



OFICINA DO CES

ces

Centro de Estudos Sociais
Laboratório Associado
Faculdade de Economia
Universidade de Coimbra

ALEXANDRE DE CASTRO COURA

**REFLEXÕES ACERCA DA (IN)EFECTIVAÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO BRASIL
E DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

**Setembro de 2008
Oficina nº 314**

Alexandre de Castro Coura

**Reflexões acerca da (in)efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais
no Brasil e do controle judicial de políticas públicas**

**Oficina do CES n.º 314
Setembro de 2008**

OFICINA DO CES
Publicação seriada do
Centro de Estudos Sociais
Praça D. Dinis
Colégio de S. Jerónimo, Coimbra

Correspondência:
Apartado 3087
3001-401 COIMBRA

Alexandre de Castro Coura *

Reflexões acerca da (in)efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil e do controle judicial de políticas públicas¹

Resumo: Transcorridos 20 anos da promulgação da Constituição em vigor no Brasil, é oportuno analisar criticamente os desafios para a efetivação dos direitos sociais no contexto brasileiro, à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, serão destacadas algumas perspectivas teóricas abordadas pelos juízes e tribunais no controle de políticas públicas constitucionalmente asseguradas e indispensáveis à efetivação dos direitos fundamentais sociais.

I. Introdução

O advento da Constituição de 1988, como marco fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, não apenas consolidou a superação do regime ditatorial militar, como também estabeleceu compromissos sociais extremamente relevantes para afirmação do regime democrático, vinculado à idéia de redução das desigualdades e de promoção de inclusão social.

Transcorridos 20 anos da promulgação da Constituição em vigor, que se afirma o marco de um Estado Democrático de Direito, é oportuno avaliar a experiência constitucional brasileira, identificando os desafios para a efetivação dos direitos sociais, em um país marcado pela desigualdade e exclusão, bem como pelo déficit de legitimidade de um regime autoritário que a pouco foi superado.

Se, por um lado, o fim da ditadura militar no Brasil representou a efetivação de uma série de direitos vinculados, primordialmente, à ausência de intromissões estatais abusivas na liberdade individual, por outro, a ausência de políticas públicas consistentes e democraticamente estabelecidas, mesmo após 20 anos de Constituição, ainda compromete a efetivação dos direitos fundamentais sociais no País.

* Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Professor na Faculdade de Direito de Vitória (FDV), das disciplinas de Teoria dos Direitos Fundamentais no Mestrado e Teoria da Constituição na Graduação; Promotor de Justiça – MP/ES.

¹ Texto apresentado em seminário conjunto no dia 09 de julho na sala de seminário do CES acerca do tema “A crise da modernidade e o papel da estado na efetivação dos Direitos Sociais”.

Nessa seara, diversas teorias foram apresentadas para explicar as dificuldades e os desafios para a efetivação desses direitos, algumas das quais acabaram reforçando o que se pretendeu criticar. Como exemplo, destaca-se a problemática idéia de que as normas referentes aos direitos sociais configurariam apenas programas de governo dirigidos ao Executivo e ao Legislativo, ou seja, que não seriam judicializáveis ou executáveis por juízes e tribunais no exercício da tarefa de julgar.

Entretanto, como destaca Paulo Bonavides, esta concepção teórica configurou salvo conduto para as omissões do constitucionalismo liberal no campo da positividade social do Direito, servindo de argumento retórico para legitimar o próprio descumprimento da Constituição. Dessa forma, a teoria das normas programáticas foi utilizada pelo Poder Público como justificativa para a não formulação e implementação de políticas públicas necessárias à concretização dos direitos sociais (Bonavides, 2002: 220 ss).

Considerando não existir uma diferença ontológica ou simplesmente natural entre os direitos sociais e os clássicos direitos individuais, no ponto em que as duas categorias dependem, em certa medida, de obrigações positivas do Estado, há de se constatar que as dificuldades na efetivação dos direitos sociais decorrem, principalmente, de pré-concepções e ideologias inadequadas ao atual paradigma constitucional, que, muitas vezes, não são sequer desveladas, embora condicionem as respostas teóricas e práticas dadas às inúmeras questões atinentes à matéria.

Assim sendo, há de se ressaltar que a problemática acerca dos direitos sociais reflete, no fundo, uma disputa de paradigmas de direito, ou seja, uma concorrência de pré-compreensões que, muitas vezes, condicionam e impõem um tratamento inadequado a essa questão, acentuando as dificuldades para a materialização da igualdade e a inclusão social dos desfavorecidos.

II. Para uma análise crítica da problemática acerca da (in)efetividade dos direitos sociais: disputa de paradigmas e problematização dos pressupostos subjacentes

As ordens jurídicas concretas, além de representarem modos diferentes de realização do Direito e seus princípios, refletem, também, distintos paradigmas acerca de como promover a igualdade entre os cidadãos e lidar com suas diferenças e semelhanças. Por essa razão, os direitos sociais são tratados de forma específica em cada sistema jurídico concreto, à luz de

um contexto histórico, político e social, que não pode ser desconsiderado no processo de efetivação dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Jürgen Habermas afirma que um paradigma de Direito delimita um modelo de sociedade contemporânea para explicar como princípios do Estado de Direito e os direitos fundamentais devem ser concebidos e implementados para que cumpram, naquele contexto, as funções que lhes são normativamente atribuídas (Habermas, 1996: 194 ss.).

