reação aos abusos do regime nazista, que se valeu, no início, de teses jus-positivistas para impedir uma crítica de conteúdo moral e ético contra suas medidas legislativas, as quais, na sua maioria, foram elaboradas de maneira “formalmente legal”, mas em contradição evidente com os direitos fundamentais e os princípios materiais da Constituição de Weimar<sup>82</sup>.

A experiência do “relativismo” total do conteúdo das leis positivas levou o famoso jurista e filósofo Gustav Radbruch, inicialmente positivista ferrenho, a mudar completamente a sua posição depois da guerra e defender a existência de “injustiça legal e direito supralegal” e de “leis que não são direito”<sup>83</sup>. Recentemente, a Corte Constitucional Alemã se valeu dessa teoria, ao confirmar a condenação por homicídio de vários soldados da antiga Alemanha comunista que mataram centenas de cidadãos alemães orientais que tentaram ultrapassar a fronteira para a Alemanha Ocidental; os acusados tentaram justificar-se com a existência de uma lei que permitia o uso da arma para impedir qualquer “fuga da República”<sup>84</sup>.

O governo autoritário do Brasil pós-1964 se serviu também de medidas *formalmente* legais para limitar a independência dos órgãos estatais e restringir os direitos civis e políticos da população, como fez o Ato Institucional nº 5, de 13-12-1968<sup>85</sup>. Essas experiências, no entanto, não levaram a uma posição mais crítica de amplos segmentos da doutrina e jurisprudência em relação às teorias e posições positivistas (“kelsenianas”)<sup>86</sup>, que defendem até hoje a estrita separação entre argumentos jurídicos (“científicos”) e argumentos “metajurídicos”, como valorativos, ético-morais,

sociológicos. São justamente esses aspectos que voltam a ocupar um espaço importantíssimo na interpretação de princípios fundamentais e de normas principiológicas – como os direitos fundamentais –, bem como outros conceitos constitucionais abertos.

### *9. Nova compreensão da teoria da separação dos poderes; controle judicial de políticas e orçamentos públicos*

Em princípio, a estrutura do Poder Judiciário é relativamente inadequada para dispor sobre recursos ou planejar políticas públicas. Ele também carece de meios compulsórios para a execução de sentenças que condenam o Estado a cumprir uma tarefa ou efetuar uma prestação omitida; não há meios jurídicos para constranger o legislador a cumprir a obrigação de legislar<sup>87</sup>.

Em certas condições, o incumprimento pelo legislador ou do governo das tarefas constitucionais ligadas aos direitos sociais é suscetível de desencadear uma inconstitucionalidade por omissão. Nesse ponto, vale ressaltar que os novos meios processuais do mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF) e da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, CF) ainda não surtiram os efeitos desejados e intencionados pelos Constituintes da Carta de 1988, tema complexo que não pode ser aprofundado aqui.

Há omissão legislativa sempre que o legislador não cumpre (ou cumpre insuficientemente) o dever constitucional de concretizar imposições constitucionais concretas. Ele pode não agir (omissão total) ou tomar medidas insuficientes ou incompletas (omissão parcial); no último caso, têm relevo decisivo considerações de caráter material, que dependem do grau de densidade da norma impositiva<sup>88</sup>. Assim, os direitos sociais podem funcionar como verdadeiros direitos subjetivos e ser invocados judicialmente por meio de ações de inconstitucionalidade por omissão e ação<sup>89</sup>.

A consequência do não-atendimento aos preceitos constitucionais por omissão legislativa ou administrativa pode resultar numa inconstitucionalidade permanente, que leva à desestabilização política. Ao mesmo tempo, é incontestável o valor político de uma decisão judicial que declara que o Estado está em mora com obrigações constitucionais econômicas, sociais e culturais; essas sentenças assumem o papel de importantes veículos para canalizar as reivindicações da sociedade<sup>90</sup>.

Gilmar F. Mendes sugere, nesse contexto, a aplicação do modelo da “decisão de apelo” da Corte Constitucional Alemã<sup>91</sup>, medida que provavelmente não lograria causar os mesmos efeitos, em virtude das relações políticas e sócio-culturais bastante diferentes dos órgãos constitucionais supremos entre si. O cumprimento de um mandamento apelativo pressupõe um clima de respeito mútuo e autoridade do Supremo Tribunal em relação ao Governo e o Congresso Nacional, o que nem sempre tem existido no Brasil nos últimos anos.

Em geral, encontramos no Brasil uma resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, aos quais se reserva um amplo espaço de atuação autônoma, discricionária, em que as decisões do órgão ou do agente público são insindicáveis quanto à sua conveniência e oportunidade. O Supremo Tribunal Federal, na sua atitude exagerada de “auto-restrição judicial” (*judicial self-restraint*), recusa-se, até hoje, a controlar os pressupostos constitucionais da edição de medidas provisórias pelo Governo Federal<sup>92</sup> e nega-se a criar as normas necessárias para resolver os casos concretos, no caso do mandado de injunção<sup>93</sup>.

O vetusto princípio da separação dos poderes, idealizado por Montesquieu, está produzindo, com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servir ao seu escopo original de garantir direitos fundamentais contra o arbítrio e,

hoje também, a *omissão* estatal<sup>94</sup>. O Estado Social moderno requer uma reformulação funcional dos poderes no sentido de uma distribuição para garantir um sistema eficaz de “freios e contrapesos”.

