

Jul/Dez 2003

Revista Crítica Jurídica - N° 22

A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais*

Clèmerson Merlin Clève**

Resumo: O presente texto trata dos direitos fundamentais sociais, especialmente daqueles prestacionais contemplados no artigo sexto da Constituição Federal. A preocupação central do texto gira em torno da eficácia jurídica de apontados direitos, daí a razão pela qual o Autor, vinculado à corrente da *dogmática constitucional emancipatória*, contribui para o debate apontando para a necessidade de uma revisão nos conceitos tradicionais ligados à temática, sem esquecer, todavia, que a dimensão eficaz do direito não pode ficar distante dos limites (que sempre devem ser superados) impostos pela espaço-temporalidade. Em síntese, tais direitos devem ser encarados como de eficácia progressiva, desafiando, portanto, uma especial atenção do Judiciário.

Resumen: El presente texto trata de los derechos fundamentales sociales, especialmente de aquellos contemplados en el artículo VI de la constitución federal. La preocupación central del texto gira en torno de la eficacia jurídica de los referidos derechos, y de ahí la razón por la cual el autor, vinculado a la corriente de la *dogmática constitucional emancipatoria*, contribuye al debate apuntando la necesidad de una revisión de los conceptos tradicionales ligados a la temática, sin olvidar, que la dimensión de la eficacia del derecho no puede quedar distante de los límites -que deben siempre ser superados- impuesto por la dimensión espaciotemporal. En síntesis, tales derechos deben ser vistos como de eficacia progresiva, reclamando, por tanto, una especial atención del poder judicial.

Abstract: The text deals with the fundamental social rights especially those subsidized considered in article six of the Federal Constitution. The text revolves around judicial efficiency of appointed rights, reason why the Author, vinculated to the chain of the dogmatic constitutional emancipatory, contributes to a debate pointing to the need of a revision of the traditional concepts linked to the thematic, however without forgetting that the Law's effective dimension cannot be away from the limits (that must always be overcome) imposed by the space-temporality. In short, such rights must be faced as of progressive efficiency, so defying a special attention from the Judiciary.

A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais

Há no direito constitucional brasileiro contemporâneo, perfeitamente delineadas, duas correntes doutrinárias: - uma (i) primeira denominada *dogmática da*

* Degravação de conferências proferidas, em agosto de 2002, no III Simpósio de Direito Constitucional e Infraconstitucional promovido pela Procuradoria-Geral da República, em Brasília, e no Fórum Social Mundial, em 2003, em Porto Alegre.

** Titular das Faculdades de Direito da UNIBRASIL e da UFPR. Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado da UFPR.

razão do Estado e (ii) uma outra que pode ser chamada de *dogmática constitucional emancipatória*.

A *dogmática da razão do Estado* estuda o direito constitucional como qualquer outro domínio do direito, prendendo-se, muitas vezes, a conceitos teóricos anteriores à Constituição Federal de 1988 e a uma espécie de interpretação retrospectiva da ordem constitucional que é indiferente e insensível aos institutos que vieram para transformar a nova ordem constitucional. Referida vertente encontra-se, em geral, ainda que inconscientemente, ligada à manutenção do *status quo*, daí a razão pela qual foca sua visão teórica na idéia de Estado, procurando desenvolver esforços para legitimar a atuação do Poder Político, qualquer que seja ele. O Estado assume, nesse contexto, absoluta centralidade, sendo o discurso constitucional experimentado como disciplina voltada exclusivamente ao estudo da normatividade do espaço político, sendo negligenciado o espaço societário extra-estatal.

Na moderna concepção do direito constitucional desenvolveu-se uma renovada linha doutrinária conhecida como *dogmática constitucional emancipatória*, tendo, esta vertente, o objetivo de estudar o texto constitucional à luz da idéia de dignidade da pessoa humana. Consiste em formação discursiva que procura demonstrar a radicalidade do Constituinte de 1988, tendo em vista que o tecido constitucional passou a ser costurado a partir de uma hermenêutica prospectiva que não procura apenas conhecer o direito como ele é operado, mas que, conhecendo suas entranhas e processos concretizadores, ao mesmo tempo fomenta uma mudança teórica capaz de contribuir para a mudança da triste condição que acomete a formação social brasileira.