Nesse passo, é possível constatar que até mesmo as discussões acerca da efetivação e dos fundamentos dos direitos sociais refletem disputas de paradigmas.² Afinal, todo debate acerca da questão da (des)igualdade entre os cidadãos funda-se, em maior ou menor grau, em uma concorrência de pré-concepções acerca, por exemplo, das diferenças e semelhanças a serem consideradas relevantes ou das políticas públicas a serem implementadas em prol da inclusão social.

Nesse plano, é relevante destacar que todo pensamento ocorre num contexto histórico específico, pressupondo um pano de fundo compartilhável, que simplesmente não pode ser desconsiderado, seja pela tentativa de abstração, seja pela pretensão de distanciamento.

Martin Heidegger já destacava o caráter temporal do ser humano, como ser histórico, profundamente marcado pela tradição cultural na qual está inserido e pelas concepções prévias que condicionam toda a interpretação que realiza. Com efeito, a interpretação de qualquer questão funda-se, essencialmente, numa concepção prévia, nunca sendo a apreensão isenta de um dado preliminar. Por isso, todo o princípio de interpretação se apresenta como aquilo que a interpretação necessariamente já “põe”, ou seja, que é preliminarmente dado na posição ou visão prévia de quem interpreta (Heidegger, 2000: 207 ss).³

Para Heidegger, o homem, em sua essência, é “memória do ser”, que corresponde ao momento fundamental do evento de desvelamento do ser, só se podendo falar de linguagem aí onde o ser se desvela, onde se abre, isto é, no próprio homem.⁴ Dessa forma, as considerações de Heidegger permitem concluir que qualquer ponto de vista depende de uma visão prévia, que, como o próprio ser, é marcada pelo seu tempo.

² Nesse sentido, ver Cattoni de Oliveira, 2001: 143.

³ Cf. Heidegger, 2000. Segundo Heidegger, “a interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que ‘está’ no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. Em todo princípio de interpretação, ele se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já ‘põe’, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia”.

⁴ Nesse sentido, ver Manfredo Araújo de Oliveira, 2001: 201 e ss.

Assim, Heidegger lançou as bases para que a noção de temporalidade fosse vinculada à de humanidade, ou seja, para que o homem fosse enfocado como marca de seu tempo. E como o homem é tempo, sua verdade é também datada, precária e contextualizada, passível, portanto, de ser modificada.

Aprofundando tal reflexão, Hans-George Gadamer constatou a relevância do preconceito para a produção da verdade científica. Então, o preconceito, entendido como o conjunto de valores e crenças arraigados no homem, foi vinculado à própria noção de ciência (Gadamer, 1998: 1 ss).⁵ Dessa maneira, foi reforçada a idéia de que as condições existenciais do homem determinam também as condições com as quais ele interpreta e convive com o mundo. Em outras palavras, independentemente da vontade humana, os preconceitos determinam o sentido apreendido do mundo pelo sujeito, o qual, inevitavelmente, é gravado por sua condição histórica.⁶

Correlacionando a noção de preconceito à de interpretação, Gadamer afirmou:

Esse é o ponto de partida do problema hermenêutico. Por isso havíamos examinado o descrédito do conceito do preconceito no *Aufklärung*. O que, sob a idéia de uma autoconstrução absoluta da razão, se apresenta como um preconceito limitador, é parte integrante, na verdade, da própria realidade histórica. Se se quer fazer justiça ao modo de ser finito e histórico do homem, é necessário levar a cabo uma drástica reabilitação do conceito do preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos. (Gadamer, 1998: 416)

Ao declarar ser o conhecimento condicionado a “pré-conceitos”, Gadamer atentou contra o postulado maior das ciências desde o positivismo científico e filosófico do século XIX, qual seja, a crença na neutralidade do método.

Analisando a questão, Eduardo Bittar esclarece:

Segundo Gadamer, as ciências do espírito são contaminadas pela experiência de mundo, pela historicidade de seu engajamento, pela contextualidade de sua produção. É muito menos a ciência um procedimento rigoroso de constituição de seus objetos, e mais um método de depuração dos preconceitos vividos e interpretados pelo agente do conhecimento, em que desponta a instância lingüística como fundamental. Dizer o contrário é correr o risco de aceitar a inocência metodológica que reduz os fenômenos sociais a meras fatias do saber do mundo dispostas para análises laboratoriais. (Bittar, 2002: 185)

⁵ Como esclarece Menelick de Carvalho Netto (2000: 475), as considerações de Hans Georg Gadamer vinculam-se à tradição teórica hermenêutica filosófica, uma corrente de pensamento na história da filosofia que se dedicou ao estatuto das denominadas ciências do espírito, das ciências humanas e sociais. Nesse passo, ao empreender a denominada “virada hermenêutica”, a obra de Gadamer produziu um impacto sobre o conceito de ciência em geral, lançando as bases para a idéia de paradigma, de Thomas Kuhn, que informa a atual filosofia da ciência.

