ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

DIREITOS SOCIAIS: EM BUSCA DE UMA JUSTICIABILIDADE POSSÍVEL

SOCIAL RIGHTS: IN SEARCH OF A POSSIBLE JUSTICIABILITY

Mário Sérgio Falcão Maia*

RESUMO: No contexto teórico constitucional contemporâneo afirma-se a força normativa das Constituições materialmente entendidas. Significa resgatar a ideia de que todo o texto constitucional é juridicamente forte e, consequentemente, tem de ser garantido. Esse entendimento ecoa de maneira particularmente forte no âmbito da teoria dos direitos fundamentais sociais e, mais ainda, no âmbito de uma teoria adequada aos países da periferia mundial. Atenta-se para as reflexões necessárias na construção de um novo paradigma de direitos sociais que permita uma justiciabilidade (garantia via judiciário) desse grupo de direitos para além da lógica liberal-individualista.
Palavras-chave: Direitos sociais. Justiciabilidade. Constitucionalismo contemporâneo.

ABSTRACT: In the contemporary theoretical and constitutional context, the normative power of the Constitutions in a material sense is evidenced. This means to revive the idea that the whole constitutional text is legally strong and therefore must be guaranteed. This affirmation is particularly important in the theoretical field of the fundamental social rights and even more in the field of an adequate theory for the peripheral countries. It focuses on the necessary reflections to build this new paradigm of social rights that allows the justiciability of this group of rights possible, beyond the liberal-individual logic.
Keywords: Social rights. Justiciability. Contemporary constitutionalism.

* Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Professor do Curso de Direito da Faculdade de Ciências e Tecnologia *Mater Christi* – FCTMC. Advogado. Mossoró – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

A falta de efetividade dos textos constitucionais sociais marcados pelo compromisso é uma verdade ainda marcante em países de modernidade tardia como o Brasil. Se de fato as promessas sociais constantes do contrato social positivado no início do século passado foram cumpridas com relativo sucesso em países onde o Estado de bem-estar social efetivamente existiu, essa realidade jamais chegou aos países da periferia do capitalismo.

Nesse contexto, ganham destaque as tentativas no âmbito teórico e prático de efetivar as cláusulas sociais constitucionais, que caminham para um século de existência. Chega-se a afirmar, com Bobbio (1992), que, quando se trata da questão dos direitos humanos, o problema já não é mais de fundamentação filosófica, e sim de realização prática dessas conquistas.

Apesar do consenso, quando se trata da indivisibilidade dos direitos humanos, o que se vê na prática é ainda uma distância em termos de efetividade entre os direitos liberais e os direitos sociais, com uma grande vantagem dos primeiros. Certamente que essa realidade se deve, em parte, pela positivação constitucional mais recente (quase um século e meio) dos direitos sociais. Assim, verifica-se um maior amadurecimento dos direitos liberais que contam inclusive com instrumentos jurídicos de cobrança adequados a sua plena justiciabilidade.

A realidade constitucional contemporânea impõe reflexões que passam necessariamente pela concretização dos direitos sociais. O desafio atual é garantir a efetividade de direitos que não se contém nos limites da lógica moderna e liberal, lastreada no indivíduo e na abstração. Numa análise mais ampla, trata-se de um desafio a ser vencido a partir de uma perspectiva filosófica pós-positivista.

Verificam-se nesse trabalho alguns dos desafios a serem enfrentados quando se trata da cobrança via judicial pela efetividade dos direitos sociais. Assim, inicia-se com a verificação de algumas características basilares do que vem sendo chamado de constitucionalismo contemporâneo. Em seguida, realiza-se análise das consequências desse novo paradigma no âmbito específico dos direitos sociais, atentando especialmente para a necessidade de construção de um paradigma coletivo – concreto e para a racionalidade das decisões

judiciais nesse contexto. Por fim, trata-se de aspecto fundamental, se se parte de uma perspectiva concretizadora: a análise dos desenvolvimentos teórico-filosóficos à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

2 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A REALIDADE CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

Uma história bastante conhecida: o iluminado homem moderno, em nome da liberdade, igualdade e fraternidade, revoluciona a política e faz nascer um modelo estatal caracterizado pela separação dos poderes e proteção dos direitos individuais. Tem início a era dos direitos (BOBBIO, 1992), que, inspirada na vontade geral rousseauniana, vai garantir a supremacia da lei e, consequentemente, consagrar o Estado de Direito Legislativo.