O foco desta dogmática não é o Estado, mas, antes, a pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico. Esta dogmática distingue-se da primeira, pois não é positivista, embora respeite de modo integral a normatividade constitucional, emergindo de um compromisso principialista e personalizador para afirmar, alto e bom som, que o direito Constitucional realiza-se, verdadeiramente, na transformação dos princípios constitucionais, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e dos direitos fundamentais em verdadeiros dados inscritos em nossa realidade existencial.

Em relação aos direitos fundamentais clássicos, há no Brasil, uma excelente dogmática que passa por um processo contínuo de sofisticação e de verticalização teóricas. Os fundamentais clássicos são direitos que podem ser, desde logo, exercidos pelo cidadão, prescindido assim, de uma maneira geral, da atuação do poder público. Está-se a referir, por exemplo, à liberdade de locomoção, ao direito de informação, à liberdade de expressão, de reunião, de associação, de consciência, etc., ou seja, a posições jus-fundamentais que podem, em suas dimensões básicas, ser satisfeitas pelo simples atuar de seu titular.

A teoria constitucional brasileira não desconhece que apontados direitos *em princípio* exigem a abstenção do Poder Público. Diz-se *em princípio*, porque o Estado não pode deixar, igualmente, de *atuar* para proteger os direitos fundamentais, inclusive

normativamente (dever de proteção), e de implantar políticas públicas voltadas à afirmação dos direitos que, em sua configuração mais singela, não exigem mais do que a iniciativa do seu titular. Admita-se que é duplo o papel do poder público neste particular. Deve abster-se, por um lado, é verdade. Mas, por outro lado, deve agir, para promover as iniciativas dirigidas à promoção de referidos direitos (educação para a cidadania, repartições públicas adequadas, etc.), bem como dos pressupostos para seu exercício (a inviolabilidade do domicílio pressupõe a existência de uma moradia; a liberdade de locomoção, nos grandes centros, pressupõe a existência de uma rede de transporte coletivo com acesso democratizado, etc.).

Experimenta-se, atualmente, no direito brasileiro, um momento adequado para a discussão a propósito da eficácia dos direitos fundamentais sociais, sendo necessário aprofundar os estudos constitucionais nesse sítio. Isso ocorre inclusive porque a Constituição em vigor, de alguma maneira, alterou significativamente o quadro dos direitos fundamentais, especialmente quando em vários dispositivos constitucionais, mas, especialmente, no artigo 6º, os nominou reportando-se ao direito à (proteção da) saúde, ao direito ao lazer, ao direito à moradia (incluído no rol por força da EC 26/2000), ao direito à educação, à previdência, entre outros. A Constituição de 88 adotou, do ponto de vista da técnica legislativa, uma metodologia distinta com relação à matéria. Ninguém desconhece que, no Brasil, outros textos constitucionais já dispuseram, de maneira fragmentada, a propósito deste tema. Ocorre que, insere-se um dispositivo contemplando esses direitos como *verdadeiros* direitos fundamentais, introduzindo-o, portanto, no título adequado. Não são, pois, meras normas-programa residentes em outro capítulo constitucional. Evidente que esta previsão explica-se, em parte, pelo momento especial pelo qual passava, na década de oitenta, a experiência constitucional brasileira. Explica-se, mais, pelo compromisso do Constituinte com os postulados do Estado Democrático de Direito, compromisso que implica determinadas redefinições conceituais no universo dos direitos fundamentais. Explica-se, também, pelo especial modo de elaboração da Constituição Federal de 1988 (favorecendo ampla discussão e disputabilidade) e, mais do que isso, em virtude da demanda dos movimentos sociais que estavam a reivindicar esses direitos. Verifica-se, desta maneira, que os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e, pois, com a plena efetividade dos comandos constitucionais. Ou seja, uma nova configuração dos direitos fundamentais, especialmente dos apontados como sociais, exige uma renovada abordagem doutrinária para dar conta de sua eloqüente significação.

Tradicionalmente, no direito brasileiro, resolvem-se as questões envolvendo a normatividade constitucional a partir de algumas teorias classificatórias. Emerge, aqui, todo um quadro doutrinário voltado a estabelecer o registro das normas constitucionais apartadas por um critério que leva em conta a possibilidade de aplicação imediata ou mediata. Está-se a referir ao célebre problema da aplicabilidade das normas

constitucionais. O que se propõe, no entanto, é tratar deste tema sob a ótica dos direitos fundamentais com ênfase no papel da jurisdição constitucional, deixando de lado os ensaio classificatórios.

