

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

“ DIREITOS SOCIAIS ”
A BUSCA DA EFICÁCIA JURÍDICA

PEDRINA CELISMARA GIROTTO DORNELAS

Presidente Prudente/SP

Outubro/2001

FACULDADES INTEGRADAS

“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

“ DIREITOS SOCIAIS ”

A BUSCA DA EFICÁCIA JURÍDICA

PEDRINA CELISMARA GIROTTO DORNELAS

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Ercias Rodrigues de Sousa.

Presidente Prudente

Outubro/2001

“ DIREITOS SOCIAIS ”
A BUSCA DA EFICÁCIA JURÍDICA

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em Direito

Prof. Mest. Ercias Rodrigues de Sousa
Orientador

Prof. Lincoln Gakiya
1º Examinador

Sônia Regina Nozabielli
2º Examinador

Presidente Prudente, 19 de Novembro de 2001.

“ À você mãe, que me ensinou o caminho, mas deixou um vazio com a sua partida, juntamente com a inesquecível lição de vida, que até na dor e no sofrimento soube dar amor e ensinar felicidade e esperança.”

“O espírito de estadista constrói as garantias, mas se não houver homens no manejo da máquina, quem garantirá as garantias?”

Rui Barbosa

“Não se deve nunca esgotar de tal modo um assunto, que não se deixa ao leitor nada a fazer. Não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar”.

Montesquieu, do Espírito das Leis, Livro XI, cap. XX

AGRADECIMENTOS

A Deus, companheiro fiel de todas as horas, pela força e apoio constante, sem os quais não teria realizado esta jornada.

Ao Mestre Ercias Rodrigues de Sousa, que orientou-me nesta monografia, pela sua grande contribuição

Agradeço em especial:

Aos meus filhos , Bruna e Lucas, o meu amor especial, pelo carinho e paciência que tiveram, pelas longas horas que necessitei me afastar do nosso convívio.

Ao Zé, meu grande incentivador, que partilhou comigo deste sonho e da realização desta jornada.

Ao meu pai Achilles, o meu carinho pelo seu exemplo de simplicidade.

RESUMO

Visou-se com este trabalho, o estudo da eficácia jurídica dos direitos sociais, dentre os quais, os elencados no artigo 6º da Constituição Federal.

Compreendeu-se, pela abordagem da evolução histórica dos direitos sociais e de sua inserção nas Constituições, que a crise atual não se dá pela fundamentação dos direitos, mas pela sua aplicabilidade.

A Constituição pátria de 1988, deu um grande salto ao elencar os direitos sociais, no entanto, continua ineficaz na sua garantia.

Para se enfrentar corretamente o presente tema, fez-se necessário analisar criticamente os mandamentos contidos no artigo 6º da Constituição e percebeu-se o quanto eles estão distantes de se concretizarem efetivamente na nossa sociedade, em que o Estado aparece como seu principal violador, quando deveria ser o guardião da Constituição.

Por sua vez, dentre as garantias e os remédios constitucionais existentes, foi dado ênfase ao Mandado de Injunção e à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que são os instrumentos jurídicos apropriados à omissão inconstitucional das normas. Compreendeu-se que estes não têm sido eficazes em oferecer as respostas exigíveis, até porque a posição dominante do Supremo Tribunal Federal tem sido não concretista.

Dentre as dificuldades evidenciadas na eficácia dos direitos sociais, pôde-se atribuir à sua natureza de normas programáticas, que ainda guardam resquícios de “normas-programas”, em que o entendimento dominante na Jurisprudência, seguindo a teoria clássica, é o de que, a estas normas, não se lhes conferem o direito público subjetivo de exigibilidade perante os Órgãos Públicos e desta forma, sendo normas programáticas, ficam a mercê da discricionariedade dos poderes.

Mas este entendimento não coaduna com o da doutrina moderna, que compreende as normas programáticas, como de eficácia jurídica imediata, direta e vinculante, sendo este também o posicionamento desta autora.

A investigação sistemática das razões da ineficácia dos direitos sociais e das incongruências, permitiu entender que a busca pela eficácia jurídica dos direitos sociais deve ser analisada dentro de um contexto histórico, partindo-se de uma visão complexa dos fatores que a envolvem, desde o posicionamento dos operadores do direito, dos órgãos Públicos e de toda a sociedade, na sua garantia.

E, como resultado da interpretação de tal tema, foi apresentado a conclusão no final, como forma de síntese.

ABSTRACT

In this research the author tried to treat the social rights and the juridical success, that are inside the Main Law article 6th.

It had been understood, by a historical social law evolution and how it is showed in all Main Law, and that the nowadays break is not at the law barer, but how it is applicated.

In our Main Law (1988), we had a jump in the social law, however, it keeps not successful in it's garanty.

Do to confront in a right way this thema, the author needed to make a deep analysis in every article in the 6th article of the Main Law, and she realized that they are far away to come true in our society, and the State appears like the main law broker, and the State must be the safer Main Law.

Another way, the main law garanties and medicine are showed enfasing the "Mandado de Injunção" and the direct action by omit the main law, so the correct juridical guns and the hidden no main law rules. This have been not successful to offer the flexible answers, because the "Supremo Tribunal Federal" main position have been not concrect.

In the middle of the difficulties showed in the social rights success, we can attribute to the programatical rules, that still keep the rest of the "normas-programas", and the main understand in jurisprudence, following the classical theory in these rules, they have not the public subjective right to ask to the Public Departments and this way being programs rules, they stay weak front the discrionary powers.

But this understanding doesn't agree to the new doctrine, the new doctrine is possible to understand to rules, the juridical success for the moment, the direct and vinculate, being this the author position.

The sistematical investigation reasons to the insucess of social law, this allow the understand that try to find the social right juridical success. They must be analyzed inside the historical context. Starting from the complex vision facts, since the law applicator's to the Public Departments and all the society, to be garanted.

And, like the final thing, the theme interpretation, was from presentation to the find, like a sintetized way.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
-------------------------	----

CAPÍTULO I - HISTÓRICO DOS DIREITOS SOCIAIS

1.1 Os Direitos Sociais e as Declarações Universais	15
1.2 A Declaração de Virgínia e a Declaração dos EUA	16
1.3 A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão	17
1.4 Universalização das declarações.....	18
1.5 Declaração de direitos nas constituições contemporâneas.....	20
1.6 Declaração de direitos nas Constituições brasileiras.....	20

CAPÍTULO II - OS DIREITOS DO ART. 6º, SOB A ÓTICA DA CF.