É difícil entender como esse homem racional comete as barbaridades vistas na Europa e na Ásia no período de guerra da primeira metade do século XX. É a partir do momento de reflexão do pós-guerra que se começa a debater as ideias que, mais tarde, seriam agrupadas sob o rótulo – ainda em construção – de neoconstitucionalismo.

As constituições do pós-guerra, principalmente aquelas do início dos anos setenta do século passado[1], trazem, no seu corpo, os reflexos desse momento histórico. Ao contrário das constituições liberais, que atingem o ápice da sua juridicidade sob o signo do positivismo, as constituições contemporâneas caracterizam-se pela sua abertura aos valores, que são positivados.

A formalidade das constituições liberais é substituída pela materialidade das constituições democráticas surgidas no pós-guerra[2]. Assim, o Estado Legislativo de Direito dá lugar ao Estado Constitucional ou Democrático de Direito, que pretende, de uma maneira paradoxal, ultrapassar o positivismo jurídico, positivando valores, ou seja, aproximando o direito da moral.

Nesse sentido, são as contribuições de Dworkin (2002), Alexy (1997) e Canotilho (2000) que permitem entender o direito (e a Constituição) como um todo, composto não só de regras, mas também de princípios. So-

1 Como exemplos, podem-se citar as constituições da Espanha (1978), Portugal (1976), Brasil (1988) e Colômbia (1991).

2 Essa materialidade já podia ser encontrada desde as constituições sociais do México (1917) e da Alemanha (1919), porém, nesse momento, o positivismo ainda era dominante.

mando a isso, esses últimos (princípios) possuem uma redação mais aberta e atuam como verdadeiras "janelas", possibilitando o arejamento da pirâmide normativa do positivismo.

Portanto, o que se tem é a abertura do debate filosófico-jurídico na contemporaneidade aos valores ético-políticos (FARALLI 2006, p.11); em outras palavras, significa a superação possível das dicotomias que caracterizaram a modernidade jurídica, a saber: o jurídico e o político, o ser e o dever ser, descrição e prescrição.

Sob essa influência pós-positivista, pode-se avançar na formulação de uma teoria do direito ao mesmo tempo normativa e conceitual (DWORKIN, 2002, p. 8) e, a partir daí, entender a Constituição como um conjunto de normas prescritivas e não apenas descritivas. Nesse caso, a ciência jurídica despede-se da pretensa neutralidade positivista, sai de uma posição contemplativa em relação ao seu objeto de estudo e passa a ter consciência do seu papel criador.

Então, temos que esse novo momento teórico-filosófico constitucional se caracteriza pelo reconhecimento da existência de uma (1) constituição material e (2) garantida (SANCHÍS, 2007, p. 213). É, a partir desses dois elementos, que se pode falar também no (3) entendimento do direito como composto de regras e princípios, no consequente (4) uso da ponderação como técnica de interpretação e, finalmente, (5) na afirmação da inexistência de um mundo político totalmente imune à influência constitucional, ou seja, pode-se afirmar que não existe processo político liberto da Constituição.

3 OS DIREITOS SOCIAIS SOB NOVO CONTEXTO

A partir dessa realidade, onde se reafirma a juridicidade de todo o texto constitucional, pode-se afirmar que não existe mais conteúdo meramente programático nas constituições e que os princípios, tanto quanto as regras, são juridicamente vinculantes.

No Brasil, essa afirmação se fundamenta no aprofundamento do trabalho teórico de autores como José Afonso da Silva (2000) e Paulo Bonavides (2004). Trata-se, em verdade, de afirmar a juridicidade das normas pro-

gramáticas, buscando-se construir um referencial teórico capaz de afirmar uma eficácia positiva desse tipo normativo, ou seja, trata-se de ir além da eficácia negativa, já amplamente aceita no caso das normas programáticas, e buscar alternativas de cobrança de efetividade dos direitos sociais.

Assim é possível, inclusive, se falar em direitos subjetivos decorrentes de uma interpretação e aplicação direta das normas programáticas, a exemplo do que acontece, já com relativa frequência no Brasil, quando o judiciário garante o acesso a medicamento e/ou tratamento de saúde para indivíduos materialmente carentes (RE 271.286). Certamente que, para a caracterização dessa situação excepcional, depende-se sempre da análise do caso concreto.