Sistemas jurídicos em países “centrais” como a Alemanha, em que há um alto padrão nos índices de desenvolvimento humano e um nível elevado de satisfação da população em relação aos serviços sociais básicos, recusam, com bons argumentos, a idéia do Poder Judiciário como “arquiteto da ordem social”, acima de tudo pela falta de legitimidade democrática e de aptidão funcional para efetuar uma distribuição dos recursos públicos disponíveis<sup>95</sup>.

Cappelletti destaca que os juízes de muitos países têm assumido a posição de negar o caráter preceptivo, ou *self-executing*, de leis ou direitos programáticos de cunho social, que normalmente se limitam a definir finalidades, princípios gerais. No entanto, o Poder Judiciário, mais cedo ou mais tarde, teria que

“aceitar a realidade da transformação da concepção do direito e da nova função do estado, do qual constituem também, afinal de contas, um ramo”.

Para tal fim, os juízes devem controlar e exigir o cumprimento do dever do Estado de intervir ativamente na esfera social<sup>96</sup>. A atividade de interpretação e realização das normas sociais na Constituição implica, necessariamente, um alto grau de *criatividade* do juiz, o que, por si, não o torna um “legislador”<sup>97</sup>.

No entanto, B. Santos observa que, nos países periféricos como o Brasil, a atuação dos juízes se caracteriza pela resistência em assumir a sua co-responsabilidade na ação providencial do Estado<sup>98</sup>. Nessa linha, exige-se um Judiciário “intervencionista” que realmente ousa controlar a falta de qualidade das prestações dos serviços básicos e exigir a implementação de políticas sociais eficientes. Nesse contexto, as decisões da administração pública não po-

dem se distanciar da “programaticidade principiológica” da Constituição<sup>99</sup>.

Concordamos com C. Clève, que defende um novo tipo de Poder Judiciário e de compreensão da norma constitucional, e juízes “ativistas”, vinculados às diretivas e às diretrizes materiais da Constituição, voltados para a plena realização dos seus comandos e não apenas apegados aos esquemas da racionalidade formal e, por isso, muitas vezes simples guardiões do *status quo*<sup>100</sup>. Torna-se necessária, portanto, uma “mudança de paradigmas” na percepção da sua própria posição e função no moderno Estado Social de Direito.

O Poder Executivo, por sua vez, não somente “executa” as normas legislativas sobre direitos sociais. Ele cria as próprias “políticas” e os programas necessários para a realização dos ordenamentos legais. Essa função governamental planejadora e implementadora é decisiva para o próprio conteúdo das políticas e a qualidade da prestação dos serviços. O dilema do nível baixo de qualidade dos mesmos parece estar concentrado na não-alocação de recursos suficientes nos orçamentos públicos, seja da União, dos Estados ou dos Municípios, e, parcialmente também na não-execução dos respectivos orçamentos pelos órgãos governamentais.

No entanto, as questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais, como a formulação das respectivas políticas, no Estado Social de Direito não estão relegadas somente ao governo e à administração<sup>101</sup>, mas têm o seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pelo Poder Executivo pode e deve ser controlada pelo Poder Judiciário. Para Campilongo,

“o magistrado atua, no Estado Social, como garantidor da estabilidade e da dinâmica institucionais”<sup>102</sup>.

K. Comparato enfatiza que o conceito de *política*, no sentido de programa de ação, só recentemente foi descoberto pela teoria jurídica por corresponder a uma realida-

de desimportante antes da Revolução Industrial. Segundo ele,

“a política aparece, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”<sup>103</sup>.

O autor defende a tese que o Judiciário possui competência, apesar do princípio da separação dos poderes, para julgar “questões políticas” e alega que a “clássica falsa objeção à judiciabilidade das políticas governamentais” se deve ao mau entendimento da *political question doctrine* da Suprema Corte dos EUA.

O controle de constitucionalidade, segundo Comparato, inclui os objetivos gerais da respectiva política perante as normas-objetivo da Constituição, bem como as regras que estruturam o desenvolvimento dessa atividade; uma política econômica exclusivamente voltada para a estabilidade monetária seria uma afronta contra os dispositivos do art. 170, CF. No entanto, o autor reconhece que a probabilidade de introdução do juízo de constitucionalidade de políticas públicas no Brasil atualmente é remotas<sup>104</sup>.

Segundo L. Lopes, os direitos sociais (saúde e educação pública, segurança, previdência social) não são fruíveis ou exequíveis individualmente, o que não quer dizer que juridicamente não possam, em determinadas circunstâncias, ser exigidos como se exigem judicialmente outros direitos subjetivos. De regra, os serviços sociais dependem, para sua eficácia, de atuação do Executivo e do Legislativo por terem o caráter de generalidade e publicidade. Uma solução do problema para o autor é a possibilidade da contestação e do controle das leis orçamentárias, por ação direta de inconstitucionalidade (por meio do Ministério Público, art. 102, I, CF), toda vez que contrariarem dispositivos constitucionais<sup>105</sup>.

Um orçamento público, quando não atende aos preceitos da Constituição, pode e deve ser corrigido mediante alteração do

orçamento consecutivo, logicamente com a devida cautela. Em casos individuais, pode ocorrer a condenação do Poder Público para a prestação de determinado serviço público básico, ou o pagamento de serviço privado (exemplo: reembolso das despesas de atendimento em hospital particular)<sup>106</sup>.