2.1 Delimitação do Tema	22
2.2 Princípios Constitucionais dos Direitos Sociais.....	23
2.3 Os Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais.....	25
2.3.1 Direito à Educação.....	27
2.3.2 Direito à Saúde.....	29
2.3.3 Direito ao Trabalho.....	31
2.3.4 Direito ao Lazer.....	33
2.3.5 Direito à Segurança.....	33
2.3.6 Direito à Previdência Social e à Assistência Social	34
2.3.7 Direito à Proteção à Maternidade e à Infância.....	37
2.3.8 Direito à Assistência aos Desamparados.....	38
2.3.9 Direito à Moradia.....	38

CAPÍTULO III –DAS GARANTIAS E DOS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

3.1	Papel do Estado na Garantia dos Direitos Sociais	40
3.2	As Garantias e os Remédios Constitucionais	41
3.2.1	Mandado de Segurança.....	46
3.2.1.1	Mandado de Segurança Coletivo	48
3.2.2	Mandado de Injunção..	49
3.2.2.1	Mandado de Injunção como Instrumento de Efetividade na Constituição Federal	53
3.2.2.2	O Entendimento do STF.....	57
3.2.3	A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.....	58
3.3	Diferenças entre Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.....	60

CAPÍTULO IV – INEFICÁCIA

4.1	Razões da Ineficácia dos Direitos Sociais e os Problemas das Incongruências.....	62
4.2	A Ineficácia dos Mandamentos Contidos no art. 6º e das Garantias Constitucionais	67

CAPÍTULO V – A BUSCA DA EFICÁCIA JURÍDICA DOS DIREITOS SOCIAIS

5.1	A Questão da Eficácia das Constituições e das Declarações	74
5.2	O Caráter Imperativo das Normas Programáticas e a Busca pela sua Eficácia	77

CONCLUSÃO	93
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	98

INTRODUÇÃO

Este trabalho visou ampliar a discussão e o entendimento da aplicabilidade dos direitos sociais às demandas que se apresentam na nossa sociedade e não são atendidas.

Vivencia-se numa sociedade em que cada vez mais se aprimoram direitos. A Constituição de 1988 deu um grande avanço na elaboração dos direitos sociais ao cidadão, no entanto, ainda continuam ineficazes na sua concretude.

A prova da falácia da eficácia dos direitos sociais, pode ser evidenciada pela situação de miséria em que vivem milhões de brasileiros, que não têm garantido o seu direito básico de dignidade enquanto cidadão.

O que se presencia hoje, é uma grande parte da população, vivendo em péssimas condições de vida, não tendo acesso à saúde, educação, trabalho, moradia, segurança, nem mesmo à alimentação, de miserabilidade extrema.

Essa população, desapropriada da própria lei, encontra-se à margem da sociedade, ansiosa por garantias e desacreditada no seu valor como cidadã e no Estado, enquanto poder viabilizador da proteção dos seus direitos.

Partindo desta problemática, fez-se necessário buscar caminhos jurídicos na busca da eficácia dos direitos sociais.

Pode-se afirmar que diante da Constituição Federal atual, surge o dever jurídico dos Poderes Públicos em concretizar a ordem constitucional.

A crise vivenciada atualmente não é pela justificação dos direitos, mas pela aplicabilidade e eficácia deles.

Pretendeu-se através desta monografia, compreender as garantias e os remédios constitucionais existentes, que se apresentam como instrumentos jurídicos para a eficácia dos direitos sociais.

Fez-se necessário uma investigação ao longo da história, do papel do Estado, enquanto poder viabilizador da garantia dos direitos básicos do cidadão e da aplicabilidade das normas constitucionais.

Buscou-se analisar a competência dos Órgãos Públicos em garantir a eficácia dos direitos sociais e o que se verifica é que o Estado não tem assumido a sua responsabilidade enquanto sociedade jurídica representativa da sociedade. Ao se omitir, demonstra o seu descaso e a sua contradição entre o discurso e prática .

O que se evidencia é que as normas jurídicas constitucionais se prestam essencialmente para o discurso político-constitucional.

Para que os direitos deixem de ser abstratos e inacessíveis, resta buscar caminhos, através de uma trajetória do cidadão de papel ao cidadão participativo.

Verifica-se que a Constituição Federal de 1988, veio corroborar com a elaboração de uma série de direitos sociais ao cidadão, de forma abrangente, no entanto ineficaz na sua concretude, em que as garantias e os remédios constitucionais não têm garantido a eficácia dos direitos sociais.

Importou analisar sobre o prisma jurídico, à eficácia da Constituição de 1988, no que se refere a aplicabilidade dos direitos sociais. O anseio foi pela busca, pelo resgate de sua força normativa, sob pena de admitir a quebra da unidade normativa constitucional.

Uma Constituição que possui no seu bojo direitos que não se efetivam concretamente, corre o risco de ser desacreditada e se transformar em letra morta.

A pretensão deste estudo, não foi a de analisar os problemas sociais existentes no nosso meio, mas sim explicitar suas incongruências, em que, entre a norma e a prática, há um distanciamento significativo.

Com este trabalho objetivou-se entender as incongruências dos direitos sociais, e para isto, foi necessário traçar um caminho de análises a partir da nossa própria situação histórica, da eficácia das normas sociais, das garantias e dos remédios constitucionais existentes no ordenamento jurídico, do posicionamentos dos operadores do direito, em especial do Supremo Tribunal Federal, assim como dos Órgãos Públicos, das políticas existentes e da participação da população .

Buscou-se compreender, à partir de uma visão globalizada, a eficácia dos mandamentos contidos no art. 6º da Constituição Federal e a sua exigibilidade jurídica.

Este foi o desafio, avançar e contribuir para uma reflexão em busca de alternativas para a eficácia jurídica dos mandamentos contidos no art. 6º da nossa Carta Magna.