O que se tem, então, é uma mudança em termos de teoria constitucional no sentido de aceitar como jurídicas questões anteriormente entendidas apenas como "políticas" (GUASTINI, 2005, p. 54). Esse novo contexto tem reflexos fundamentais e profundos no âmbito de uma teoria dos direitos sociais fundamentais. Para se entender o porquê, deve-se voltar um pouco na história.

As constituições do México (1917) e da Alemanha (1919) – no caso do Brasil, 1934 – tiveram o mérito de positivar, no topo do ordenamento jurídico-positivo, os chamados direitos sociais, cujo conteúdo-base é fruto das lutas empreendidas por aqueles que não se beneficiaram da liberdade formal do Estado Liberal clássico, a saber, o proletariado. Tem início o constitucionalismo social marcado pela fórmula de compromisso entre essas duas classes antagônicas, ou seja, o pacto social fora revisitado.

Lembre-se, no entanto, que as normas de direitos sociais, caracterizadas pela fórmula de compromisso e pela redação aberta e de forte carga axiológica, não podiam prosperar em época de direito "puro" (KELSEN, 1996, p. 1), em uma época de formalismo extremo. Surge, assim, todo o referencial teórico que durante grande parte do século XX vai negar a juridicidade dos direitos sociais constitucionalmente positivados e afirmar a sua programaticidade. Essas "cláusulas" do novo contrato social seriam endereçadas apenas ao legislador, ou seja, tratava-se, em verdade, de um catálogo de boas intenções.

Vê-se, então, que somente a partir desse contemporâneo paradigma

constitucional constrói-se um referencial teórico capaz de levar a sério os direitos sociais mediante o aumento da densidade jurídica das chamadas normas programáticas. Fundamenta essa nova realidade o reconhecimento do caráter principiológico dos direitos fundamentais (ALEXY, 2004, p. 13), assim, se se entende os princípios como mandatos de otimização, estão abertas novas possibilidades de cobrança de efetividade dos direitos sociais para além do tudo ou nada que caracterizou a norma constitucional em tempos positivistas.

Fácil de perceber, então, diante dessa nova realidade, é que ganha destaque a jurisdição constitucional. Certamente que a aplicação direta ou indireta (controle de constitucionalidade) da Constituição vai agora ser feita com base nos desenvolvimentos pós-positivistas no campo da hermenêutica.

Em síntese, pode-se afirmar que a concretização dos direitos sociais constitucionais está ligada, principalmente, ao desenvolvimento de dois tópicos específicos: a um desenvolvimento de modelo de direitos sociais adequado à complexidade atual e, no âmbito da hermenêutica, do desenvolvimento de técnicas capazes de dar conta dessa mesma realidade.

Trata-se, enfim, de uma reafirmação da importância da dogmática jurídica a ser construída sob novo paradigma. Em verdade, busca-se conciliar a segurança e a justiça; busca-se um direito positivo não positivista.

Passa-se, agora, a uma breve análise dos dois pontos de desenvolvimento necessário, indicados no parágrafo anterior.

3.1 A TENTATIVA DE FORMAÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA SOCIAL

Como visto, diante do quadro constitucional contemporâneo, faz-se necessário repensar o paradigma de direitos sociais, atentando principalmente para a abertura – semântica, gramatical e axiológica – dos textos positivadores de direitos sociais.

Num aspecto filosófico mais amplo, trata-se mesmo da superação da teoria abstrata e individualista de direitos que caracteriza a modernidade iluminista; o direito atual se abre ao concreto, ao ser humano situado na história. Em suma, tenta-se ir da igualdade formal à material em uma so-

ciedade marcada pela complexidade.

Portanto, parece adequado afirmar que uma formulação teórica sobre os direitos sociais na atualidade deve se concentrar, ao menos, em dois pontos: na transposição do direito (e da justiça), abstrata para o concreto, e na superação do individualismo moderno que origina toda a ideia de direito subjetivo. É a partir do desenvolvimento desses pontos que se pode imaginar uma efetiva cobrança de realização dos direitos sociais via judiciário (justiciabilidade).