Com Perez, não podemos admitir é que os direitos fundamentais tornem-se, pela inércia do legislador, ou pela insuficiência momentânea ou crônica de fundos estatais,

“substrato de sonho, letra morta, pretensão perenemente irrealizada (...). Seria possível então, na base do sistema jurídico-constitucional brasileiro, o Poder Judiciário coibir a administração pública a realizar uma política pública ou fazer, no caso concreto, observar uma norma programática? Ou, mais concretamente, podem os Tribunais compelir um governo a executar programas de erradicação da miséria (art. 3º, III, CF)?”<sup>107</sup>

Para tanto, parece ser necessária uma “mescla do nosso sistema legalista com ingredientes do juízo discricionário da equidade, para transformar o Terceiro Poder em grande instrumento de evolução frente às disposições constitucionais programáticas”<sup>108</sup>.

Por fim, ousamos afirmar que o sistema jurídico brasileiro já está desenvolvendo uma nova visão do princípio da separação dos poderes, ainda que uma boa parte dos seus operadores ainda não se deram conta desse fato.

O ponto central dessa mudança é a crescente utilização da ação civil pública (Lei nº 7.347/85) por parte do Ministério Público e da sociedade civil para defesa dos chamados direitos *difusos*, que são também ligados à implementação dos direitos sociais pelo Estado, direitos básicos estes que compõem o arcabouço da cidadania<sup>109</sup>.

Nessa linha, B. de Moraes vê a garantia de padrões mínimos de serviços sociais básicos como uma questão da realização dos interesses *transindividuais* (difusos)<sup>110</sup>.

Segundo o entendimento prevalecente na Alemanha, os órgãos administrativos têm a função de defender (sempre) o interesse público, por meio da prestação de serviços e a implementação de políticas públicas, o que habitualmente é chamado de “cumprimento de tarefas públicas” (*öffentliche Aufgabenerfüllung*); isso inclui também as áreas da proteção ambiental, da proteção do consumidor, das crianças e adolescentes, dos serviços de saúde, educação, etc.

O simples fato de que o sistema brasileiro distingue entre interesses *públicos* (comuns) e interesses *difusos* (específicos), que são até capazes de entrar em choque entre si<sup>111</sup>, mostra que existe aqui uma certa “desconfiança” do próprio sistema contra a retidão e eficiência dos órgãos administrativos na prestação dos serviços públicos, cuja qualidade pode ser questionada em juízo.

A existência da lei da ação civil pública leva necessariamente a uma maior competência ao lado do Poder Judiciário no controle das políticas públicas. Muitas medidas, que na Alemanha estariam cobertas pela discricionariedade administrativa e portanto não-sindicáveis, no Brasil podem ser controladas pelos tribunais, por se tratar de questões envolvidas com “interesses difusos” da sociedade<sup>112</sup>.

#### 10. Normas programáticas sobre direitos sociais: mero “simbolismo”?

Com efeito, pergunta Bobbio se um direito ainda pode ser chamado de “direito” quando o seu reconhecimento e sua efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar um “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política<sup>113</sup>. A Constituição, no dizer de Hesse, não configura apenas expres-

são de um *ser*, mas também de um *dever ser*; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas, procurando imprimir ordem e conformação à realidade política e social<sup>114</sup>.

Limitar normas constitucionais a expressar a realidade de fato seria a sua negação. Mas o direito tem seus próprios limites e por isso não deve normatizar o inalcançável; ele se forma com elementos colhidos na realidade que precisam de ressonância no sentimento social. O equilíbrio entre esses dois extremos é que conduz a um ordenamento jurídico eficaz<sup>115</sup>. Na Alemanha, como no Brasil, reconhece-se que promessas constitucionais exageradas mediante direitos fundamentais sociais sem a possibilidade real da sua realização são capazes de levar a uma “frustração constitucional”, o que desacredita a própria instituição da Constituição como sistema de normas legais vigentes e pode abalar a confiança dos cidadãos na ordem jurídica como um todo<sup>116</sup>.

Segundo a classificação famosa de Karl Löwenstein, a Carta brasileira representaria uma constituição *nominal*, cujas normas ainda não estão sendo acompanhadas por parte do processo político dinâmico. No entanto, a desarmonia entre a pretensão jurídico-constitucional e as condições sócio-econômicas existentes pode ser sanada no decorrer do tempo por meio do processo esperado de maturação e desenvolvimento<sup>117</sup>. Segundo essa visão, promessas exageradas em normas constitucionais de cunho social significam, acima de tudo, um estímulo para os detentores do poder para a sua realização e uma fonte de esperança para os formalmente beneficiados<sup>118</sup>.

Essa visão está sendo rechaçada por M. Neves, que afirma que muitas normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, por não possuírem um mínimo de condições para sua efetivação, servem como *álibi* para criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, desempe-

nhando, assim, uma função preponderantemente ideológica em constituir uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas<sup>119</sup>. Para E. Grau, os direitos econômicos e sociais programáticos são capazes de funcionar como

“anteparo às expansões da sociedade, amortecida naquilo que seria expressão de sua ânsia de buscar a realização de aspirações econômicas e sociais”, criando, assim, “mitos modernos para o povo” e assumindo o papel de “instrumentos de dominação ideológica”<sup>120</sup>.

Sem querer denegar a procedência desses pontos de vista, queremos ressaltar que os direitos fundamentais sociais programáticos da Carta de 1988 exercem um importante papel, cumprindo, ao lado de sua função jurídico-normativa, uma função sugestiva, apelativa, educativa e conscientizadora<sup>121</sup>. Em muitos dispositivos, há uma exacerbação intencional do preceito normativo além do limite da sua exequibilidade racionalmente possível<sup>122</sup>.