O estudo iniciou pela investigação histórica dos direitos sociais, como forma de compreensão de sua evolução, desde os primórdios até os dias atuais, com as Declarações concomitantes que os inseriram nos ordenamentos jurídicos.

Partindo-se preliminarmente deste estudo, foi tratado no Cap. II, dos Princípios Constitucionais e dos Direitos Sociais.

Os Direitos Sociais foram analisados, delimitando ao estudo, os elencados do artigo 6.º da Constituição Federal.

A tarefa subsequente foi de analisar no Cap. III As Garantias e os Remédios Constitucionais existentes, a sua aplicabilidade e eficácia na garantia dos direitos sociais, dentro deles elegemos principalmente o Mandado de Segurança, o Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, tendo sido dado ênfase aos dois últimos instrumentos.

No Cap. IV ao tratar da Ineficácia, tentou-se compreender as Razões da Ineficácia dos Direitos Sociais e os Problemas das Incongruências.

No Cap. V, importou buscar caminhos para a Eficácia Jurídica das Normas Sociais, passando por uma investigação da eficácia das Declarações, do caráter imperativos das normas e da busca da sua eficácia das normas programáticas.

Importou avaliar de que modo a inconstitucionalidade por omissão nos possibilita o repensar da eficácia das normas constitucionais, entendendo a força normativa da Constituição.

Restou entender, que uma sociedade que preza por Justiça, deve em primeiro lugar, reconhecer o valor humano e garantir os direitos básicos dos homens.

Avançar rumo as alternativas para a garantia dos direitos sociais se faz urgente, como forma de respeitabilidade e transparência do discurso para a prática.

Enquanto estudante de direito, fez-se necessário contribuir para a investigação e sensibilização desta problemática, que se apresenta como uma falácia do poder público e da própria aplicabilidade da Constituição Federal, na busca por caminhos para a eficácia jurídica dos direitos sociais.

CAPÍTULO I - HISTÓRICO DOS DIREITOS SOCIAIS

1.1 Os Direitos Sociais e as Declarações Universais

Iniciaremos o estudo, resgatando a evolução histórica dos direitos sociais, passando pela compreensão dos direitos fundamentais do homem, que pela nossa atual Constituição, abrange direitos individuais, políticos e sociais.

Esta breve evolução histórica nos auxiliará à compreensão dos direitos sociais existentes atualmente e na forma de garanti-los.

As declarações de direitos, possibilitaram o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, que se traduziram em conquistas adquiridas ao longo da história pela humanidade, e estão longe de se esgotarem.

Na sociedade primitiva, gentílica, os bens pertenciam a todos, não existindo poder algum dominante, verificando-se uma comunhão de interesses.

O homem, através das descobertas e invenções, buscava libertar-se da opressão do meio natural.

Com o desenvolvimento do sistema da apropriação privada, surge uma forma social de subordinação e opressão, onde o titular da propriedade, impõe seu domínio e poder sobre os desapropriados, formando-se essa classe subordinada ao titular da propriedade. Aí teve origem a escravidão.

O Estado aparece e se forma, como necessário à manutenção e sustentação desse sistema de dominação.

O homem, através de lutas, busca se libertar da opressão, conquistando e fazendo sua própria história.

No decorrer dessa evolução, alguns antecedentes aconteceram à própria declaração de direitos, tais como: a lei de Valério Públicola proibindo penas corporais contra cidadãos, em certas situações até culminar com o *Interdito de Homine Libero Exhibendo*, remoto antecedente do “habeas corpus”. Em Atenas, já se lutava pelas liberdades democráticas.

No entanto, foi na Idade Média que surgiram os antecedentes mais diretos das declarações de direitos.

A teoria do direito natural contribuiu para o aparecimento dos princípios das leis fundamentais, limitadoras do poder do monarca, além dos princípios humanistas.

Surgem os pactos, forais e as cartas de franquias, algumas proteções dos direitos estamentais, dos espanhóis, de León e Castela de 1188, no qual o rei Afonso IX jurara sustentar a justiça e a paz, nas garantias dos mais importantes direitos das pessoas, como a segurança, o domicílio, a propriedade, a atuação em juízo, etc..

O mais famoso desses documentos é a Magna Carta Inglesa (1215-1225). Em 1620, com Maryflower Compact, deu origem a um documento de garantia de governo limitado, além das várias cartas de direitos e liberdades das Colônias Inglesas na América.

As declarações de direitos no sentido moderno, porém, só apareceram no séc. XVIII, com as Revoluções Americana e Francesa, que deram origem a formação da mais ampla proteção dos direitos humanos fundamentais.

O documento mais importante é a Declaração de direitos (Bill of Rights, 1688), cujos poderes reais se limitavam com a declaração de direitos.

Surge aí para a Inglaterra, a monarquia constitucional, submetida à soberania popular, que teve em Locke seu principal teórico, servindo de inspiração ideológica para a formação das democracias liberais da Europa e da América nos séculos XVIII e XIX.

1.2 A Declaração de Virgínia e a Declaração dos EUA

A primeira declaração de direitos fundamentais foi a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, 1776, que consubstanciava as bases dos direitos do homem, com a preocupação de um sistema de limitação de poderes, reconhecendo a existência de direitos naturais imprescritíveis do homem.

A Declaração de Independência dos EUA, teve maior repercussão, nela se destacando especialmente, a igualdade dos homens e os seus direitos inalienáveis, entre eles: o direito à vida, liberdade e a busca da felicidade. Cabendo ao povo o direito de alterar ou abolir a forma de governo que torne destrutiva os seus fins.

A Constituição dos EUA, aprovada em 1787, não continha inicialmente uma declaração dos direitos fundamentais do homem, mas com a união dos estados Membros e com a introdução na Constituição de uma Carta de Direitos, para garantia dos direitos fundamentais do homem, deram origem a emendas à Constituição até 1975, que constituem o Bill of Rights do povo americano.

1.3 A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

Esta declaração, adotada pela Assembléia Constituinte francesa em 1789, sofreu grande influência da Declaração de Virgínia. Na verdade, as fontes filosóficas e ideológicas são européias, apesar de alguns autores assinalarem diferentemente.

São os grandes idealizadores das declarações: Rosseau, Locke e Montesquieu.

O texto da Declaração proclama os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade, legalidade e as garantias individuais.