No direito brasileiro, a jurisdição constitucional exerce um papel proeminente, pois ostentamos um sistema de controle de constitucionalidade bastante complexo, que funde, em parte, as experiências constitucionais norte-americana e européia. Todavia, importa compreender que o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro é pródigo quanto aos mecanismos de controle dos atos do poder público editados com violação às disposições constitucionais. Então, quando o poder público atua agredindo disposição que impõe inércia, ou quando atua, podendo atuar, porém movendo-se de maneira inadequada ou, ainda, de modo a violar regra de competência ou de procedimento, há uma gama de mecanismos orientados à censura da atuação. Ocorre, no entanto, que não há em nosso país ações constitucionais eficientes para o controle das omissões inconstitucionais, especialmente de controle abstrato de referidas omissões. Cumpre concordar, portanto, que os mecanismos processuais colocados à disposição, pelo Constituinte, para o controle da omissão inconstitucional são bastante tímidos.

É evidente que a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* apresenta-se como um mecanismo absolutamente frágil de controle da omissão inconstitucional. O *mandado de injunção*, particularmente em função da jurisprudência da Excelsa Corte, assim como a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, neste caso em função de sua configuração normativa, não substanciam meios eficazes e suficientes para a solução da inércia do poder público violadora de direitos fundamentais. A *arguição de descumprimento de preceito fundamental*, por seu turno, pode se apresentar como um interessante instrumento de controle. Cabe, entretanto, aguardar a afirmação de uma sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito, o que ainda não ocorreu. É necessário, portanto, orientar-se na busca da plena efetividade da Constituição, em particular das disposições que contemplam os direitos fundamentais de natureza social, por outros caminhos.

Ninguém desconhece que a atuação do juiz nesse campo é particularmente complexa. É que os direitos sociais realizam-se através de prestações do poder público, prestações que pressupõem a existência de um orçamento e de dotações específicas. Por conta disso, alguns sistemas constitucionais, como o português, por exemplo, estabelecem no próprio corpo da Constituição uma distinção de regimes jurídicos. Ou seja, os *direitos, liberdades e garantias* (direitos clássicos ou de defesa) não ostentam o mesmo regime dos *direitos sociais, econômicos e culturais* (direitos prestacionais). A Constituição Portuguesa vigente, então, aponta para uma distinção de regime jurídico não encontrável no direito brasileiro. Entre nós, a Constituição ao tratar dos direitos fundamentais não prevê, expressamente, em nenhum momento, uma dualidade de regimes. Em tese, no direito constitucional brasileiro, o regime dos direitos fundamentais clássicos é o mesmo dos direitos fundamentais exigentes de uma atuação positiva do

poder público. Por isso, o disposto nos parágrafos primeiro e segundo do art. quinto da Constituição incide sobre ambos os territórios (direitos de defesa e direitos sociais prestacionais).

Ora, se é verdade que a Constituição não aparta os direitos (clássicos ou prestacionais) em regimes distintos, não é menos verdade que apontados direitos decorrem de disposições constitucionais dotadas de estruturas normativas distintas. Não é possível deixar de considerar que a estrutura das normas que tratam de direitos sociais é diferente daquela própria dos direitos de defesa.

No sítio dos direitos de defesa, ocorrente hipótese de violação, o papel do juiz como guardião da ordem constitucional não exige, no geral, uma atuação além da censura judicial à ação do poder público.

A situação muda em relação aos direitos prestacionais, exigentes de uma atuação positiva do poder público, em particular porque o âmbito material definitivo desses direitos depende de uma manifestação legislativa (e material) do Estado. Além disso, esses direitos são insuscetíveis de realização integral (o horizonte é sempre infinito), pois o seu cumprimento implica uma caminhada progressiva sempre dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e da eficiência e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade, pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos. Mais do que isso, a realização desses direitos pressupõe a existência de uma bem elaborada peça orçamentária, mecanismo através do qual o Estado maneja os recursos públicos ordenando as prioridades para a despesa uma vez observada a previsão da receita.

Afirme-se, portanto, que sob a égide da Constituição Federal de 1988 o Estado, espaço político por excelência, haverá também de ser compreendido como uma espécie de ossatura institucional desenhada pelo Constituinte para satisfazer os princípios, objetivos e direitos fundamentais através da atuação do Legislativo, buscando a concretização das disposições constitucionais, inclusive daquelas veiculando os direitos prestacionais, através da atuação do Judiciário, que deverá manifestar-se com sustentação numa hermenêutica comprometida com a principiologia constitucional, e em virtude da ação do Executivo ao qual incumbe desenvolver políticas públicas realizadoras de direitos e criar ou aprimorar os serviços públicos voltados à idêntica finalidade (saúde, educação, habitação, etc.).