⁶ Nesse sentido, cf. Bittar, 2002: 184 ss.

Portanto, Gadamer defendeu a noção de que a compreensão está repleta de preconceitos formados a partir de experiências e vivências que ocupam o espaço da compreensão, os quais condicionam a aproximação de todo hermenêuta de um objeto de conhecimento e de todo leitor de um texto (*ibid.*: 183).

Entretanto, ao se utilizar da noção de preconceito, Gadamer não o fez num sentido estritamente pejorativo, mas, num aspecto mais amplo, como conceito formado previamente, de algo que constitui e determina todas as estruturas do conhecimento. Ou seja, refletindo acerca da formação do “círculo hermenêutico”, Gadamer ressaltou que o homem conhece a partir de “pré-conceitos”, os quais são projetados e incorporados ao que se busca conhecer. Sendo assim, o conhecimento de qualquer objeto corresponde também ao conhecimento de preconceitos (*ibid.*: 184).

Em suma, o “círculo hermenêutico” de Gadamer evidencia o caráter circular de toda a compreensão, que sempre se realiza a partir de uma pré-compreensão, precedente do próprio mundo de experiência do intérprete, mas que pode ser enriquecida por meio da captação de conteúdos novos (Omatti, 2003: 24).

Com isso, no âmbito da hermenêutica, foi desvelada a mediação histórica tanto do objeto da compreensão quanto da própria situacionalidade do que se compreende, demonstrando-se a correlação entre história e interpretação, ambas mediadas pela linguagem. Nessa perspectiva, restou à ciência o significativo papel de problematizar tais preconceitos, constituídos ao longo da história e projetados na (re)construção do sentido das coisas!⁷

Dessa forma, Gadamer marcou a reviravolta hermenêutica na filosofia, afirmando a importância da história, da tradição e dos preconceitos humanos para a (re)construção da idéia de verdade, defendendo a noção de que toda a compreensão é interpretação e de que toda interpretação se desenvolve no seio da linguagem, bem como demonstrando como o problema hermenêutico se revela a partir da relação fundamental existente entre pensamento, compreensão e linguagem (*ibid.*: 240).

Aprofundando as reflexões acerca de como ocorre o entendimento por meio da linguagem, Ludwig Wittgenstein também contribuiu de forma significativa para compreensão da cognição, comunicação e interpretação. Na obra *Investigações filosóficas*, Wittgenstein demonstrou que as palavras só adquirem sentido por intermédio do uso compartilhado,

⁷ E, segundo Gadamer, possibilitando toda a experiência hermenêutica está a linguagem, ponto de partida para o desenvolvimento da experiência humana e ponte para a efetivação do entendimento sobre as coisas. Conferir também Oliveira, 2001: 240 e ss.

reforçando, nesse ponto, as noções de historicidade e intersubjetividade do ser, trabalhadas por Gadamer.

Ao apresentar a teoria dos “jogos de linguagem”, Wittgenstein impulsionou o que ficou conhecido como “giro pragmático” na filosofia.⁸ Partindo de uma crítica ao reducionismo da teoria objetiva da linguagem, ele demonstrou que a linguagem não é um puro instrumento de comunicação de um conhecimento já realizado, mas condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento enquanto tal.

Assim, esse autor afirmou, em divergência aos postulados da filosofia moderna, que não há consciência sem linguagem! E que o próprio uso das palavras nos diversos contextos lingüísticos e extralingüísticos, nos quais são empregadas, é o que lhes confere seu significado. Em outros termos, o fato de alguém compreender o que uma frase significa não depende do que o interlocutor tenha pretendido dizer, mas da situação histórica em que a frase é utilizada. O compreender é elemento de uma forma de vida, marcado por um contexto sociohistórico, razão pela qual não se pode arbitrariamente decidir o significado de uma palavra, que dependerá do sentido que lhe é atribuído comumente, ou seja, dos contextos de sentido, do seu uso social. Em síntese, apresentando a teoria dos “jogos de linguagem”, Wittgenstein demonstrou que o sentido das palavras só pode ser alcançado na práxis.

Dessa forma, os autores anteriormente destacados lançaram as bases para uma inovadora concepção de ciência, que se encontra estampada na instigante obra de Thomas Khun, *A estrutura das revoluções científicas*. No cerne dessa nova perspectiva, destacou-se o conceito de paradigma, originado na filosofia da ciência e, inicialmente, vinculado ao desenvolvimento da filosofia da linguagem.