As declarações dos séc. XVIII e XIX voltam-se para a garantia formal das liberdades, em que a burguesia encontrava-se oprimida politicamente.

Esta época é marcada pelo desenvolvimento industrial e conseqüentemente formação de uma classe operária, que não dispunha das condições materiais para exercê-las, direitos estes abstratos, onde o Estado se abstinha.

Foi a Constituição mexicana de 1917, que primeiro sistematizou os direitos sociais do homem. No mesmo sentido, seguiu-se a Constituição de Weimar, de 1919, que exerceu grande influência no constitucionalismo de pós-primeira Guerra Mundial, até na brasileira de 1934.

1.4 Universalização das Declarações

A declaração de 1789 teve um caráter universalizante dos direitos do homem.

Ao término da 1ª Guerra Mundial, novos direitos fundamentais foram reconhecidos.

Assistia-se à deterioração do quadro social, principalmente nos Estados mais desenvolvidos da Europa e nos EUA, é uma época marcada por grandes conflitos.

As declarações de direito do séc. XX tiveram fundamentos no universalismo e no social, com o surgimento dos direitos sociais.

Este sentido universalizante dos direitos, de caráter estatal, passou a ser reconhecido internacionalmente, com os organismos científicos internacionais, que visavam estender a defesa dos direitos humanos a todos os países e a todos os indivíduos.

A Carta das Nações Unidas em 1945 ficara impregnada com a idéia do respeito aos direitos fundamentais do homem.

Criou-se assim, a ONU, uma Comissão dos Direitos do Homem, a quem caberia a redação de uma Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A Declaração consagrou três objetivos fundamentais, segundo a lição de Dalmo de Abreu Dallari:

“ a certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições: a segurança dos direitos, impondo uma série de normas, tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais serão respeitados: a possibilidade dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições subumanas”¹

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p.168.

Toda a evolução dos direitos sociais teve seu ápice na declaração Universal do Direitos do Homem, promulgada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas em 10/12/48. Nela estão inscritos os direitos fundamentais.

Mesmo na declaração, o grande problema, como o próprio Dallari analisa é “o da *eficácia das Normas de declaração de direitos.*”² Em se tratando de uma Declaração Universal, o problema é ainda pior, porque não se dispõe de um aparato próprio que faça valer o direito.

Não é a toa que se vê o desrespeito cruel de suas normas nesses quarentas anos, principalmente no nosso país.

Há de se ressaltar que o regime democrático não se caracteriza pela inscrição dos direitos fundamentais, mas por sua efetividade, por sua realização eficaz a todos cidadãos.

Em decorrência desta ineficácia é que se tem surgido vários pactos e convenções internacionais, visando assegurar a efetividade dos direitos fundamentais do homem, reconhecidos na Declaração Universal de 1948, que promoveu a elaboração da salvaguarda dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais, aprovada em 1950, ratificada por 17 Estados europeus e em vigor desde 1953.

Para assegurar estes compromissos contidos na Convenção, no seu art. 19 foram instituídos 2 órgãos muito importantes: A Comissão Européia de direitos do Homem e um Tribunal Europeu de Direitos do Homem.

Anterior a Declaração Universal de 1948, a que tinha o caráter multinacional, e declarava os direitos do homem, foi a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Mais importante, no entanto, é a Convenção Americana de Direitos Humanos, chamada Pacto de San José de Costa Rica, adotada em 22.11.69, que como proteção daqueles direitos, institucionaliza a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que vigora desde 18.06.78, mas no Brasil, só entrou em vigor em 1992, por via de adesão.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 16.ed.. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 168.

Não obstante isso, a ineficácia desses documentos interamericanos está evidenciada na situação trágica em que se encontra os países latino-americanos, onde o desrespeito aos mais elementares direitos da pessoa humana é o que se ressalta.

1.5 Declaração de Direitos nas Constituições Contemporâneas

A preocupação que se apresenta na evolução das declarações de direitos, foi a de assegurar a efetividade, através das garantias constitucionais.

Foi necessário a inscrição destas garantias no texto das constituições, para que estas declarações de direitos tivessem força e mecanismos jurídicos de eficácia.

No curso do Séc. XIX, passou-se a enunciação dos direitos no próprio texto das constituições, buscando-se o caráter concreto de normas jurídicas positivas.

1.6 Declaração de Direitos nas Constituições Brasileiras

A Constituição de 1824 subjetivou e positivou os direitos do homem, buscando-se a concreção jurídica efetiva.

No entanto, a Constituição do Império do Brasil, de 1824 já estabelecia a subjetivação e a positivação dos direitos do homem, com as garantias pertinentes, devendo a ela tal primazia.

A Constituição de 1891 contém no entanto só os chamados direitos e garantias individuais.

A Constituição de 1934, abriu um título especial para a declaração de direitos, acrescentando também os direitos de nacionalidade e os políticos, incluindo ainda o título “Da Ordem Econômica e Social”, e reconhecendo os direitos econômicos e sociais do homem, ainda que de maneira pouco eficaz.

Acrescenta também a inviolabilidade aos direitos à subsistência, elevando por conseguinte esta também à categoria dos direitos fundamentais do homem.

A outra grande transformação, foi realizada com o surgimento dos direitos econômicos e sociais do homem, dando nova dimensão aos direitos individuais.

A Constituição de 1946, no seu Capítulo IV da Declaração dos Direitos, traz dois capítulos: um sobre a Nacionalidade e a Cidadania e outro sobre os Direitos e Garantias Individuais. Não inclui o direito a subsistência, mas o substitui pelo direito à vida, o que se repetiu com a Constituição de 1967, assim como a Constituição de 1969, onde aparecem os direitos econômicos e sociais mais bem estruturados.

Mas é com a Constituição de 1988 que se evidencia uma técnica mais moderna, dando-se um salto para uma grande transformação.

Os direitos humanos podem ser vistos como produto de conquistas sociais e históricas.

Resta compreender que as declarações de direitos despontavam como alternativa para garantir a estabilidade na tutela dos direitos tidos como essenciais à condição humana.