No primeiro caso trata-se principalmente de um esforço hermenêutico, cujo principal objetivo é o de criar parâmetros capazes de – diante da abertura das leis constitucionais – evitar um total subjetivismo na atuação judicial. São, nesse sentido, as contribuições doutrinárias que se preocupam com uma racionalização possível no processo de ponderação (BARCELLOS, 2005); também nesse sentido estão as contribuições que pretendem encontrar essa racionalidade na própria estrutura normativa constitucional (MÜLLER, 2008).

Considerando que a ponderação será tópico específico neste trabalho, concentra-se agora no segundo ponto crucial nesse desenvolvimento: a superação do individualismo moderno.

É comum que se perceba o destaque dado à ideia de direito subjetivo (faculdade do indivíduo) mesmo quando se analisa as tentativas de formulação teórica sobre os direitos sociais, desenvolvidas por autores contemporâneos. Assim, por exemplo, Alexy (1997, p. 494) vai afirmar que os direitos sociais definitivos que o indivíduo possui só poderão ser conhecidos depois de um processo de ponderação.

Também nesse sentido é que se pode interpretar a contribuição de Arango (2005, p. 93) que, partindo de uma perspectiva sulamericana, vai argumentar no sentido de garantir a existência de direitos sociais subjetivos atrelada à ideia de necessidades básicas[3] (em decorrência do princípio da dignidade humana), aliada à situação de urgência.

3 Aqui, prefere-se a expressão "necessidades básicas" a "mínimo existencial", em decorrência da lição de Potyara (2007, p. 26-27 e 36), que vai afirmar que enquanto o básico "expressa algo fundamental, principal, primordial, que serve de base de sustentação indispensável e fecunda ao que a ela se acrescenta" o mínimo "nega o 'ótimo' de atendimento". Portanto "o básico é a mola mestra que impulsiona a satisfação básica de necessidades em direção ao ótimo." Além disso, vai afirmar que as necessidades básicas "estão na base da concretização de direitos fundamentais por meio das políticas sociais.".

Essa ênfase nos direitos subjetivos pode ser percebida mesmo quando se tenta realçar diferentes possibilidades. Assim, Garcia (2005, p. 981) vai afirmar que a expressão "direitos sociais" pode ser enquadrada como direitos subjetivos, mandados constitucionais endereçados ao legislador ou princípios diretores e que, nessa ordem, essa escala vai indicar uma ordem decrescente, em termos de densidade normativa e de potencial de exigibilidade.

Certamente que tal preocupação se justifica quando se considera a falta de efetividade dos direitos sociais e, mais ainda, quando se tenta colher lições a partir da história de sucesso dos direitos liberais. Acontece que esses últimos nasceram justamente com a ideia de direitos subjetivos e amadureceram juntamente com instrumentos jurídicos processuais capazes de tornar possível uma cobrança de efetividade individual.

Agora os desafios teóricos e práticos postos no caminho da efetividade dos direitos sociais são outros, fala-se em reserva do possível, governabilidade, separação dos poderes para justificar a situação de desrespeito que persiste mesmo após tantos anos de positivação constitucional (no Brasil, desde 1934) desse grupo de direitos, mesmo considerando a reconhecida "força normativa" da Constituição.

Portanto, vê-se que, nesse quadrante, o problema a ser enfrentado, quando se trata de buscar alternativas de cobrança de efetividade dos direitos sociais, é a busca de alternativas a cobrança judicial tradicional fundamentada na existência de um direito subjetivo, ou seja, é necessário que se ultrapasse o individualismo característico do direito liberal, cujas respostas não se aplicam aos questionamentos sociais atuais.

Para um melhor entendimento da relação íntima entre o individualismo e o direito subjetivo (entendido como uma faculdade da pessoa), deve-se lembrar da fundamentação do Estado moderno na sua vertente pós-absolutista que vai de Hobbes com seu Leviatã a Rousseau com sua vontade geral. Trata-se, do ponto de vista dos governados, da era dos direitos (subjetivos). Note-se ainda que a ideia moderna de direito subjetivo só foi possível por meio da oposição deste ao direito objetivo já existente, ou seja, a partir do surgimento de uma dicotomia.

Assim, de acordo com a doutrina e a jurisprudência tradicionais, existe uma relação íntima e necessária entre direito subjetivo e direito objetivo.