Nesse passo, o papel fundamental do silêncio para a linguagem foi amplamente reconhecido, discutindo-se o paradoxo de que “nós nos comunicamos porque não nos comunicamos” (Carvalho Netto, 2001: 15). Em outras palavras, percebeu-se que a comunicação só ocorre graças à existência de esferas gerais de pré-compreensão, que compõem um pano de fundo compartilhado de silêncio, sob o qual se assentam as palavras consideradas de sentido óbvio e que, exatamente por isso, não são tematizadas, razão pela qual são indispensáveis à comunicação.

Para dar um exemplo, se cada palavra de um diálogo tivesse seu significado problematizado e o mesmo acontecesse em relação a todas as palavras utilizadas nas sucessivas explicações dadas, a comunicação não aconteceria. Portanto, o que viabiliza a

⁸ Cf. Oliveira, 2001: 93-116.

comunicação é justamente a existência de um pano de fundo compartilhado de silêncio ou, para usar a expressão de Habermas, “pano de fundo de mundos da vida compartilháveis”, sob o qual se assentam as palavras que, presumidamente, têm significado óbvio, compartilhado, conhecido por todos, e que, por isso, não são sequer discutidas. Assim sendo, “nós nos comunicamos porque não nos comunicamos”!

As pré-compreensões compartilhadas, que integram tal pano de fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, constituem exatamente o que Khun denominou paradigma. Dessa maneira, reafirmou-se a noção de que toda a comunicação depende da interpretação, da atribuição de sentido, da compreensão do que se comunica, sob o pano de fundo de tradições e mundos da vida compartilháveis, apesar das particularidades que cada ser humano vivencia e preserva.

Tal noção permite concluir que também os supostos da atividade de todos os operadores jurídicos, do legislador ao destinatário da norma, devem ser considerados indispensáveis para a implementação de um ordenamento, o que nos remete à tematização das gramáticas subjacentes às práticas sociais instauradas.

A concepção de ciência de Kuhn, intimamente ligada aos avanços produzidos pela filosofia desde Heidegger, passando por Gadamer, Wittgenstein e Austin, demonstrou que a existência de paradigmas alcança, além de uma dada comunidade científica, toda a sociedade.⁹

Acerca do termo paradigma, Kuhn esclarece:

De um lado, indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas, etc., partilhados pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal. (Kuhn, 1997: 218)

Analisando esse complexo conceito, Menelick de Carvalho Netto destaca o duplo aspecto presente na idéia de Kuhn. O primeiro aspecto refere-se à constatação de que, por um lado, o conceito de paradigma possibilita explicar o desenvolvimento do conhecimento humano como um processo de rupturas, mediante a tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensão e visões do mundo, em vez de um mero acúmulo de conclusões seqüencialmente coerentes. O segundo aspecto, por outro lado,

⁹ Khun demonstrou que o advento de novas gramáticas sociais pode proporcionar uma troca de paradigma (tendo, como consequência, a reformulação da concepção do que seja considerado “realidade”), mas a condição paradigmática jamais poderá ser abandonada. Cf. Kuhn, 1997: 218 ss).

correlaciona-se às óbvias simplificações das quais a noção de paradigma padece, que, no entanto, são válidas, na medida em que viabilizam que tais grades seletivas gerais, pressupostas e compartilhadas, se apresentem em determinadas sociedades, de forma tendencialmente hegemônica, por certos períodos de tempo e em contextos determinados (Carvalho Netto, 1999: 78).

No âmbito jurídico, as discussões acerca da efetivação dos direitos sociais, recorrentemente associadas aos limites, às possibilidades e à exigência de legitimidade das intervenções estatais, também correspondem a reflexos de concepções paradigmáticas. Afinal, como visto, qualquer atividade humana vincula-se, inevitavelmente, a um determinado contexto histórico, pressupondo, por consequência, um pano de fundo compartilhado, que não pode, simplesmente, ser descartado.

III. Do Paradigma do Estado Liberal ao Paradigma do Estado de Bem-Estar Social: a tensão de pré-compreensões e o surgimento da teoria das normas programáticas

De uma forma geral, antes da modernidade, o direito e a organização política fundiam-se em um amálgama de religião, moral, tradição e costumes, transcendentalmente justificados e indiferenciados, ao longo de toda a Antiguidade e da Idade Média.

Com o ressurgimento da vida urbana e o revigoramento comercial decorrente da livre navegação no Mediterrâneo, notadamente a partir do século XI, aparece um grupo social novo, a burguesia, com regras próprias e poder político fundado, predominantemente, na riqueza mercantil, e não apenas na propriedade imobiliária.

A partir de então, iniciou-se o processo de abolição formal da estrutura estamental do direito ocidental europeu, cujo ápice foi marcado pela Revolução Francesa, que consagrou a idéia de que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos” (Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, art. 1º).