CAPÍTULO II - OS DIREITOS DO ART. 6º, SOB A ÓTICA DA CF/88

2.1 *Delimitação do Tema*

Elencamos dentre os direitos sociais, os do art. 6º da Constituição Federal de 1988 e sobre eles discorreremos o nosso trabalho. É lógico que muitas das análises que discorreremos no decorrer desta monografia, em muito se aplicam a maioria dos direitos sociais, mas nos deteremos mais especificamente nos descritos no art. 6º da Constituição Federal de 1988.

Os direitos sociais, poderão ser conceituados:

“ são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”³

A Constituição Federal de 1988 utilizou-se, em seu Título II, da expressão *direitos e garantias fundamentais*. No entanto, pecou o legislador, não tendo incluído os direitos sociais no art. 5º, mas reconhece que eles estão entre os direitos fundamentais.

Tanto que quis o legislador incluí-los como fundamentais, que incluiu-os no mesmo título. A interpretação deverá ser extensiva, até porque o legislador desejou integrá-los, o que se evidencia analisando-se a sua natureza e suas características, constatando-se que não são só aqueles enumerados pelo capítulo I da Constituição Federal.

Devemos entender que os direitos fundamentais integram-se num todo harmônico na Constituição, e que não tem como separá-los. Sem falar que os direitos individuais contidos no art. 5º estão embutidos de dimensão social. O Ilustre Vidal Serrano vem contribuir com a sua concepção:

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.289.

“O vocábulo direito serve para indicar tanto a situação em que se pretende a defesa do cidadão perante o Estado como os interesses jurídicos de caráter social, político ou difuso protegidos pela Constituição. De outro lado, o termo fundamental destaca a imprescindibilidade desses direitos à condição humana”.⁴

O Capítulo II do Título II da Constituição Federal elenca os Direitos Sociais:

Art. 6º “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” Pela Emenda Constitucional n.º 25, de 14.02.2000, incluiu-se o direito a moradia, dentre os direitos elencados do artigo.

2.2 Princípios Constitucionais dos Direitos Sociais

Os princípios são a base das normas jurídicas, constituindo em preceitos básicos da organização constitucional. Constituem em desdobramentos fundamentais de proteção.

Segundo o conceituado constitucionalista José Afonso: “ Os princípios são ordenação que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são núcleos de condensações, nos quais confluem valores e bens constitucionais.”⁵

Eles diferem das normas, que como conceitua o mesmo autor:

“são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem” .⁶

⁴ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano ; ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.p.48.

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.15.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 96

⁶ _____. _____. p. 95.

O regime brasileiro da CF/88 funda-se no princípio democrático. O preâmbulo e o art. 1º demonstram de maneira clara, que a Constituição ao instituir um Estado Democrático de Direito, assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos, tendo seu fundamento na soberania popular, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. (art. 3º, II e IV)

Está evidenciado um forte conteúdo social, com princípios na democracia.

Numa democracia, os objetivos deverão ser o de garantir educação, nível de cultura, desenvolvimento que envolva a melhoria de vida, com ênfase aos direitos sociais, buscando-se a justiça social.

Como nos ensina novamente o Mestre José Afonso:

“A Constituição estrutura um regime democrático consubstanciando esses objetivos de igualização por via dos direitos sociais e da universalização de prestação sociais (seguridade, saúde, previdência e assistência sociais, educação e cultura). A democratização destas prestações,(...),constitui fundamento do Estado Democrático de Direito, instituído no art. 1º.”⁷

A Constituição Brasileira consigna, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, do Estado Brasileiro, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional: erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Art. 3º, CF/88.

Estes objetivos fundamentais, têm o fim de concretizar a democracia econômica, social e cultural, e de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana.

O Estado manifesta-se por seus Órgãos, que deverão exprimir a vontade humana e mais do que isto, a vontade da Constituição vigente.

⁷ SILVA, José Afonso da. Op. cit., 1998. p.132.

O poder político se desdobra e se compõe de várias funções: legislativa, executiva e a jurisdicional.

A função legislativa consiste na edição das leis, regras gerais inovadoras da ordem jurídica; a função executiva tem como função a resolução dos problemas concretos e individualizados, de acordo com a lei; já a função jurisdicional, tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir os conflitos.

2.3 Os direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais

Os direitos sociais, enquanto direitos fundamentais são destinados a todos os seres humanos. São o resultado dos diversos movimentos históricos, de direitos relativos à dignidade humana. Os interesses da sociedade são maiores que os dos indivíduos, devendo-se assegurar uma relação justa.

Os direitos fundamentais devem constituir em um meio positivo, para possibilitar o exercício efetivo a todos dos direitos e liberdades.

Segundo José Afonso: “Os direitos sociais constituem forma de tutela pessoal”, entendendo que eles disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto. E ainda acrescenta:

“Os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos”.⁸

Os direitos sociais disciplinando situações subjetivas, podem ser considerados como direitos subjetivos, a partir disto, podemos entender que poderão ser exigidos.

Resta compreender que os direitos fundamentais não são absolutos, necessitando sua harmonização, podem ser cumulados e são irrenunciáveis.

⁸ SILVA, José Afonso da . Op. cit. , 1998. p. 289.

Portanto, o entendimento obrigatório em relação aos direitos sociais, é que eles são direitos fundamentais do homem, de observância obrigatória de um Estado de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição.

Os direitos sociais previstos constitucionalmente são normas de ordem pública, com característica de imperativas, invioláveis.

Afasta-se eventual interpretação restritiva do preceito constitucional de direito e garantia fundamental, ou seja, resta compreender que o princípio da aplicabilidade imediata não é restritivo ao artigo 5º da Constituição Federal.

Deve-se buscar a interpretação teleológica do texto. Os direitos e as garantias fundamentais se expandem por todo o texto constitucional. Ou seja, onde se encontre um preceito definidor de direito ou garantia fundamental, aplicar-se-á o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Evidencia-se a força vinculante que dispões os direitos fundamentais, passando-se a questionar a ampla discricionariedade dos Poderes Públicos.

A omissão do legislador não poderá figurar mais eficaz que a atuação do constituinte e que a existência de norma constitucional.