Sua supressão do texto constitucional enfraqueceria a posição dos integrantes da sociedade civil organizada na reivindicação desses direitos junto aos governos federal, estaduais e municipais. Nessa mesma linha, J. A. da Silva vê a relevância das normas programáticas no sentido teleológico de modo que apontam para fins futuros e servem de pauta de valores para movimentos que as queiram ver aplicadas e cumpridas<sup>123</sup>. Uma concepção material de Constituição dá valor também aos efeitos políticos e culturais da Carta mediante inclusão de princípios programáticos que necessitam de uma concretização posterior.

Dessa forma, a Constituição deixa de servir somente como ordem jurídica de procedimento para o poder estatal, mas assume também a função de um documento para a integração da comunidade para a formação de consciência política<sup>124</sup>.

Para Häberle, a Constituição de um Estado é não somente texto jurídico ou

regulamento normativo, mas também expressão do desenvolvimento cultural de um Estado, meio de auto-afirmação cultural de um povo e fundamento de suas esperanças<sup>125</sup>.

No entanto, é importante que aqueles que aceitam e até apreciam um certo conteúdo *utópico* de um texto constitucional não se esqueçam de que o seu “poder de integração” (R. Smend) depende decisivamente da sua realização e concretização na vida diária, o que pressupõe um mínimo de exequibilidade jurídica.

### 11. Conclusão

A doutrina e jurisprudência constitucional brasileira encontra-se numa fase de transição entre um tratamento tradicional lógico-formal das normas sobre direitos fundamentais e a aplicação de métodos modernos de uma interpretação material-valorativa.

Uma década depois do estabelecimento formal dos catálogos monumentais de direitos fundamentais na Carta de 1988, essas normas ainda não lograram causar os efeitos desejados na realidade jurídica do país, sobretudo na área dos direitos sociais.

A doutrina jurídica brasileira, no passado, sempre foi aberta a discutir modelos e propostas provindas do exterior. Nesse contexto, a doutrina constitucional alemã e a jurisprudência da sua Corte Constitucional exercem papel de destaque. No entanto, as teorias desenvolvidas na Alemanha sobre a interpretação dos direitos sociais não podem ser facilmente transferidas para a realidade brasileira sem as devidas adaptações.

Parte dos operadores jurídicos não parece estar devidamente preparada para aplicar os direitos fundamentais numa maneira dogmaticamente correta e ainda não se encontra “à altura” do texto constitucional complexo. O sistema brasileiro do controle difuso da constitucionalidade de normas e atos leva a uma necessidade

de especialização e conhecimentos profundos em questões filosóficas e sociais.

Na área dos direitos fundamentais sociais, a aplicação progressiva e coerente das normas constitucionais depende também de uma evolução da ética profissional da magistratura e da redução da sua dependência em relação ao Poder Executivo.

Partes da doutrina brasileira moderna já defendem teorias alternativas e inovadoras sobre a função do Judiciário perante os graves problemas sociais e as falhas funcionais dos outros Poderes, especialmente o Executivo hipertrofiado, no cumprimento da ordem jurídica constitucional.

Em face dos problemas sociais candentes de um país *periférico* como o Brasil, o princípio tradicional da separação dos poderes deve ser entendido sob parâmetros e dimensões novas e diferentes das nações centrais ricas. Ainda não foram aproveitadas as potencialidades dos modernos instrumentos processuais do Direito brasileiro para a correção judicial das omissões dos Poderes Executivo e Legislativo na área das políticas públicas (ação civil pública, ação de inconstitucionalidade por omissão, mandado de injunção).

Exige-se, cada vez mais, a influência do Terceiro Poder na implementação das políticas sociais e no controle da qualidade das prestações dos serviços básicos, com ênfase no novo papel – também político – dos juízes como criadores ativos das condições sociais na comunidade que já não combina mais com as regras tradicionais do formalismo.

### Notas

Cf. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: *O Direito Público em Tempos de Crise* (Estudos em homenagem a Ruy R. Ruschel). P. Alegre : Livraria do Advogado, 1999. p. 130.

<sup>2</sup> NEVES, Marcelo. Symbolische konstitutionalisierung und faktische entkonstitutionalisierung. In: *Verfassung und Recht in Übersee* (VRÜ), 3. Quartal, Baden-Baden : Nomos Verlag, 1996. S. 314s.

<sup>3</sup> Cf. FIORANELLI JÚNIOR, Adelmo. Desenvolvimento e efetividade dos direitos sociais. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. [s.l.:s.n.], jun. 1994. p. 24ss.

<sup>4</sup> Cf. ALVARENGA, Lúcia B. Freitas de. *Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional*. [s.l.] : Brasília Jurídica, 1998, p. 29ss.

<sup>5</sup> CID, Benito de Castro. *Los derechos económicos, sociales y culturales*. Leon : Universidad de Leon, Secretaría de Publicaciones, 1993. p. 87ss.

<sup>6</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários à Constituição Federal de 1969*. Tomo I. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1970. p. 127.

<sup>7</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed., São Paulo : Malheiros, 1998. p. 115.

<sup>8</sup> Cf. CID, Benito de C. op. cit. nota 5, p. 168.

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. op. cit. nota 7, p. 84.

<sup>10</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1993. p. 39.