O fim dos privilégios de nascimento, a noção de liberdade como direito individual de se fazer tudo que um mínimo de leis não proíba, a liberdade de ter em oposição à liberdade de ser dos antigos e a igualdade formal, perante a lei, integram-se em um profundo rompimento com o paradigma antigo-medieval e marcam o nascimento da modernidade e do primeiro paradigma constitucional: o Estado Liberal.¹⁰

¹⁰ Quanto às causas dessa ruptura com o paradigma antigo-medieval, Menelick de Carvalho Netto (2000: 477) afirma: “verifica-se a dissolução desse paradigma ao longo de pelo menos três séculos, por um sem número de

Especialmente a partir das revoluções liberais, americana (1776) e francesa (1789), a idéia de liberdade na propriedade e na igualdade formal de todos foi assentada, ressaltando, nesse contexto, a primazia do indivíduo, não mais reduzido a mero elemento de um grupo, em face da sociedade e do Estado.

Nesse novo paradigma, os direitos do homem, de cunho meramente negativo, restringiam-se, basicamente, a abstenções estatais. A noção de bem comum, por sua vez, tratada como o resultado da soma dos bens individuais, foi considerada simples consequência da liberdade de atuação garantida a todos a partir de então.

À esfera pública restava a função de assegurar o não retorno ao Absolutismo, estando vinculada a uma noção de Estado profundamente limitada pela lei, numa perspectiva estritamente formalista, bem como por uma insurgente concepção de separação de poderes.¹¹

Salientando a clara definição do papel atribuído à atividade jurisdicional e ao legislador no paradigma jurídico liberal, Habermas afirma que as tarefas e finalidades estatais foram deixadas à política, não sendo objeto de regulamentação constitucional. Os direitos fundamentais, por sua vez, foram considerados direitos de defesa do indivíduo contra o Estado, amparando somente pretensões de cunho negativo (em geral, obrigações de não fazer dirigidas ao Estado) e possuindo validade direta ou absoluta (Habermas, 1996: 245).

Todavia, enquanto se buscava proteger os cidadãos contra o Estado, as relações horizontais entre pessoas privadas, especialmente as relações intersubjetivas constituintes da prática comum dos cidadãos, não foram devidamente enfocadas, no esquema liberal de separação de poderes (*ibid.*: 245-6). Isso porque a democracia moderna surgiu como um movimento de limitação geral dos poderes governamentais, sem qualquer preocupação de defesa da maioria pobre contra a minoria rica. Em outras palavras, o espírito original da democracia moderna foi a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais, e não a defesa do povo pobre contra a minoria rica (Comparato, 2001: 49).

fatores que vão desde a ação dissolvente do capital, a diluir os laços e entraves feudais e a fazer com que cada vez mais indivíduos livres e possessivos participem do crescente mercado como propriedade, no mínimo, do próprio corpo, ou seja, da força de trabalho que lhes possibilita o comparecimento cotidiano ao mercado enquanto proprietários de uma mercadoria a ser vendida (Marx); passando pelo desenvolvimento das práticas de investigação policial (Foucault, Umberto Eco); pela destruição da cosmologia feudal fechada e hierarquizada, substituída pela isonômica estrutura matemática de átomos que constitui o universo infinito da física de Galileu (Koyré); pelas lutas por liberdade de confissão religiosa e pela consequente distinção e separação das esferas normativas da religião, da moral, da ética social e do Direito (Weber), etc. Seja como for, o relevante é que todos esses processos de mudança se integram em uma profunda alteração de paradigma”.

¹¹ Como observa Cattoni de Oliveira (1998: 38), de acordo com o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem em absoluto Constituição”.

Sendo assim, as noções de liberdade e igualdade abstratas, bem como a de propriedade privada, difundidas no paradigma jurídico liberal, possibilitaram uma imensa concentração de riquezas, à custa da maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história. Como denunciou Marx, o desenvolvimento do sistema capitalista de produção implicou na completa inversão da relação pessoa-coisa. O gigantesco acúmulo de capitais e as revoluções industriais incitaram as idéias sociais, socialistas, comunistas e anarquistas, que começaram a colocar em xeque a ordem liberal, através da luta pelos direitos sociais.¹²

Se, por um lado, a sociedade liberal ofereceu a igualdade de todos perante a lei, emancipando o indivíduo perante os grupos sociais aos que sempre se submeteu, tal noção, tomada em sentido estritamente formal, revelou-se insuficiente para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Como Fábio Konder Comparato esclarece:

O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX. Ela acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e a provocar a indispensável organização da classe trabalhadora. A Constituição francesa de 1848, retomando o espírito de certas normas das Constituições de 1791 e 1793, reconheceu algumas exigências econômicas sociais. Mas a plena afirmação desses novos direitos humanos só veio a ocorrer no século XX, com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. (Comparato, 2001: 51)

Em síntese, com a I Guerra Mundial, surge a nova sociedade de massas que impulsiona um novo paradigma: o do Estado Social ou do Bem-Estar Social. A partir desse momento, os direitos, anteriormente tratados em sentido estritamente formal, deveriam ser materializados. Para tanto, os direitos nascidos sob a égide do paradigma anterior, conhecidos como direitos de 1ª geração e fundados na noção de liberdade e igualdade formal, são redefinidos, passando a coexistir com novos direitos, conhecidos como de 2ª geração. Nesse passo, a idéia de propriedade (absolutizada anteriormente) é redimensionada, voltando-se para função social, e a noção de liberdade recebe novos contornos, juntamente com todo o rol de direitos individuais.¹³

¹² Cf. Carvalho Netto, 1999; 2000; 2001; 2003.