Segundo o professor Alexandre de Moraes:

“ A definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas conseqüências imediatas; subordinação à regra da auto-aplicabilidade prevista, no § 1º, do art. 5º e suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver a omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social, e conseqüentemente inviabilize seu exercício.”⁹

A nossa Constituição procurou amparar os direitos sociais com dispositivos esparsos, cabendo ao intérprete agrupá-los sistematicamente, normas estas reguladoras da própria Constituição.

⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 165.

A Constituição é expressa, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (Art. 5º, § 1º, CF/88)

A importância de qualificar direitos constitucionais como fundamentais, reside no regime jurídico de proteção especial que a Constituição lhe outorgou.

Ao se apregoar a terminologia direitos fundamentais do homem, verifica-se que se este direito é fundamental, é porque trata-se de situação jurídica sem a qual a pessoa humana não se realiza, não convive e às vezes nem mesmo sobrevive.

2.3.1 Direito à Educação

O direito à educação é o primeiro dos direitos que o legislador constituinte enumera entre os direitos sociais.

O artigo 211 da Constituição atribui a competência à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, que organizarão seus sistemas de ensino, devendo em regime de colaboração, proporcionar os meios de acesso à educação.

O artigo 205, ao garantir o direito a educação, acentua que, embora a educação seja direito de todos, é dever do Estado e da família, com a colaboração da sociedade. O artigo citado, combinado com o art. 6º da Constituição, eleva a educação ao nível dos direitos fundamentais do homem, consagrado como direito universal.

Já no artigo 208, I da Constituição Federal define o seu dever ao elencar:

Art. 208. "O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de :

I - ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI – oferta de ensino noturno regular, adequando às condições do educando;

VII – atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. “

Pelo artigo e parágrafos, demonstra-se que o legislador quis garantir eficazmente este direito fundamental, responsabilizando inclusive a autoridade que não garantir o ensino obrigatório.

Assim, todo cidadão tem o direito público subjetivo de exigir do Estado o cumprimento da prestação educacional.

O art. 205 da CF/88 elenca três objetivos da educação:

- a) pleno desenvolvimento da pessoa;
- b) preparo da pessoa para o exercício da cidadania;
- c) qualificação da pessoa para o trabalho.

O artigo 212 da Constituição vincula ainda a União à aplicação nunca inferior de dezoito e aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, vinte e cinco por cento no mínimo da receita resultante de impostos.

Esta garantia constitui-se num grande avanço, no entanto o acesso à educação ainda continua sendo uma grande dificuldade.

A educação somente será direito de todos, se houver escolas em número suficientes e se ninguém for excluído delas.

A educação formal deve concretizar o direito de ensino. Deve se integrar aos princípios recepcionados pela Constituição, que são: igualdade de acesso, liberdade de aprender, pluralismo de idéias, gratuidade do ensino público

fundamental, valorização dos profissionais de ensino, gestão democrática da escola e padrão de qualidade. (art. 206, CF/88)

Isto importa em reconhecer que o Estado deve propiciar o ensino fundamental de modo satisfatório a todos, de acordo com os princípios constitucionais .

O Ilustre doutrinador José Afonso nos esclarece:

“A Constituição mesmo já considerou que o acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito , é direito público subjetivo; equivale reconhecer que é direito plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata, isto é, direito exigível judicialmente, se não for prestado espontaneamente”¹⁰

E ainda acrescenta que: “ As normas têm, ainda, o significado jurídico de elevar a educação à categoria de serviço público essencial que ao Poder Público impende possibilitar a todos”.¹¹

A iniciativa privada é meramente secundária e condicionada para o ensino fundamental, mas nos demais níveis exerce uma função essencial, no qual o próprio Estado adquire uma função supletiva.

O direito à cultura apesar de não ter sido arrolado no art. 6º como direito social, deve ser reconhecido como tal, onde o próprio art. 215, Constituição Federal de 1988 reconhece: ” O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais, estando informados pelo princípio da universalidade”.

2.3.2 Direito à Saúde

O direito à vida é igual a todos os seres humanos, é o primeiro requisito da dignidade da pessoa humana, da qual derivam os direitos fundamentais do

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 316.

¹¹ _____ . p. 316.

homem, significando que nos casos de doença, cada pessoa terá direito a um tratamento condigno, independentemente de sua situação econômica e de sua contribuição. Ou seja, o direito à vida, implica em compreender que todo o ser humano tem o direito de ter sua integridade pessoal respeitada pelo Estado.

O Estado também reconhece:

Art. 199 da Constituição : “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As instituições poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”

O Poder Público garantiu liberdade à iniciativa privada, o que significa reconhecer que as pessoas poderão escolher planos de saúde que melhor atendam suas necessidades, mas importa em compreender que as pessoas que necessitarem ou optarem pelo Sistema Único de Saúde, será atendido em igualdade de condições.

O direito à vida é elevado a categoria de cláusula pétrea e extensivo a todos aqueles que estejam sob a ordem jurídica brasileira. Cabem às leis brasileiras dar-lhe a devida proteção, quando qualquer pessoa possa estar sendo ameaçada ou ferida em alguns desses bens jurídicos tutelados.

A nossa Constituição de 1988 declara no seu artigo 196:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

O direito está atrelado ao dever . O titular do direito tem o dever de exigir do Estado a prestação à saúde. A saúde da população, a proteção contra as doenças, que afetem o desenvolvimento bio-psico-social dos indivíduos, deve ser objeto das políticas da União.

O direito à saúde, conforme observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, comportam duas vertentes, assim como se evidencia nos direitos sociais em geral:

*“ uma de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros), que se abstenha de qualquer ato que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas”.*¹²

Trata-se de um direito positivo que exige prestações de Estado, cabendo aos entes públicos, as prestações estatais para o cumprimento do próprio direito.

É um direito negativo de exigir dos Órgãos Públicos a sua abstenção nos atos que possam ofender ou colocar em risco a saúde das pessoas.

As ações e serviços públicos de saúde integrarão uma rede constituída por um sistema único. Dentre as suas atribuições estão a de fiscalizar e inspecionar alimentos, participar da formulação da política de ações de saneamento básico, executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, entre outros. (art. 200, CF/88)

O direito à vida está intrinsecamente relacionado com o direito à saúde. Não existindo um acesso eficaz, garantido por uma política comprometida com a qualidade e eficiência do atendimento, acarretará sérios riscos e prejuízos a saúde das pessoas, e à qualidade de vida e em muitos casos determinará a garantia ou não à sobrevivência.