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo : Malheiros, 1998. p. 288., com essa técnica, segundo ele, “o constituinte não atendeu aos melhores critérios metodológicos”.

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998. p. 199s.

<sup>13</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Direitos e garantias individuais. In: *A Constituição Brasileira de 1988 : Interpretações*. Rio de Janeiro : [s.n.], 1988. p. 21ss.

<sup>14</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Tomo IV: Direitos Fundamentais. [s.l.] : Ed. Coimbra, 1993. p. 105s., 348ss.

<sup>15</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra : Almedina, 1987. p. 141., a propósito, o autor segue “fielmente” a doutrina alemã a respeito.

<sup>16</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. [s.l.] : Coimbra Editora, 1982. p. 374., BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade das suas normas*, Rio de Janeiro : Renovar, 1996. p. 117s.

<sup>17</sup> Cf. CLÈVE, Clemerson Merlin. O problema da legitimação do Poder Judiciário e das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. In: *Anais do seminário: democracia e justiça: o poder judiciário na construção do estado de direito*. P. Alegre: TJERS, 1998. p. 231. Exemplo: um hospital público recusa-se a internar uma pessoa doente, apesar de vagas existentes, ou não quer fornecer um determinado medicamento, por ser considerado caro demais (caso do “coquetel contra AIDS”).

<sup>18</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. “O dilema do judiciário no Estado Social de Direito”. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo : Malheiros, 1994. p. 125.

<sup>19</sup> Os problemas do Serviço Único de Saúde (SUS) têm as suas principais causas na falta de controle operacional e abusos por parte dos seus integrantes (administradores, médicos, hospitais, laboratórios, fabricantes de remédios). A má prestação dos serviços preventivos e curativos por parte de muitos municípios e estados não constitui um argumento válido para pôr em dúvida a própria natureza do direito fundamental à saúde.

<sup>20</sup> FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e sua máxima efetivação. In: *Revista de Direito Administrativo*. [s.l. : s.n.] n. 204, 1996. p. 77s.

<sup>21</sup> Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998. p. 89ss.

<sup>22</sup> Cf. CLÈVE, Clemerson M. op. cit. nota 17, p. 231.

<sup>23</sup> Aachamos regulamentações semelhantes nas Cartas de Portugal (art. 18/1) e da Alemanha (art. 1, III), que “inspiraram” o constituinte nacional.

<sup>24</sup> Assim, é inimaginável uma lei que definiria o conceito da liberdade da expressão artística ou política, o exercício de uma religião ou o conceito de intimidade, honra ou locomoção. José Afonso da Silva classifica esses direitos clássicos como “direitos de eficácia contida, porém restringíveis por lei”; enquanto essa lei não é promulgada, eles valem sem restrições.

<sup>25</sup> MIRANDA, Jorge. op. cit. nota 14, p. 276ss.

<sup>26</sup> BARROSO, Luís R. op. cit. nota 16, p. 82s.

<sup>27</sup> Essas últimas estão sendo subdivididas em “normas declamatórias de princípios institutos ou organizativos e de princípios programáticos”; cf. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* (nota 7), p. 16ss., 65s. Esse sistema representa até hoje o mais aceito por parte dos tribunais brasileiros.

<sup>28</sup> Vale lembrar que a aplicação dessa teoria da “proibição do retrocesso” levaria a uma proteção maior dos direitos fundamentais sociais do que dos de liberdade, em que uma diminuição dos direitos do indivíduo – para defender interesses públicos urgentes (ex.: segurança) – não é, por si, proibida.

<sup>29</sup> SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil*. Rio de Janeiro : Forense, 1983. p. 63. Ele lamenta que “a omissão reiterada do Estado obriga os indivíduos a descrerem do ordenamento jurídico, em face de sua inoperância (...) Sente-se a falta de identidade entre o texto normativo e a realidade vivida pela nação”.

<sup>30</sup> Cf. ADEODATO, João Maurício L. *Vorstudien zu einer emanzipatorischen legitimationstheorie für unterentwickelte länder*. In: *Rechtstheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, n. 22, 1991. S. 108 ff., 125.

<sup>31</sup> DANTAS, Ivo. *O valor da constituição*. Rio de Janeiro : Renovar, 1996. p. 68. “Os condicionamentos sociais, políticos, lingüísticos e geográficos que configuram cada modelo de sociedade são o indicador que não permitirá que se conclua no sentido de uma *passividade da norma constitucional*

posta, pelo simples fato de que, enquanto, por um lado, esta sofre as influências dos fatores mencionados, por outro e ao mesmo tempo atua sobre eles, quer para mantê-los, quer para provocar sua modificação”.

<sup>32</sup> Este fato se deve também à tradução de várias obras de constitucionalistas deste país para o português e o espanhol (Konrad Hesse, Peter Häberle, Robert Alexy, Ernst-Wolfgang Böckenförde, Otto Bachof, Carl Schmitt, Rudolf Smend, entre outros).

<sup>33</sup> KAUFMANN, Franz-Xaver. Diskurse über Staatsaufgaben. In: GRIMM, Dieter (Hrsg.). *Staatsaufgaben*. Baden-Baden : Suhrkamp Verlagsgesellschaft, 1994. S. 28s.

<sup>34</sup> Cf. GRIMM, Dieter. Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung. In: GRIMM, D. (Hrsg.). *Staatsaufgaben*. Baden-Baden : Suhrkamp Verlagsgesellschaft, 1994. S. 626s.