São as duas faces de uma mesma moeda. O direito é, ao mesmo tempo, um fenômeno objetivo, que não pertence a ninguém, e um fenômeno subjetivo que está nas mãos dos indivíduos. Essa dicotomia moderna foi possibilitada por uma ideia moderna de liberdade que, de acordo com Ferraz Jr. (1990, p. 144), "servirá de defesa à propriedade privada identificada com a riqueza [e] a defesa da economia de mercado".

Destarte, não se pode estranhar a dificuldade encontrada, quando se trata de concretizar os direitos sociais. Atualmente, tenta-se construir um modelo de direitos sociais adequado ao modelo estatal e à complexidade contemporânea, visando ultrapassar o paradigma liberal e buscando novas formas de se entender e construir o direito, capazes de ressaltar também o seu aspecto coletivo (difuso e coletivo *stricto sensu*). Nesse contexto, existe quem exclua até a possibilidade de se falar em direitos subjetivos sociais (ATRIA, 2005, p. 9-46).

A proposta aqui defendida, não de maneira original diga-se, é a da revalorização da dimensão objetiva dos direitos sociais. Isso se justifica na medida em que se buscam alternativas de justiciabilidade de direitos para além do paradigma liberal, especialmente no que se refere ao combate da omissão estatal. Em outras palavras, busca-se a realização das promessas constitucionais sociais positivadas através do fortalecimento jurídico desse texto constitucional positivado, trata-se de uma cobrança fundada numa lógica coletiva e que se tenta garantir o direito de um grupo ou, ainda, de toda a sociedade.

Ressaltar a importância da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não significa, no entanto, abandonar a ideia de direito subjetivo; o desafio é enfatizar também o aspecto da cidadania ativa, não se trata de menosprezar a "era dos direitos (subjetivos)" mas, sim, de fundar uma era dos "direitos e deveres".

Atente-se, nesse sentido, para o fato de vários dos direitos fundamentais atuais não permitirem, inclusive, uma proteção calcada na defesa de um direito individual, apenas. Veja-se como exemplo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF/88. art. 225). Como garantir o "meu" direito a um ar de qualidade sem garantir o do meu vizinho?

Tem-se que o objetivo desse fortalecimento da dimensão objetiva

dos direitos fundamentais é "articular novas estratégias e abordagens para o enfrentamento dos mesmos problemas de justiça social que o capitalismo liberal não equacionou nem jamais equacionará" (SARMENTO, 2003, p. 253). Essa valorização do direito objetivo é particularmente importante nos Estados que nunca conseguiram desenvolver um Estado de bem-estar nos moldes do europeu.

Trata-se de dar continuidade à luta pela concretização dos direitos sociais, que se inicia com a luta mesma pela positivação constitucional da legislação social e agora permite que sejam gerados efeitos concretos diretos a partir de normas anteriormente consideradas programáticas.

Lembre-se, por fim, de que os próprios direitos liberais-individuais foram inicialmente criticados pelo seu alto grau de abstração e, hoje, não restam dúvidas sobre a sua força no seio de uma dogmática jurídica já tradicional.

Com os direitos sociais se busca amadurecimento semelhante; por tudo, parece adequado afirmar que esse amadurecimento passa necessariamente pelo reconhecimento da dupla dimensão dos direitos sociais, atentando para o reconhecimento da eficácia objetiva desses direitos. Desta forma se poderá ampliar o grau de concretização dos direitos sociais, indo além do aspecto já conhecido na tradicional concepção de direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa frente ao Estado, característico do modelo liberal.

3.2 EM BUSCA DE UMA RACIONALIDADE POSSÍVEL

Como visto, as Constituições surgidas a partir da segunda metade do século passado se caracterizam pela abertura dos seus textos normativos. Entende-se, agora, a Constituição como um sistema aberto de regras e princípios de acordo com a já tradicional lição de Canotilho.

Dessa característica base vai surgir aquela que talvez seja a maior dificuldade enfrentada pelos autores pós-positivistas. Esse problema pode ser resumido na seguinte pergunta: diante de tamanha abertura, como se evitar o total subjetivismo das decisões judiciais?

Em resposta a essa pergunta vários autores têm trabalhado em torno da construção de parâmetros possíveis para a atuação judicial. No geral,

trabalha-se com uma razão "possível" no processo de ponderação de valores, através de trabalhos que fortalecem a ligação da hermenêutica jurídica com a teoria da argumentação.