É nesse contexto que se pode tratar da eficácia dos direitos sociais. São direitos exigíveis perante o Poder Judiciário? Pode um particular reivindicar judicialmente a prestação estatal necessária para a realização do direito social? Pode o cidadão reclamar, perante o Judiciário, as prestações estatais concernentes ao direito à moradia, à educação, à saúde? Está o Juiz autorizado a manejar, ainda que indiretamente, por meio de decisão judicial, os recursos da peça orçamentária? Não estaria, em semelhante circunstância, o juiz a administrar, a exercer função assinada ao Executivo pela Constituição?

Há teorias que sustentam que os direitos sociais não são verdadeiros direitos, constituindo, na verdade, meros programas de ação governamental. Afinal, as disposições constitucionais respectivas não apontam o responsável por sua efetivação, não definindo, ademais, e concretamente, a prestação devida. Não definem sequer, de uma maneira geral, a precisa prestação reclamada do Estado para a sua solução. Seriam disposições, portanto, dependentes de regulamentação, da atuação do Legislador, sem as quais seriam inexigíveis. Ora, cumpre construir caminho distinto. O que se propõe é uma leitura desses direitos como verdadeiros direitos fundamentais. Quem somos nós para recusar a condição de direitos fundamentais para aqueles que o Constituinte definiu como tais?

Deve-se partir do princípio que tudo que está na Constituição Federal obriga, importando retirar as conseqüências desta afirmação para ultrapassar a doutrina que pretende extrair das disposições tidas por programáticas normas despidas de eficácia.

O artigo 6º da Constituição Federal não substancia norma programática (no sentido de despida de eficácia imediata), devendo ser considerada disposição de direito fundamental. Neste ponto algo precisa ser dito a respeito das *funções e dimensões* dos direitos fundamentais.

A *dimensão subjetiva* envolve a constituição de posições jus-fundamentais, quase sempre caracterizadas enquanto direitos subjetivos, que autorizam o titular a reclamar em juízo determinada ação (omissiva ou comissiva). A *dimensão objetiva*, por seu turno, compreende o dever de respeito e compromisso dos poderes constituídos com os direitos fundamentais (vinculação). Neste ponto, independente das posições jus-fundamentais extraíveis da dimensão subjetiva, incumbe ao poder público agir sempre de modo a conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (prestar os serviços públicos necessários, exercer o poder de polícia e legislar para o fim de dar concretude aos comandos normativos constitucionais). A *dimensão objetiva* também vincula o Judiciário para reclamar uma hermenêutica respeitosa dos direitos fundamentais e das normas constitucionais, com o manejo daquilo que se convencionou chamar de *filtragem constitucional*, ou seja, a releitura de todo o direito infraconstitucional à luz dos preceitos constitucionais, designadamente dos direitos, princípios e objetivos fundamentais. A *filtragem* substancia, na verdade, uma espécie de *interpretação conforme a Constituição*, significando que toda atuação do poder público (atos administrativos, legislativos e jurisdicionais) haverá de manifestar-se conforme os direitos fundamentais, ligando-se também àquilo que, no campo da incidência da normativa constitucional jus-fundamental sobre o campo da autonomia privada a doutrina tem chamado de *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. Significa dizer que os direitos fundamentais, ainda que de modo singular, incidem também no campo das relações entre os particulares. Aliás, seria neste ponto, interessante questionar a propósito da eficácia horizontal dos direitos sociais, se é pensável a sua emergência, ou se, afinal, direitos deste naipe vinculam exclusivamente o poder público. Há, aqui, um bom campo para a reflexão e a pesquisa.

Da dimensão objetiva dos direitos fundamentais emergem determinadas conseqüências. Uma linha de crédito do BNDES, por exemplo, que favoreça a busca de maior produtividade nas indústrias brasileiras não poderá, em princípio, ser tida como inconstitucional. Mas se essa política de crédito supõe alcançar produtividade crescente por meio da substituição dos trabalhadores por máquinas sem a previsão de nenhum mecanismo de preparação do trabalhador para enfrentar novamente o mercado de trabalho, é provável que a política creditícia esteja em desacordo com a normativa constitucional, especialmente com o princípio constitucional do pleno emprego e com o direito ao trabalho. Neste caso, aceitando-se ser discutível a possibilidade de um trabalhador ameaçado aforar medida judicial contra o banco, cumpre aceitar a possibilidade de ações coletivas, especialmente manejadas pelo Ministério Público, para deter a política inconstitucional ou para compelir a autoridade responsável a reorientá-la.