¹³ Como bem esclarece Carvalho Netto (2000), a liberdade não mais pode ser considerada como o direito de fazer tudo que não seja proibido por um mínimo de leis, mas agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação, ou seja, a internalização na legislação de uma igualdade não apenas formal, mas tendencialmente material.

A referida busca pela internalização no ordenamento de uma igualdade não somente formal, mas, sobretudo, material, e a superação do entendimento de liberdade como ausência de leis e de igualdade como algo meramente formal, são descritas por Fábio Konder Comparato da seguinte maneira:

a idéia de que o princípio do tratamento da pessoa como um fim em si implica não só o dever negativo de não prejudicar ninguém, mas também o dever positivo de obrar no sentido de favorecer a felicidade alheia, constitui a melhor justificativa do reconhecimento, a par dos direitos e liberdades individuais, também dos direitos humanos à realização de políticas públicas de conteúdo econômico e social. (Comparato, 2001: 50 ss)

Por isso, o reconhecimento dos direitos fundamentais de caráter econômico e social (chamados de 2ª geração) foi o principal benefício que a humanidade captou do movimento socialista, iniciado já na primeira metade do século XIX. Dessa forma, portanto, foi iniciada a busca pelo reconhecimento das diferenças materiais entre as pessoas e pela proteção do lado mais fraco das várias relações. Em outros termos, o Estado de Bem-Estar Social, subsumindo toda a dimensão do Direito, assume a incumbência de materializar a igualdade por intermédio dos direitos à saúde, à educação, à previdência, dentre outros, que impõem obrigações estatais de cunho positivo, dependentes de ações, e não apenas das abstenções asseguradas no paradigma liberal.

Como marco desse paradigma, destaca-se a Constituição de Weimar, por consagrar diversos direitos sociais e contemplar inúmeros programas de prestações positivas estatais, contexto no qual surge a teoria das normas programáticas ou de eficácia diferida.

Isso decorreu, em grande parte, das pré-compreensões liberais, fortemente presentes na formação de vários juristas, de que as normas de estrutura incompatível com o modelo de regras seriam carentes de normatividade. Em outras palavras, a pré-compreensão liberal de que a estrutura normativa deveria corresponder, necessariamente, a um modelo de regras condicionou, de forma inadequada, a leitura dos direitos sociais, que foram considerados meras diretrizes de governo. Dessa maneira, as normas constitucionais sociais que requeriam prestações positivas por parte do Estado foram destituídas de normatividade, sendo consideradas normas programáticas, tendo sua força normativa condicionada à futura manifestação do legislador e do administrador.¹⁴

De outra forma, percebe-se, no atual paradigma constitucional, a ideologia encoberta pela teoria das normas programáticas e o esvaziamento da Constituição, especialmente dos

¹⁴ Nesse sentido, ver Cattoni de Oliveira, 1998.

direitos sociais, produzido por essa concepção. Sendo assim, em face da corrente interpretação do § 1º do art. 5º da Constituição Federal do Brasil, não mais se sustenta a invocação da suposta programaticidade de direitos sociais como justificção da inação do Poder Público na realização de políticas públicas ou na edição de normas regulamentadoras.

Como vantagem em relação à perspectiva anterior, de cunho estritamente liberal, a teoria das normas programáticas significou o reconhecimento de que o Legislador e o Administrador deveriam implementar políticas públicas para efetivação dos direitos sociais, materializando a igualdade e promovendo inclusão social.

No entanto, tal noção impediu que os direitos sociais referidos nas normas programáticas fossem tutelados judicialmente, em face da omissão estatal, mais precisamente do Legislativo e do Executivo, únicos poderes considerados aptos a avaliarem as contingências econômicas, sociais e políticas opostas à efetivação dos direitos fundamentais das massas, à luz daquele paradigma constitucional. Sendo assim, cabe à ciência do direito problematizar os pressupostos subjacentes às soluções propostas, que não podem, automaticamente, ser aceitas, visto que refletem e perpetuam o próprio paradigma que se pretende superar.

Além disso, a troca de paradigma não elimina a inevitável “condição paradigmática” da ciência e do conhecimento. Para usar uma metáfora, o conhecimento é uma luz que projeta também sombras, o que simboliza os novos problemas que, mais cedo ou mais tarde, se revelam e devem, num constante processo de reflexão, ser enfrentados. Logo, há de se reconhecer que o conhecer é sempre algo limitado, razão pela qual os cientistas do direito devem estar atentos pois, mesmo após 20 anos de Constituição, muitas das pré-compreensões subjacentes às respostas propostas para efetivação dos direitos sociais no Brasil mostram-se inadequadas ao atual paradigma constitucional. Em outras palavras, ainda hoje, diversas teorias apresentadas no âmbito dessa discussão acabam reforçando o que se pretende superar, como será demonstrado por intermédio de uma análise crítica do emblemático julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

IV. O julgamento da Arguição de Descumprimento Fundamental pelo Supremo Tribunal Federal

Em 15 de outubro de 2003, o Partido da Social Democracia Brasileira ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, perante do Supremo Tribunal Federal, impugnando veto do Presidente da República incidente sobre Lei Orçamentária Anual.