No Brasil, esse esforço de racionalização pode ser percebido a partir dos trabalhos surgidos principalmente no âmbito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. São, nesse sentido, os trabalhos de autores como Luis Roberto Barroso, Daniel Sarmento e Ana Paula de Barcellos. Evidentemente, essa não é uma preocupação nacional apenas; aqui, utilizar-se-á de teorização alemã no tratamento do tema, por considerá-la adequada, nesse particular, à nossa realidade.

Antes de tudo, deve-se dizer que eliminar toda a discricionariedade das decisões judiciais seria uma tarefa impossível. Contudo, isso não diminui a importância da busca de uma racionalidade possível em torno da ponderação.

Alexy (2008, p. 68), buscando definir parâmetros para a ponderação, afirma que esse procedimento racional realiza-se a partir de um fundamento, que vai chamar de "lei da ponderação" e que pode ser posto da seguinte maneira: "Quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem pesar os fundamentos que a justificam".

Como consequência lógica dessa lei, tem-se que o processo de ponderação pode ser dividido em três passos parciais: no primeiro momento, deve-se comprovar o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. Em seguida, deve-se comprovar a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário e, finalmente, deve-se comprovar se a importância do cumprimento do princípio, em sentido contrário, justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro.

Para se fazer entender melhor, o autor utiliza um exemplo colhido junto à jurisprudência alemã, que será utilizado aqui devido à sua clareza. Nesse caso, o que está em jogo é o dever dos produtores de tabaco de colocar em seus produtos referências aos perigos do fumo para a saúde. Primeiro, deve-se construir uma espécie de tabela capaz de tornar possível uma avaliação de intensidade dos argumentos propostos a partir dos diferentes pontos de vista possíveis no caso concreto.

No caso específico, um desses pontos de vista é o dos produtores de tabaco, que classificam o dever de colocar nos seus produtos informações ao

público como uma intervenção na liberdade de profissão.

Por sua vez, o tribunal vai construir essa tabela de gradação considerando essa intervenção (informação nos produtos), como sendo leve se comparada à outra grave, que seria a completa proibição do comércio do tabaco. Então, é possível dizer que tudo que estiver fora desses dois extremos representa uma intervenção média. Com isso, está formada uma tabela de gradação triádica, dividida em graus leve, médio e grave.

Certamente, essa mesma possibilidade de gradação existe com relação aos fundamentos em sentido contrário. No caso em análise, o fundamento para se colocar as informações no produto está relacionado à proteção da população diante dos perigos à saúde, causados pelo tabaco, ou seja, trata-se de uma fundamentação forte, ou de peso alto. O que, na tabela de gradação, corresponde ao nível "grave".

A decisão do tribunal, que afirma a necessidade de informação ao público sobre os males do cigarro, por conseguinte, não viola a liberdade de profissão dos produtores de tabaco, uma vez que o fundamento de uma intervenção grave justifica a intervenção leve. Então, considerando a escala triádica de gradação, existem nove possibilidades de combinações (grave-leve, média-grave, leve-grave, por exemplo).

Dessas possíveis combinações, seis são capazes de orientar a decisão imediatamente e três indicam uma situação de empate. Nesse último caso, trata-se de um espaço de ponderação estrutural que se caracteriza pela ausência de mandamentos ou proibições definitivas, delicado e de grande importância para a delimitação dos espaços de atuação do Judiciário e do Legislativo.

Esse procedimento racional de ponderação vai permitir que a Constituição, com as suas normas de redação, aberta e com forte carga axiológica, seja concretizada. Na impossibilidade de se definir um catálogo de direitos totalmente delineados *prima facie*, busca-se esse delineamento a partir de um caso concreto.

4 JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS: DA TEORIA À PRÁTICA NO BRASIL

Como dito anteriormente, se se entende justiciabilidade como sendo a via judicial de cobrança pela efetividade de direitos, percebe-se, então,

que se trata de uma espécie da qual a exigibilidade[4] é o gênero.

A justiciabilidade de direitos, portanto, não tem nenhuma novidade, tendo a dogmática tradicional inclusive fortalecido instrumentos processuais com esse intuito. Veja-se, por exemplo, o *habeas corpus* ou o mandado de segurança. Mesmo entre os direitos sociais à justiciabilidade plena não é mais novidade: basta ver os direitos do trabalhador positivados na Constituição através de regras e desde muito tempo plenamente justiciáveis no âmbito da justiça do trabalho.