Quanto ao direito à saúde, importa reconhecer que na maior parte das cidades brasileiras o saneamento básico (uma das extensões do direito à saúde) não atende à totalidade da planta urbana, devendo o poder público levar o sistema de esgotamento sanitário (com tratamento, exigência de natureza constitucional-ambiental) e de água tratada às residências não atendidas. Neste caso, da dimensão objetiva do direito à saúde extrai-se a possibilidade do aforamento de medidas judiciais coletivas orientadas para compelir o poder público a adotar uma política pública para que num prazo determinado (cinco, dez, quinze anos, de acordo com a capacidade de arrecadação) atenda a todo o universo de residentes do Município.

Os direitos fundamentais sociais. É necessário ter clareza quanto a isso, são direitos de satisfação progressiva, cuja realização encontra-se estreitamente ligada ao PIB (Produto Interno Bruto) e, portanto, à riqueza do país.

No plano da dimensão subjetiva os direitos fundamentais desempenham, pelo menos, três funções: - *defesa, prestação e não discriminação*. Ou seja, os direitos fundamentais (i) situam o particular em condição de opor-se à atuação do poder público em desconformidade com o mandamento constitucional, (ii) exigem do poder público a atuação necessária para a realização desses direitos, e, por fim, (iii) reclamam que o Estado coloque à disposição do particular, de modo igual, sem discriminação (exceto aquelas necessárias para bem cumprir o princípio da igualdade), os bens e serviços indispensáveis ao seu cumprimento. Então, salvo nas hipóteses de ação afirmativa, onde poderá haver uma discriminação (temporariamente justificável) que busque atender determinadas finalidades constitucionais (proteção de determinado gênero ou grupo, por exemplo), a exigência é de que os serviços sejam colocados à disposição de todos os brasileiros (idéia de universalidade) implicando para o particular o poder de reivindicar junto ao Judiciário idêntico tratamento.

Na Constituição Federal, inclusive no artigo 6º, encontram-se *direitos prestacionais originários e direitos prestacionais derivados*.

Os primeiros podem, desde logo, ser reclamados, inclusive judicialmente, mesmo à falta de norma regulamentadora. Por isso, ainda que o poder público não tenha colocado os serviços à disposição dos particulares, ainda que não haja lei

alguma regulamentando a matéria, esses direitos, porque implicam a criação imediata de situações jurídicas subjetivas de vantagem, são suscetíveis, perfeitamente, de demanda perante o Poder Judiciário.

Os direitos prestacionais derivados, por seu turno, não se realizam, inteiramente, sem a prévia regulamentação, ou seja, sem a existência de uma política, de um serviço e/ou de uma rubrica orçamentária. A maior parte dos direitos sociais reside no sítio dos prestacionais derivados. Todavia, há na Constituição determinados direitos originários como, por exemplo, o direito à educação, especialmente no que concerne ao ensino fundamental. Neste caso, saliente-se, ainda que não existisse nenhuma lei tratando a propósito, embora ausente previsão orçamentária própria, pelo simples fato da própria Constituição Federal afirmar que o acesso ao ensino fundamental substancia direito público subjetivo, ele poderá ser invocado perante o Poder Judiciário que, por sua vez, ordenará ao poder público as providências cabíveis para sua concretização. Afirme-se, mesmo que não existam escolas suficientes para atender todos os alunos, a autoridade pública haverá de providenciar alguma solução para adimplir a obrigação correspondente à afirmação do direito.

O segundo exemplo é o do direito à saúde (especialmente em relação a determinadas extensões mais evidentes). É claro que este foi regulamentado pelo legislador, razão pela qual, no âmbito do sistema unificado de saúde preconizado pela Constituição, em linhas gerais, estão definidas as ações de saúde a cargo da União, dos Estados e dos Municípios, Mas ainda que não houvesse a definição legislativa, esse direito poderia ser reclamado perante o Judiciário. Daí a razão pela qual os cidadãos podem reivindicar, por exemplo, o acesso a um determinado medicamento, ou a um determinado tipo de tratamento, especialmente se eles foram devidamente recomendados pelas autoridades brasileiras.