O autor da ação afirmou que o veto presidencial impedia, de forma indevida, o repasse de recursos necessários a realização de ações e serviços públicos de saúde, razão pela qual deveria ser desconstituído, para que a efetivação do direito constitucional à saúde não fosse comprometida naquela situação.

Embora a tal ação tenha perdido o objeto, visto que o dispositivo vetado foi restabelecido sem intervenção judicial, as discussões travadas na ocasião foram extremamente relevantes para identificação da atual compreensão do Supremo Tribunal Federal acerca da (in)efetivação dos direitos sociais no Brasil e do papel do Estado na realização de políticas públicas nessa seara. Isso porque, o Ministro Relator Celso Mello não apenas determinou o arquivamento dos autos, mas também afirmou que a ação proposta seria meio apto a sanar, pela via jurisdicional, a omissão estatal em sede de concretização de políticas públicas necessárias à efetivação de direitos constitucionais.

Nesse julgamento, o Ministro Relator afirmou que o Judiciário tem o poder de suprir a omissão do Executivo e do Legislativo na formulação e implementação de certas políticas públicas, desde que necessárias à efetivação e integração de direitos constitucionais, inclusive os sociais ou de natureza programática. Como afirmado pelo Ministro Celso Mello, o caráter programático de certas normas constitucionais não pode ser utilizado como desculpa para reduzi-las a promessas constitucionais inconseqüentes, justificando omissões ilegítimas por parte do Poder Público nessa seara.

Dessa forma, Celso Mello destacou que a formulação e a implementação de políticas públicas não dependem estritamente de opções discricionárias realizadas por agentes políticos investidos em mandatos eletivos. Assim, foi afirmada a idéia de que a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo também encontra limites na Constituição, o que justifica a intervenção judicial quando necessária para a viabilização do acesso aos bens que foram injustificadamente denegados pelo Poder Público, notadamente quando condições mínimas para uma existência digna estiverem em jogo.

Em tal julgamento, no que se refere especificamente à efetivação dos direitos sociais, o Ministro Celso Mello trouxe à tona a questão da cláusula da reserva do possível, lembrando que a concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais reclama do Poder Público prestações positivas, que custam dinheiro. Sendo assim, considerando que os recursos públicos são limitados, conclui-se que algumas ponderações devem ser feitas pelo Judiciário para que a efetivação de políticas públicas seja assegurada nessa via.

Nesse sentido, o Ministro afirmou que os condicionamentos impostos pela reserva do possível no que toca a materialização dos direitos sociais são traduzidos pelo binômio razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em juízo e a disponibilidade financeira do Estado para concretizar as pretensões positivas requeridas. Caso algum desses elementos do binômio não se apresente, a omissão estatal estará justificada e o Judiciário não poderá supri-la no caso concreto.

Em síntese, verifica-se que o julgamento em tela endossa a crítica à teoria da programaticidade das normas constitucionais, bem como apresenta a cláusula da reserva do possível como critério idôneo a solucionar as questões referentes à omissão do poder público na realização de políticas públicas e ao controle judicial sobre essa conduta.

V. Considerações finais

Analisando criticamente os argumentos apresentados no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, é possível constatar que as dificuldades na efetivação dos direitos sociais vinculam-se, em muitos casos, à inadequação de certos pressupostos teóricos ao atual paradigma constitucional, o que se dá de forma sutil e velada.

Um desses pressupostos, típico do paradigma social, sob o qual se sustentava a tese da não auto-executoriedade dos direitos sociais, foi criticamente analisado pelo Supremo Tribunal Federal, que afirmou a possibilidade de controle judicial sobre a omissão do Estado na realização de políticas públicas constitucionalmente asseguradas.

Todavia, com a idéia de “limite do possível”, surge um novo risco, qual seja, o de “blindagem” no que se refere à fixação da responsabilidade estatal pela viabilização de uma Constituição a um só tempo efetiva e compromissada com todos os direitos fundamentais.¹⁵ Em outras palavras, a simples alegação de falta de recursos financeiros não deve ser considerada um óbice *a priori* à efetivação dos direitos fundamentais sociais, mesmo que afirmada no âmbito de um processo judicial. Caso contrário, muito se aproximariam, em termos práticos, a teoria das normas programáticas e a teoria da cláusula da reserva do possível.