Para se manter fiel à temática aqui proposta, deve-se esclarecer que, a partir do suporte teórico acima detalhado, tem relevância nesse espaço a justiciabilidade de direitos sociais que ressaltem o aspecto coletivo, a saber, trata-se de analisar algumas decisões que ultrapassem a questão do direito subjetivo. Certamente, e por motivos óbvios, em se tratando de controle de constitucionalidade – que quando se trata de justiciabilidade de direitos tem uma enorme importância atualmente – será excluído o controle difuso.

Então, veja-se que o primeiro obstáculo a ser transposto é a aceitação de uma atuação mais incisiva do judiciário na concretização dos direitos sociais, numa releitura necessária do princípio da separação dos poderes. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (ADI/ 2.010-2) já afirmou que "o inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional.".

Aceita, em tese, essa atuação, deve-se partir para a ação. Nesse sentido, verifica-se lentamente uma mudança de postura do STF que dá sinais de uma futura atuação mais incisiva – ou menos contida – na garantia de direitos fundamentais sociais. Vejam-se, abaixo, alguns indícios.

O primeiro deles diz respeito à jurisprudência formada em torno da questão da inconstitucionalidade (parcial) do valor estabelecido para o salário mínimo.

A Constituição Federal brasileira, no seu Art. 7, IV, determina a existência de um salário mínimo, "fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia,

4 Assim são formas de se exigir direitos fundamentais todas as manifestações que visem pressionar o Estado na realização do conteúdo normativo constitucional (passeatas, pressão via e-mail, etc.).

alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo".

No ano de 1996, foi proposta, perante o Supremo Tribunal Federal, uma Ação Direita de Inconstitucionalidade (1.439-1). Certamente que aqui está clara a cobrança a partir da dimensão objetiva desse direito, tanto pela própria escolha do instrumento jurídico processual quanto pela verificação da inviabilidade prática de ações individuais a serem iniciadas por todos os brasileiros.

Naquela ocasião, o Supremo Tribunal decide não conhecer da referida ação, atrelado a uma interpretação extremamente formalista ligada a uma visão tradicional liberal da separação dos poderes.

Apenas três semanas depois, busca-se atacar a mesma inconstitucionalidade também por meio de ação direta de inconstitucionalidade (1.458-7). Agora, o Supremo Tribunal Federal posiciona-se de maneira mais comprometida com a realização constitucional, tratando de maneira expressa da inconstitucionalidade por omissão e do decorrente descumprimento da Constituição brasileira por parte do legislador ao estabelecer valor do salário mínimo insuficiente para realizar todas as atividades constitucionalmente elencadas, chegando a afirmar que as omissões Estatais inconstitucionais estão "expostas à censura do poder judiciário".

É de se lembrar que, apesar de indicar uma tendência positiva no que diz respeito a uma atuação mais comprometida com a concretização dos direitos sociais, essa decisão não explora todo o desenvolvimento teórico já existente no constitucionalismo contemporâneo e afirma que "confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional".

O segundo indício aqui apontado é tido como um caso paradigmático na jurisprudência brasileira: trata-se de decisão monocrática – Min. Celso de Mello – proferida no dia 29 de abril de 2004 (ADPF 45).

Tratava-se da garantia de efetividade de dispositivo constitucional que estabelece percentual mínimo de gastos orçamentários relativos aos serviços públicos da saúde, tendo o alegado descumprimento a preceito fundamental decorrido de veto presidencial em projeto de lei orçamentária (LDO).

Nesse caso, as possibilidades abertas com a regulamentação do novo instrumento de cobrança (ADPF) foram utilizadas no sentido de modificar jurisprudência já firmada no STF, que não aceitava a discussão no âmbito do controle de constitucionalidade abstrato das chamadas leis de efeitos concretos – caso das leis orçamentárias –, tendo reconhecido a idoneidade da arguição de descumprimento para atuar como instrumento jurídico-processual apto a efetuar a cobrança pela concretização dos direitos sociais, através da viabilização de políticas públicas.