<sup>35</sup> Isso explica também a desconfiança que muitos autores alemães guardam contra formas extensivas de participação popular direta (por ex.: plebiscitos). Esses instrumentos foram abusados por parte das bancadas dos nacional-socialistas e dos comunistas na República de Weimar (1919-33) para inviabilizar várias medidas do governo democrático; as massas populares mal informadas e radicalizadas quase sempre ficaram do lado dos extremistas.

<sup>36</sup> Exceção é o direito da mãe à proteção e assistência por parte da comunidade (art. 6º, IV, LF).

<sup>37</sup> DÜRIG, Günter. *Grundgesetz*, 30. Aufl., München, 1993. S. X; SCHOLZ, Rupert. Deutschland in guter Werte-Verfassung?. In: Fikentscher, W. et alii, *Wertewandel – Rechtswandel: Perspektiven auf die gefährdeten Voraussetzungen unserer Demokratie*, Gräffeling : Resch Verlag, 1997. S. 53.

<sup>38</sup> BLECKMANN, Albert. *Staatsrecht II – Allgemeine Grundrechtslehren*. 2.ed. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1985. S. 179s.; MURSWIEK, Dietrich. “Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, In: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Band V – Allgemeine Grundrechtslehren (§ 112), Heidelberg : C. F. Müller Juristischer Verlag, 1992, Rnr. 22.

<sup>39</sup> SARLET, Ingo W. op. cit. nota 12, p.146s., 298s.

<sup>40</sup> SARLET, Ingo W. op. cit. nota 1, p. 148s. 151.

<sup>41</sup> Cf. ABRAMOVICH, Victor, COURTIS, Christian. Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales e culturales”. In: *Contextos – Revista Critica de Derecho Social*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, n. 1, 1997. p. 12. É essa a linha predominante da doutrina constitucional alemã.

<sup>42</sup> CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra : Almedina, 1991. p. 526.

<sup>43</sup> Em 1994, foi inserido na Lei Fundamental Alemã o Art. 20a, a nova “norma-fim” da “proteção dos fundamentos naturais da vida” (*natürliche Lebensgrundlagen*), isto é, a proteção ao meio ambiente.

<sup>44</sup> HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg : Verlag C. F. Müller, 20. Aufl. 1995. p. 91 (Rnr. 208).

<sup>45</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, [s.l.] : Coimbra Editora, 1991. p. 131.

<sup>46</sup> SARLET, Ingo W. op. cit. nota 1, p. 152.

<sup>47</sup> Segundo a Corte Constitucional, esses direitos a prestações positivas (*Teilhaberechte*) “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”; BVerfGE nº 33, S. 333. Essa teoria impossibilita exigências acima de um certo limite social básico; a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar suficientemente vagas nas universidades públicas para atender *todos* os candidatos.

<sup>48</sup> BARROSO, Luís R. op. cit. nota 16, p. 111; SARLET, Ingo W. op. cit. p.273, 279., com referência a MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social, In: *Revista de Direito Publico*, n. 57–58, 1981. p. 245.

<sup>49</sup> A Corte condenou o Estado a verificar a possibilidade de aumentar as vagas nas universidades para determinados cursos como consequência do direito fundamental à livre escolha da profissão; cf. BVerfGE nº 40, S. 133 (decisão de 1975).

<sup>50</sup> Assim, a Corte determinou o aumento do valor da “ajuda social” (*Sozialhilfe*), valor mínimo que o Estado está obrigado a pagar a cidadãos carentes; BVerfGE nº 1, S. 161s. (decisão de 1951).

<sup>51</sup> Outras decisões nesse sentido: BVerfGE nº 27, S. 63; nº 52, p. 346; nº 82, S. 85. Igualmente decidiu o Supremo Tribunal Administrativo (BVerwGE nº 1, S. 161; nº 5, S. 31); é também posição pacífica na doutrina. Para Robert Alexy, “existe, pelo menos, um Direito Social Fundamental tácito”; cf. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 421ss.

<sup>52</sup> MURSWIEK, Dietrich, op. cit. Rnr. 98s.

<sup>53</sup> TORRES, Ricardo Lôbo (org.). A cidadania multidimensional na era dos direitos. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p. 262. Todavia, não conseguimos vislumbrar nenhuma “larga tradição desse conceito no direito brasileiro”, de que fala o autor.

<sup>54</sup> Assim a maior e mais citada obra sobre a Lei Fundamental, os “Comentários” de Theodor Maunz, Günter Dürig, Roman Herzog e Rupert Scholz. (*Grundgesetz-Kommentar*, München : Verlag C.H.Beck, 1998).

<sup>55</sup> Para ele, a retórica do mínimo existencial não minimiza os direitos sociais, mas os fortalece na sua dimensão essencial como expressão de uma “cidadania reivindicatória”; cf. op. cit. (nota 52), p. 263s.

<sup>56</sup> TORRES, Ricardo Lôbo, op. cit. nota 52, p. 282s.

<sup>57</sup> Op. cit. (nota 52), p. 283ss. Não procede a acusação do “ideologismo” contra os defensores de uma interpretação progressiva dos direitos sociais expressamente consagrados no texto constitucional.

<sup>58</sup> BARROSO, Luís R. op. cit. nota 16, p. 155s.

<sup>59</sup> SARLET, Ingo W. op. cit. nota 12, p. 298, 317ss.

<sup>60</sup> MURSWIEK, Dietrich. op. cit. Rnr. 37ss.