É certo que há limites também no universo dos direitos originários. Ninguém pode pretender ir além daquilo que se encaixa como possível. Por isso não pode, por exemplo, o cidadão pretender, num país como o nosso, exigir, no caso de padecer de determinada patologia, tratamento no exterior, ou um tipo específico de tratamento apenas encontrável em distante rincão, ou uma forma de terapia absolutamente não recomendada pelos órgãos de saúde do país. Os originários são também direitos de satisfação progressiva, dependendo do nível de riqueza da sociedade. O que os torna especiais é o fato de serem, desde logo, exigíveis, inclusive judicialmente, cabendo ao juiz verificar, na hipótese de omissão do poder público, se a prestação exigida pelo particular é compatível com o que, razoavelmente, se poderia esperar do poder público em termos de atendimento ao direito em questão.

Em relação à criança e ao adolescente que, do ponto de vista constitucional, devem ser considerados como prioridade, mesmo à falta de lei (e temos lei), a autoridade estaria obrigada tomar as providências cabíveis para a proteção de seus direitos. Há outros direitos prestacionais originários. Os referidos, porém, são os que importam para a presente exposição.

Discute-se muitas vezes se o Poder Judiciário teria legitimidade para atuar nos campos que, em tese, estariam reservados ao administrador ou ao legislador. Afirma-se que os integrantes do Judiciário não foram eleitos, estando por isso despidos da legitimidade que apenas poderia ser conferida pelo sufrágio popular. Por isso não poderiam dispor sobre *o que e o como* da atuação estatal. Ora, o ordenar o cumprimento de direitos prestacionais significaria substituir-se, o juiz, ao administrador, implicando quebra do princípio da separação dos poderes e, especialmente, do princípio democrático, segundo o qual a maioria governa.

É preciso considerar, entretanto, que democracia não significa simplesmente governo da maioria. Afinal, a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião desta dinâmica majoritária/contramajoritária, em última instância, é, entre nós, o próprio Poder Judiciário que age como uma espécie de delegado do Poder Constituinte. Ou seja, a democracia não repele, ao contrário, reclama a atuação do Judiciário nesse campo. Demais disso, zelar pela observância dos direitos fundamentais significa, para o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, proteger a maioria permanente (Constituinte) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura). Entre os que pretendem que no controle da omissão inconstitucional não há papel a ser desempenhado pelo juiz e aqueles que entendem que o Poder Judiciário tudo pode fazer, é necessário encontrar um lugar de equilíbrio, sensível à percepção de que o juiz, estado comprometido com a efetividade da Constituição, no entanto não pode ultrapassar certos limites sob pena de colocar em risco os postulados do Estado Democrático de Direito.

Há, sem dúvida, a necessidade de potencializar os instrumentos processuais que estão à nossa disposição para a defesa dos direitos prestacionais na hipótese de inércia do poder público. Neste passo, não há como olvidar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção. Mas diante da fragilidade dos apontados instrumentos, particularmente do primeiro (controle objetivo) e do último (controle subjetivo), cumpre apostar nos meios processuais convencionais que estão à nossa disposição, inclusive das ações coletivas, especialmente da ação civil pública. O manejo da ação civil pública pode trazer importante contribuição para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente quando voltada para a implementação das políticas necessárias para a realização progressiva dos direitos. É claro que é imprescindível, neste caso, uma certa dose de prudência, especialmente porque a sociedade brasileira, num quadro permanente de escassez de recursos, reclama soluções urgentes em muitos campos *ao mesmo tempo*: meio ambiente, proteção dos direitos sociais, políticas de inclusão, infra-estrutura, etc. Ou seja, não há como possa o Estado resolver *de uma vez* um quadro de deterioração das condições de vida que acompanha o Brasil há séculos. Mas pode o Estado, sim, implantar políticas para, progressivamente, resolver aquilo que é reclamado pelo documento constitucional.