2.3.3 Direito ao Trabalho

O Art. 6º da Constituição define o trabalho como direito social, mas não trouxe norma expressa conferindo o direito efetivo ao trabalho.

Pode-se abstrair do conjunto de normas da Constituição, que pelo art. 193, a ordem social tem como base o primado do trabalho, além do art. 1º, IV declarar que a República Federativa do Brasil tem como fundamento, os valores sociais do trabalho, tudo no sentido de reconhecer como condição da existência digna da pessoa humana.

O direito social ao trabalho, que envolve o direito de acesso a uma profissão, à orientação e formação profissionais, à livre escolha do trabalho, além

¹² CANOTILHO; MOREIRA *apud* SILVA, José Afonso da . Op. cit. 1998. p. 312.

do direito à relação de emprego, com o seguro desemprego, com vistas a melhoria das condições sociais do trabalhador.

As garantias elencadas na Constituição, conforme disposto no art. 7º, I assegura a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que irá determinar os limites dessa aplicabilidade. Adota-se portanto, medidas ordenatórias da dispensa imotivada do trabalhador.

Não coincide com a idéia de um direito absoluto. São tratados pela Constituição os direitos sobre as condições de trabalho.

Houveram muitas conquistas dos trabalhadores nos seus direitos coletivos, como a liberdade de associação, direito de greve, direito de participação laboral, seguro desemprego, aviso prévio, entre outros.

Segundo José Cretella, reconhece-se ser o direito ao trabalho corolário ao próprio direito à existência e portanto direito à subsistência. “Todo homem tem, pois, direito aos meios necessários para a satisfação conveniente de todas as necessidades vitais próprias e de sua família: alimentação, vestuário, habitação, higiene, transporte, recreação, educação e previdência.”¹³ E ainda acrescenta, que pela nossa atual organização social, cabem à quase totalidade dos homens a obrigação de procurar os meios de subsistência no trabalho, através da sua atividade na produção de bens ou serviços.

O Estado mostrando-se como garantidor do bem comum e com o fim de justiça social deverá garantir este acesso, mas para isto, seriam necessárias políticas eficazes. Desejou o constituinte demonstrar o caráter protetor do Estado, elencando uma norma ampla e ideal. Mais uma vez, a Constituição busca oferecer o direito, sem se preocupar em garantir este direito eficazmente.

Analisa que ao lado desse direito ao trabalho, que lhe deve ser proporcionado, está correlato o seu dever ao trabalho.

Ora, está estabelecido uma relação entre o trabalho e trabalhador. Enquanto ao Estado compete proporcionar o acesso ao trabalho, ao trabalhador,

¹³ CRETILLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994 -1997. p.886.

cabe-lhe utilizar-se deste trabalho para a garantia de sua sobrevivência e de uma vida digna.

2.3.4 Direito ao Lazer

O art. 6º elenca o lazer como direito social.

Lazer e recreação são reconhecidos como direitos urbanísticos.

A Constituição relaciona o lazer com as condições de trabalho e com a qualidade de vida, o que implica em reconhecer a necessidade das prestações estatais.

O lazer vem entendido enquanto repouso, divertimento, direito ao esporte, direito que requer um meio ambiente sadio e equilibrado.

O lazer é necessário para refazer as forças após o trabalho, portanto ele está muito relacionado ao direito dos trabalhadores.

A Constituição Federal menciona no art. 6º, o direito ao lazer, com pequena referência ao art. 227, mas ainda é um direito social que vai depender de uma maior definição na legislação ordinária.

O direito ao meio ambiente não foi previsto no art. 6º, mas integrou o título “da ordem social”, onde todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Mas se revela social na medida em que importa em uma prestação do Poder Público na sua concretude à toda população.

2.3.5 Direito à Segurança

A segurança vem elencada como direito social, devendo ser compreendida como indispensável a todo o cidadão, ao seu desenvolvimento e de toda a sociedade.

Ao ser incluído no rol dos direitos sociais, fica evidenciada a idéia do legislador de que o governante deve proporcionar ao ser humano condições de segurança para que se exerça suas atividades.

A segurança deve garantir condições de vida , estendendo a todo o setor da sociedade, incluindo desde a segurança nacional, contra o inimigo externo, até a segurança pública interna, que pelo artigo abaixo se evidencia.

Art. 144 da Constituição Federal: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I- polícia federal;
- II- polícia rodoviária federal;
- III- polícia ferroviária federal;
- IV- Polícias civis;
- V- Polícias militares e corpos de bombeiros militares.”

Visa-se portanto a segurança interna do país e a segurança íntima de cada um, na sua residência, no trânsito, nas ruas, no trabalho; enfim, protegendo-o em todas as situações.

A segurança, no entanto, está sujeita aos fatores externos, pessoais e impessoais, que ameaçam a todo o tempo o bem estar do cidadão.

2.3.6 Direito à Previdência Social e Assistência Social

“Previdência social é um conjunto de direitos relativos à seguridade social.”¹⁴ Entendendo a seguridade social como espécie de seguro social, sendo o destinatário das prestação o segurado, ou seja, aquele que paga uma contribuição para fazer jus a ele.

A Constituição definiu no seu artigo 194 a seguridade social como “um conjunto integrado de ações de iniciativas dos Poderes Públicos e da sociedade,

¹⁴ SILVA, José Afonso da. Op. cit., 1998. p. 313.

destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social “

A previdência funda-se no princípio do seguro social, sendo os benefícios e serviços destinados a cobrir eventos de doença, invalidez, morte, velhice, pressupondo uma contribuição.

O regime da previdência social, engloba prestações de 2 tipos: os benefícios, que são prestações pecuniárias, tais como aposentadoria por invalidez, por velhice, por tempo de serviço, nos auxílios por doença, maternidade, reclusão e funeral, no salário desemprego, na pensão por morte do segurado e os serviços, que são prestações assistenciais: médica, farmacêutica, odontológica, hospitalar, social e de reeducação ou readaptação social.

A Lei 8080/90 dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, regulando as ações e serviços de saúde, reafirmando que é o dever do Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, sendo direito fundamental do ser humano.