<sup>61</sup> A teoria da “constituição dirigente” teve ampla aceitação no Brasil e influenciou fortemente o constitucionalismo brasileiro e a última Assembléia Nacional Constituinte; cf. BARROSO, Luís R., Dez anos da Constituição de 1988. In: SARLET, Ingo W. (org.). *O Direito Público em Tempos de Crise* (Estudos em homenagem a Ruy R. Ruschel), Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999. p. 196.

<sup>62</sup> CANOTILHO, José J. Gomes. Rever ou romper com a Constituição Dirigente? : Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 15. 1998. p. 8ss.

<sup>63</sup> Cf. a obra recente do autor *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra : Livraria Almedina, 1998. p. 201ss.

<sup>64</sup> Cf. “Rever ou romper com a constituição dirigente?” (nota 61), p. 15ss.: “Certas formas de eficácia reflexiva ou direção indireta – subsidiariedade, neocorporativismo, delegação – podem apontar para o desenvolvimento de instrumentos cooperativos que, reforçando a eficácia, recuperem as dimensões justas do princípio da responsabilidade apoiando e encorajando a dinâmica da sociedade civil. (...) A lei dirigente cede o lugar ao contrato, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e globalização, mas o ânimo de mudanças aí está de novo nos quatro contratos globais (o contrato para as necessidades globais, o contrato cultural, o contrato democrático e o contrato do planeta Terra)”.

<sup>65</sup> TORRES, Ricardo Lôbo. op. cit. nota 52, p. 291. No mesmo sentido: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Desafios institucionais brasileiros, In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *Desafios do Século XXI*. São Paulo : Ed. Pioneira, p. 194ss.

<sup>66</sup> BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. nº 142, 1999, p. 40.

<sup>67</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcibiades de. fala de um “desafio hermenêutico”, cf. Os dez anos da Constituição Federal: o Poder Judiciário e a construção da democracia no Brasil. In: *Anais do Seminário: Democracia e Justiça – O Poder Judiciário na Construção do Estado de Direito*. P. Alegre : TJERS 1998. p. 93.

<sup>68</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo : Ed. Ícone, 1995. p. 146, 221.

<sup>69</sup> FARIA, José Eduardo. (org.). O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo : Malheiros, 1998. p. 12, 24.

<sup>70</sup> FARIA, José Eduardo.(org.). As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo : Malheiros, 1998. p. 60s.

<sup>71</sup> Essa experiência fizemos como professor da matéria “Direitos Fundamentais” nos Cursos de Especialização em Direito da UFAL e da UFPE, de 1996 a 1999 (somando mais do que 400 alunos).

<sup>72</sup> FARIA, José Eduardo. op. cit. nota 69, p. 62.

<sup>73</sup> STRECK, Lênio. O controle externo, súmulas vinculantes e reforma do Judiciário como condição de Democracia. In: *Anais do seminário: democracia e justiça – O Poder Judiciário na construção do Estado de Direito*. P. Alegre : TJERS, 1998. p.174.

<sup>74</sup> APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo*. P. Alegre : Sérgio Fabris, 1998. p. 145s., 169.

<sup>75</sup> APOSTOLOVA, Bistra S. op. cit. nota 72, p. 182s.; a autora se vale das lições de José Eduardo Faria e do autor português Boaventura de Souza Santos.

<sup>76</sup> Cf. ALVARENGA, Lúcia B. Freitas de. op. cit. nota 4, p. 87.

<sup>77</sup> FARIA, José Eduardo. op. cit. nota 68, p. 19.

<sup>78</sup> FARIA, José Eduardo. (org.) O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira”, In: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo : Malheiros, 1998. p. 111.

<sup>79</sup> FARIA, José Eduardo. op. cit. nota 69, p. 56, 65.

<sup>80</sup> Cf. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. op. cit. p. 139, 143s., 157.

<sup>81</sup> Veja a distinção de BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden : Nomos Verlag, 1993. S. 47ss.

<sup>82</sup> Exemplos são a “Lei de Plenos Poderes” (*Erächtigungsgesetz*), de 23.3.1933, e as medidas legais discriminatórias contra cidadãos judeus.

<sup>83</sup> Um bom resumo da problemática apresenta AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. P. Alegre : Sérgio Fabris, 1989. P. 63ss.

<sup>84</sup> Cf. ADOMEIT, Klaus. *Rechts- und Staatsphilosophie – Band II; Rechtsdenker der Neuzeit*, Heidelberg : C.F. Müller Verlag, 1995. S. 150ff.

<sup>85</sup> Sobre a “recepção” do AI 5 pelo sistema jurídico nacional: AZEVEDO, Plauto F. de. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica* (nota 81). p. 40ss.

<sup>86</sup> Plauto F. de AZEVEDO afirma que Kelsen, na América Latina, foi “freqüentemente mal lido”, com ênfase exagerada nos aspectos formais-metodológicos puristas de sua teoria, que levaram à possibilidade da aceitação científica de regimes ditatoriais como “ordens jurídicas legítimas”; cf. ob. cit. (nota 81), p. 52. O próprio Kelsen, que foi obrigado a exilar-se nos EUA, depois da II Guerra foi acusado de ter ajudado – indiretamente – na construção do regime autoritário na Alemanha, por sempre ter pregado a separação rígida entre a *lei positivada* e os aspectos materiais-valorativos de *justiça*.

<sup>87</sup> SILVA, José Afonso da. op. cit. nota 7, p. 92, 128.