A metáfora do cobertor curto é adequada para a compreensão de qualquer orçamento, mas é mais adequada ainda para a compreensão dos limites do orçamento público brasileiro. Trata-se de um cobertor insuficiente para cobrir, ao mesmo tempo, todas as partes do corpo. Se cobre os pés, deixa as mãos sob o efeito do clima. Mas se cobre as mãos, não consegue dar conta dos pés. Ou seja, é preciso levar em conta que a soma das riquezas produzidas, entre nós, durante um ano (PIB) não é superior a seiscentos bilhões de dólares ou a um trilhão e meio de reais. A economia brasileira é, efetivamente, considerável. Todavia, quando dividido o produto interno bruto pela população, concluímos que a renda *per capita* brasileira é pequena (pouco mais de três mil dólares ano). Por isso os recursos públicos devem ser muito bem manejados. O cuidado com a escassez permitirá, dentro dos limites oferecidos pela riqueza nacional, implementar políticas públicas realistas. Daí a insistência na tese de que incumbe ao poder público consignar na peça orçamentária as dotações necessárias para a realização progressiva dos direitos. Não se trata de adiar a sua efetividade. Trata-se de estabelecer de modo continuado as ações voltadas para a sua realização num horizonte de tempo factível. Lamentavelmente, o que tem ocorrido na trágica experiência orçamentária brasileira, é que o poder público muitas vezes se vê autorizado a estabelecer contingenciamentos arbitrários, praticamente nulificando as rubricas sociais (moradia, esgotamento sanitário, etc.). Por isso, é imperiosa a luta por um rígido controle da execução orçamentária, exigindo-se que a lei orçamentária, experimentadas condições de normalidade, seja cumprida tal como aprovada pelo Congresso Nacional. Daí a necessidade de compreender-se a peça orçamentária como lei que vincula, razão pela qual não pode ser tida como mero ato legislativo autorizativo. Se a lei impõe um programa (orçamento-programa), o cumprimento do programa deve ser controlado. Está-se com isso a defender a necessidade de redefinição da natureza do orçamento. É indispensável, por outro lado, a presença da sociedade nos processos de elaboração e controle da execução orçamentária. Incumbirá à sociedade civil consciente da singularidade dos direitos de satisfação progressiva, escolher a velocidade dos gastos sociais e proceder às escolhas viáveis dentro de um quadro de escassez de recursos.

A vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais (dimensão objetiva) é suficiente para deles exigir a adoção de políticas voltadas para o seu cumprimento (num horizonte de tempo, evidentemente). Tais políticas, como se está a sustentar, podem ser inclusive exigidas judicialmente. Se não é, em princípio, possível reclamar, imediatamente, argumentando com a existência *definitiva* de posição jurídico-subjetiva positiva de vantagem, os direitos prestacionais ainda não regulamentados (moradia, por exemplo), quando não originários, é perfeitamente possível a propositura de ação judicial exigente de definição de política de prestação por parte do Estado que possa atender, em prazo razoável, a imposição constitucional.

Se é certo que os prestacionais são direitos de eficácia progressiva, isso não significa dizer que possam ser considerados como meras normas de eficácia diferida, programática, limitada. Certamente não. São direitos que produzem, pelo simples reconhecimento constitucional, uma eficácia mínima. Produzem, antes de tudo, uma

eficácia negativa. Por isso constituem parâmetro de constitucionalidade, invalidando atos, inclusive normativos, posteriores e anteriores à Constituição (por inconstitucionalidade ou por revogação) quando contrastantes. Cuida-se aqui, do campo da dimensão objetiva. Do ponto de vista subjetivo, são capazes de criar situações jurídicas subjetivas negativas de vantagem. O mais importante, porém, é verificar a eficácia positiva decorrente da disposição constitucional. Ingressemos no campo da dimensão subjetiva. Ora, referidos direitos criam, desde logo, também, posições jurídico-subjetivas positivas de vantagem (embora limitadas). São posições que decorrem da incidência dos direitos em questão, mas, igualmente, da irradiação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Da confluência dos dois sustenta-se a obrigação do Estado consistente no respeito ao *mínimo existencial* (não há dignidade humana sem um mínimo necessário para a existência). Ou seja, as prestações do poder público decorrentes do reconhecimento dos direitos fundamentais poderão ser progressivamente incrementadas. Todavia, o *mínimo existencial* implica, desde logo, o respeito a uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais. O definir esse mínimo não é tarefa fácil. O que se afirma, porém, é que para a observância deste mínimo (que haverá de ser definido por meio da disputabilidade processual), pode o cidadão recorrer, desde logo, ao Poder Judiciário, estando o Judiciário, do ponto de vista constitucional, autorizado a decidir a respeito. É evidente que os direitos fundamentais não são absolutos, razão pela qual o juiz haverá sempre de proceder a ponderação dos bens constitucionais, princípios e direitos em jogo, para melhor decidir a questão.