Deve-se dizer, no entanto, que a questão não foi analisada no seu mérito[5]. Ainda assim, pela importância dos temas tratados e da objetividade e clareza do posicionamento do Supremo Tribunal Federal (através da decisão monocrática do relator), tem sido essa decisão citada em diversos estudos no âmbito da doutrina nacional[6].

Com efeito, tal decisão aponta para uma real mudança de paradigma no direito constitucional brasileiro, em concordância com os desenvolvimentos teóricos neoconstitucionalistas, que reforçam o caráter também político da jurisdição constitucional. Nela, o Supremo afirma que a Corte "não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais". É de se ressaltar que se tratou de cobrança baseada no direito objetivo e tinha como objeto fator de extrema importância, quando se trata da concretização de direitos sociais prestacionais, a saber, o orçamento. Justificando a atuação da Suprema Corte, o Ministro relator afirma "a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado".

5 CONCLUSÃO

Na atualidade, a afirmação, no âmbito da teoria/filosofia do direito, de que o direito é um todo composto de regras e princípios, ecoa de maneira especialmente importante no direito constitucional. As Constituições

5 No dia 29 abr. 2004, foi julgada prejudicada a ação em virtude da perda superveniente de seu objeto. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 18 jul. 2008.

6 Por exemplo: Barroso (2008, p. 301-302), Esteves (2007, P. 123-125), Piovesan (2008, p. 128-146).

surgidas a partir da segunda metade do século passado são fruto de um momento de reflexão pós-traumática (Segunda Grande Guerra) e, no geral, trazem em seu corpo um catálogo reforçado de direitos fundamentais sociais com forte viés principiológico.

Como visto, essa nova realidade teórica leva a uma necessária reformulação do modelo teórico dos direitos fundamentais. Nesse campo, as respostas não foram ainda totalmente equacionadas, porém o que se verifica com relativa clareza é a insuficiência do aporte teórico liberal clássico na resolução dos problemas de uma sociedade atual complexa e de um direito que se abre ao concreto.

O "reencontro" com o direito objetivo surge como possibilidade de alternativa quando se trata da justiciabilidade dos direitos sociais. Trata-se, em verdade, de fundar uma verdadeira era de "direitos e deveres" proporcionando a existência de uma cobrança pela efetividade de direitos que não tenha que necessariamente passar pelo indivíduo. Dessa forma, fortalecer-se-ão juridicamente todos os direitos coletivos entendidos em uma perspectiva ampla.

Nos países de modernidade tardia, como o Brasil, esse desenvolvimento teórico se mostra fundamental para o combate da doença crônica da falta de efetividade das Constituições sociais. Em verdade permite que se tente passar do dever ser normativo para o ser da realidade social, aumentando a densidade jurídica de normas constitucionais consideradas, outrora, apenas "programas".

O que se vê então é que, longe de um exercício teórico apenas, trata-se de um esforço prático de concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais a partir de uma perspectiva realista. No Brasil, a existência de instrumentos jurídico-processuais adequados a essa tentativa coletiva/objetiva de cobrança, juntamente com a lenta mudança de postura do Supremo Tribunal Federal, representam fortes indícios de que esse desenvolvimento teórico já surte efeitos práticos que, certamente, ainda estão longe do ideal.

Por fim, diga-se que o problema da realização das promessas de modernidades contidas nos contratos sociais contemporâneos não é um problema exclusivamente jurídico; na verdade, trata-se de um problema político. Porém, em países como o Brasil onde é reconhecido o déficit social, o campo para uma atuação mais incisiva do judiciário permanece ainda por ser explorado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997.

_____. **Epílogo a la teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios, 2004.

_____. A fórmula peso. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ARANGO, Rodolfo. Direitos fundamentais sociais, justiça constitucional e democracia. In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAZ JR., Técio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamento jurídico. In: CARBONELL, Miguel. **Neocontitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensaios escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adercio Leite. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.** São Paulo: Del Rey, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

Correspondência | Correspondence:

Mário Sérgio Falcão Maia
Faculdade de Ciências e Tecnologia *Mater Christi* – FCTMC, Rua Ferreira Itajubá, 745, Santo Antônio, CEP 59.605-410. Mossoró, RN, Brasil.
Fone: (84) 3422-0500.
Email: mmaia22@yahoo.com

Recebido: 12/05/2009.
Aprovado: 10/02/2010.