<sup>88</sup> Cf. SARLET, Ingo W. op. cit. nota 12, p. 274, 286, 325.

- <sup>89</sup> MIRANDA, Jorge. op. cit. nota 14, p. 105s., 348ss.
- <sup>90</sup> FARIA, José Eduardo. op. cit. nota 68. p. 19s.
- <sup>91</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O Apelo ao Legislador – *Appellentscheidung* – na Praxis da Corte Constitucional Federal Alemã. In: *Revista de Direito Administrativo*. n. 188, 1992, p. 36ss.
- <sup>92</sup> Uma exceção recente está em InfSTF 106, ADInMC 1.753-53, Rel. Sepúlveda Pertence, de 16.4.98.
- <sup>93</sup> Veja a respeito: MELO, Maria da Graça Gurgel de A. *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o mandado de injunção*: leituras marginais de um Discurso. Recife, UFPE: Dissertação de Mestrado, maio 1999.
- <sup>94</sup> Cf. SANTOS, Ana de Fátima Queiroz de Siqueira. *Ação Civil Pública: função, deformação, e caminhos para uma jurisdição de resultados*. Recife: Dissertação de Mestrado, UFPE, 1999.
- <sup>95</sup> ISENSEE, Josef. Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen. In: J. Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Band V – Allgemeine Grundrechtslehren (§ 115), Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1992. Rnr. 172f.
- <sup>96</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* (nota 10), p. 41s. Segundo ele, “na Europa continental nos últimos dois séculos, o ideal de uma rígida separação dos poderes, ao invés de recíprocos controles e contrapesos, teve como consequência um Judiciário perigosamente débil e confinado aos conflitos *privados*, o que levou à existência de Poderes Legislativo e Executivo praticamente não controlados, até a criação de sistemas de justiça administrativa”. (p. 53)
- <sup>97</sup> CAPPELLETTI, Mauro. op. cit. nota 94, p. 67, 74ss.
- <sup>98</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *apud* Apostolova, Bistra S., *Poder Judiciário...* (nota 72), p. 39.
- <sup>99</sup> STRECK, Lênio. O controle externo, súmulas vinculantes e reforma do Judiciário como condição de democracia (nota 71). p. 178-186; PEREZ, Marcos Augusto. O papel do Poder Judiciário na efetividade dos Direitos Fundamentais. In: *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 11, 1995, p. 241ss.
- <sup>100</sup> CLÈVE, Clemerson M. op. cit. nota 16, p. 237s.
- <sup>101</sup> Cf. BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente... (nota 65), p. 36s.
- <sup>102</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José E. (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 47s.
- <sup>103</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: Mello, Celso Antônio Bandeira de (org.). *Direito Administrativo e Constitucional – Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, São Paulo: Malheiros, 1997. p. 351s.
- <sup>104</sup> COMPARATO, Fábio K. op. cit. nota 103, p. 355s.
- <sup>105</sup> LOPES, José Reinaldo Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: Faria, José E. (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 125ss., 133s.
- <sup>106</sup> BARROSO, Luís R. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas* (nota 16), p. 150s.
- <sup>107</sup> PEREZ, Marcos A. O Papel do Poder Judiciário na Efetividade dos Direitos Fundamentais. (nota 97), p. 242s., 245.
- <sup>108</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *apud* PEREZ, Marcos A. op. cit. (nota 97), p. 245.
- <sup>109</sup> SANTOS, Ana de F. Q. de Siqueira. *Ação civil pública: deformação...* (nota 94), p. 122.
- <sup>110</sup> MORAIS, José L. Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*, P. Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 184s.
- <sup>111</sup> Sobre a dificuldade da ponderação entre esses interesses: SANTOS, Ana de F. Q. de Siqueira. *Ação civil pública: deformações...* (nota 94), p. 170ss.
- <sup>112</sup> Cf. KRELL, Andreas, Concretização do dano ambiental – algumas objeções à teoria do risco integral. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 139, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, 1998. p. 32ss.
- <sup>113</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992. p. 78.
- <sup>114</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. P. Alegre: Sérgio Fabris, 1991. p. 15.
- <sup>115</sup> BARROSO, Luís R. op. cit. nota 16, p. 47.
- <sup>116</sup> SARAIVA, Paulo Lopo. op. cit. nota 28, p. 63ss.
- <sup>117</sup> BARROSO, Luís R. op. cit. nota 16, p. 63.
- <sup>118</sup> LÖWENSTEIN, Karl. *Verfassungslehre*. Tübingen, 3. Aufl., 1975. S. 345.
- <sup>119</sup> NEVES, Marcelo, *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1994. p. 37ss., 49ss, 92.
- <sup>120</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 3. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 1997. p. 25s.
- <sup>121</sup> Cf. *Staatszielbestimmungen – Gesetzgebungs-aufträge*, Bericht der Sachverständigenkommission, Bonn: Deutscher Bundestag, 1983. S. 35ff.
- <sup>122</sup> JAGUARIBE, Hélio *et alii*. A aplicabilidade da nova Constituição. In: *Revista de Ciência Política*. [s.l.]: (FGV), n. 4, 1989. p. 3ss.
- <sup>123</sup> *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* (nota 7), p. 149.
- <sup>124</sup> BOTHE, Michael (Hrsg.). *Umweltschutz und Verfassungsrecht in Brasilien*. In: *Umweltrecht in Deutschland und Brasilien*. Frankfurt/Main: Verlag Peter Lang, 1990. S. 101.
- <sup>125</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. op. cit. nota 114, S. 36.