Os direitos sociais não tem a finalidade de dar ao brasileiro, apenas, o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país. Aponta, a Constituição, portanto, para a idéia de máximo, mas de máximo possível (o problema da possibilidade). O conceito do *mínimo existencial*, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido no cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino. Os direitos sociais, o princípio da dignidade humana, o princípio da socialidade (dedutível da Constituição que quer erigir um Estado democrático de direito) autorizam a compreensão do *mínimo existencial* como obrigação estatal a cumprir e, pois, como responsabilidade dos poderes públicos. Ora, para a tutela do mínimo existencial, decorrência da eficácia positiva mínima dos direitos fundamentais sociais, qualquer meio processual adequado, de acordo com as leis processuais, poderá ser manejado. Não há, aqui, necessidade, do mandado de injunção ou da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. O que importa é o magistrado agir com determinação

e cautela, ponderando os direitos, bens e princípios em jogo, estudando o campo do possível (*reserva do possível*), mas, ao mesmo tempo, considerando que o Estado democrático de direito está comprometido com o avanço e não com o retrocesso social (*vedação do retrocesso social*). No que se refere à *reserva do possível*, concebida na experiência constitucional alemã, importa estudá-la com os cuidados devidos, inclusive porque ela não pode ser transposta, de modo automático, para a realidade brasileira. Com efeito, aqui, não se trata, para o Estado, já, de conceder o mais, mas, antes, de cumprir, ainda, com o mínimo. Ou seja, é evidente que a efetivação dos direitos sociais só ocorrerá à luz das coordenadas sociais e econômicas do espaço-tempo. Mas a *reserva do possível* não pode, num país como o nosso, especialmente em relação ao *mínimo existencial*, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.

Nos últimos anos o Estado brasileiro converteu-se num aparelho de expropriação de recursos da sociedade para direcioná-los a poucos, especialmente, ao mercado financeiro (em particular os detentores de títulos da dívida pública). O Estado brasileiro, antes de apresentar-se como um instrumento de realização dos direitos fundamentais, porta-se como um aparelho desviante que, ao invés de distribuir, vai autorizando a concentração de riquezas. Uma simples operação aritmética é suficiente para demonstrar que os gastos do país com educação, saúde e habitação (em síntese, com os direitos sociais) corresponde a um montante muito inferior ao dispendido, por ano, apenas com o serviço da dívida pública. Não se está a afirmar que a dívida pública não deva ser honrada. Afirma-se, apenas, que é imperiosa a adoção de um modelo econômico diferente, que adote como prioridade não os interesses do mercado financeiro, mas antes a realização dos direitos fundamentais. Um modelo de desenvolvimento inclusivo, democrático, em tudo distinto do modelo econômico excludente e concentrador que, praticado nos últimos anos, vai afastando cada vez mais o país das promessas constitucionais.

O retrocesso social, igualmente, não é aceitável no contexto de uma Constituição como a brasileira. Por isso, uma lei ordinária que, eventualmente, tenha tratado de um direito social, delimitando a sua esfera de incidência ou o modo como as prestações estatais necessárias serão adimplidas, não poderá ser simplesmente revogada por outra lei (mesmo que de idêntica ou superior hierarquia). É certo que, do ponto de vista da teoria do direito, as leis podem ser revogadas por outras residentes em idêntica ou superior posição hierárquica. Entretanto, quando há direito fundamental em jogo, especialmente direito social, há necessidade de certa dose de cautela. Por isso, seria inaceitável, do ponto de vista constitucional, uma lei que pretendesse simplesmente revogar o Estatuto da Criança e do Adolescente, sem colocar nada no lugar.

É tempo de concluir. Há um papel a ser desempenhado pelo Judiciário maior do que o vislumbrado pelos adeptos da *doutrina constitucional da razão de Estado*. Papel sempre realçado pelos operadores jurídicos comprometidos com a construção

de uma *dogmática constitucional emancipatória*. No universo dos direitos sociais é preciso continuar o esforço doutrinário, superar dogmas e mitos, bem como promover a participação popular. O Ministério Público, neste sítio, tem um papel extremamente relevante a cumprir. Por outro lado, é indispensável a revisão do papel do Judiciário, especialmente com a superação da idéia de que o controle das omissões inconstitucionais só pode se dar por meio do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão. É necessário, por fim, aceitar um compromisso sincero com os direitos fundamentais sociais. Só assim teremos as ações necessárias para transformar os direitos em linguagem cotidiana integrante da realidade de nosso país.