Com efeito, percebe-se que a complexa tarefa de julgar, no Estado Democrático de Direito, não se reduz à singela operação de verificação da existência ou não de recursos financeiros nos cofres públicos, dado que não pode ser considerado absoluto e, muito menos,

¹⁵ Nesse sentido, destaca-se o alerta de Américo Bedê Freire Júnior, na obra *O controle judicial de políticas públicas* (2005: 79).

definitivo. Justamente por essa razão, a jurisdicionalização das demandas fundadas em direitos sociais, acompanhada do controle judicial de políticas públicas, configuram relevante avanço, na medida em que se constrói um novo espaço de discussão e defesa da Constituição.

Nesse ponto, ressalve-se, apenas, que a implementação de políticas públicas deve ser promovida e concebida como um processo democrático vinculado à soberania popular e ao exercício da cidadania, a fim de que o Poder Judiciário não reitere equívoco semelhante ao praticado pelo Poder Executivo sob a égide do paradigma do Estado de Bem-Estar Social. Em outras palavras, o ocaso do paradigma de Bem-Estar Social demonstra que não se deve atribuir exclusivamente ao Estado, seja no exercício da função executiva, seja no exercício da função jurisdicional, a incumbência de projetar e executar políticas públicas de forma unilateral, sob pena de que o déficit de cidadania produzido comprometa uma constitucionalmente adequada efetivação dos direitos fundamentais e, portanto, a materialização da própria igualdade.

Não se pretende, com isso, respaldar qualquer timidez judicial na relevante tarefa de controlar a (in)ação estatal acerca das políticas públicas constitucionalmente asseguradas. De outra forma, requer-se do Judiciário uma postura comprometida com a efetivação da igualdade, mas que, a um só tempo, se concentre controle da distribuição e aplicação equânime dos recursos públicos e também leve à sério o ideal democrático do atual paradigma constitucional.

Para tanto, além de se preocuparem com a solução imediata dos pleitos e demandas que se apresentam, o Ministério Público e o Judiciário devem investir na desobstrução dos canais e espaços públicos de discussão, nos quais, num aspecto muito mais amplo e legítimo, os melhores argumentos podem ser apurados, respaldando as macro-soluções a serem implementadas pela e para a sociedade.

À luz de uma perspectiva fortemente democrática, a sociedade terá condições para integrar esse processo de materialização da igualdade, definindo e realizando, em conjunto com o Estado, as medidas aptas a materializar à noção de igualdade jurídica à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. Só assim, para além de uma relação estritamente paternalista entre Estado e população, marca do paradigma do Estado de Bem-Estar Social, a sociedade civil poderá se emancipar, tornando-se co-autora das medidas que afetam os cidadãos e saindo da condição de cliente de uma burocracia estatal que atua quando e como quer.

Eis alguns dos desafios para a efetivação dos direitos sociais no atual paradigma constitucional, o Estado Democrático de Direito.

Referências bibliográficas

- Bittar, Eduardo C. B. (2002), “Hans-Georg Gadamer: A experiência hermenêutica e a experiência jurídica”, in Carlos E. de Abreu Boucault; José Rodrigo Rodriguez (orgs.), *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes.
- Bonavides, Paulo (2002), *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros.
- Carvalho Netto, Menelick de (1999), “O requisito essencial da imparcialidade para a decisão constitucionalmente adequada de um caso concreto no paradigma do Estado Democrático de Direito”, *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, ano XXIX, 68.
- Carvalho Netto, Menelick de (2000), “Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sobre o paradigma do Estado Democrático de Direito”, *Revista de Direito Comparado*, 3.
- Carvalho Netto, Menelick de (2001), “A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: pequeno exercício de Teoria da Constituição”, *Revista Fórum Administrativo*, 1.
- Carvalho Netto, Menelick de (2003), “Racionalização do ordenamento jurídico e democracia”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 88.
- Cattoni de Oliveira, Marcelo Andrade (2001), *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos.
- Cattoni de Oliveira, Marcelo Andrade (1998), *Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção*. Belo Horizonte: Del Rey.
- Comparato, Fábio Konder (2001), *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva.
- Freire Júnior, Américo Bedê (2005), *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Gadamer, Hans-Georg (1998), *Verdade e método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. [Wahrheit und Methode]. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes.
- Habermas, Jürgen (1996), *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge, Mass.: The MIT Press.
- Heidegger, Martin (2000), *Ser e Tempo*. [Sein und Zeit]. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. Parte I. Petrópolis: Vozes [9ª ed.].
- Khun, Thomas (1997), *A estrutura das revoluções científicas* [The Structure of Scientific Revolutions]. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva [5.ª ed.].
- Oliveira, Manfredo Araújo de (2001), *Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola.
- Omatti, José Emílio Medauar (2003), *O princípio constitucional da igualdade no marco do paradigma do Estado Democrático de Direito*. Dissertação. Faculdade de Direito da UFMG. Orientação: Menelick de Carvalho Netto.
- Wittgenstein, Ludwig (1996), *Investigações filosóficas* [Philosophische untersuchungen]. Trad. Marcos G. Montagnoli. Petrópolis: Vozes.