A Constituição/88 deu contornos mais precisos aos direitos de previdência social, elencados no art. 201 e 202 .

A seguridade social vem para superar as deficiências da previdência social, que se caracteriza como espécie de seguro social, sendo o seu destinatário o segurado.

Os encargos da cobertura dos riscos é repartido entre o empregado, empregador e o Estado, ou seja, pela União.

A seguridade social constitui:

“ instrumento mais eficiente de liberação das necessidades sociais, para garantir o bem-estar material, moral e espiritual de todos os indivíduos da população, devendo ser enumerados pelos princípios básicos:

a) universalidade subjetiva (não só para trabalhadores e seus dependentes, mas para todos indistintamente;

b) universalidade objetiva (não só reparadora, mas preventiva do surgimento da necessidade; protetora em qualquer circunstância);

c) igualdade protetora (prestação idêntica em função das mesmas necessidades. Não distinta como na previdência em função da quantidade da contribuição);

d) unidade de gestão (só é administrada e outorgada pelo Estado);

e) solidariedade financeira (os meios financeiros procedem de contribuições gerais, não de contribuições específicas dos segurados)”¹⁵.

Uma vez que, uma característica da seguridade social é que os recursos procedam do orçamento geral da seguridade social e não de contribuições específicas de eventuais destinatários.(art. 204, CF), porque estes são, impersonalizáveis, não dispendo de meios de sobrevivência, são os desvalidos em geral.

Já o direito à assistência constitui o caráter universalizante. “O direito à assistência social será prestado a quem dela necessitar, independente de contribuição “(Art. 203 CF/88).

Para a assistência social, os recursos procedem do orçamento geral da seguridade social e não de contribuições específicas de eventuais destinatários, até porque estes são impersonalizáveis *a priori*, constituindo-se daqueles que não dispõe de meios de sobrevivência.

A Lei Orgânica da Assistência Social – Lei 8.742, de 7.12.93, dispõe sobre a organização da Assistência Social, considerada direito do cidadão e dever do Estado, sendo considerada pela lei, como Política de Seguridade Social não contributiva, que será prestado pela iniciativa pública e pela sociedade para garantir o atendimento às necessidades básicas.

A Lei 8.742/93, através do Art. 2º, estabelece os objetivos da assistência social:

I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III – a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V – a garantia de 1 (um) salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.”

¹⁵ PASTOR, apud SILVA, José Afonso da, Op. cit., 1998. p. 311.

Elenca ainda no seu parágrafo único como fim, o enfrentamento da pobreza, à garantia dos mínimos sociais, que deverá ser feito de forma integrada de políticas setoriais.

Tem como princípios a universalização dos direitos sociais, o respeito à dignidade do cidadão e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, entre outros. (Art. 4º da Lei 8742/93).

2.3.7 Direito a Proteção à Maternidade e à Infância

Este direito está elencado como direito social no art. 6º, mas consta também dos outros capítulos da Constituição Federal, da Ordem Social, onde está presente no direito de previdência social no art. 201, III, CF “proteção à maternidade, especialmente à gestante”, no direito a assistência social no seu art. 203, I, CF/88 “proteção à família, a maternidade, à infância, à adolescência e à velhice”.

O direito à maternidade está garantido, no sentido da concepção do filho. Visa o legislador a proteção da maternidade, a qualidade e as condições deste ser mãe, quer na fase pré-natal, como na fase pós-natal.

A proteção da maternidade que se inclui entre os direitos sociais, também se inclui nos planos de previdência social que, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a maternidade, especialmente à gestante (art. 201, III CF/88), além de incluir-se também entre a assistência social, que será prestada a quem dela necessitar, independe de contribuição à seguridade social (art. 203, I CF/88).

A proteção à infância é de competência da União, dos Estados e do Distrito Federal, que legislam concorrentemente. Deverá ser prestada independentemente de contribuição à seguridade social.

O art. 203, I da Constituição garante “proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice”, ainda no inciso II: “amparo às crianças e adolescentes carentes”.

Alguns direitos sociais, reconhecidos no art. 227 da nossa Carta Magna, são estabelecidos só em relação à criança e ao adolescente, devendo-se sempre ser respeitado a sua prioridade.

O direito aos idosos não está também elencado no art. 6º da CF., mas o art. 203 inclui a proteção ao idoso, quando ele não dispuser de meios de subsistência.

Mas, pelo art. 230, cabe à família, à sociedade e ao Estado a garantia de sua dignidade e garantindo-lhe o direito à vida.

Situando-se aí a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, garantido no art. 6º , 194 e 203, que considere como direito social relativo à seguridade o inteiro teor da assistência social, que compreende não só os direitos mencionados no art. 6º da Constituição.

2.3.8 *Direito à Assistência aos Desamparados*

A assistência aos desamparados é garantida como direito social, elencada também como direito social relativo à assistência social.

Desamparado, pode ser entendido como aquele que não recebe, periodicamente ou continuamente, qualquer quantia, em dinheiro ou em espécie, para manter-se, nem do Estado, nem de qualquer pessoa .

Deve-se entender que o desamparado necessita de proteção, e que caberá ao Estado a garantia desta assistência, já que a Constituição visou a proteção deste desvalido.

A garantia aos desamparados, pressupõe a garantia a todos da vida e à subsistência e sobrevivência digna da pessoa.

2.3.9 *Direito à Moradia*

O direito à moradia foi uma inovação na nossa Constituição.

Ele veio inserido, através da Emenda Constitucional n.º 26 de 14.02.2000, que modificou o artigo 6º da Carta Magna.

O artigo 6º da Constituição Federal foi alterado para garantir este direito. Mais uma vez se evidencia que o legislador preocupa-se em elencar o direito, mas não o de criar mecanismos viabilizadores deste direito.

A inclusão deste direito na Constituição está longe de se concretizar na prática. Mas há de se reconhecer que já foi um avanço. Resta agora efetivá-lo através de políticas sociais e se estas não se efetivarem, buscar no judiciário as medidas cabíveis para a sua garantia.

CAPÍTULO III – DAS GARANTIAS E DOS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

3.1 O Papel do Estado na Garantia dos Direitos Sociais

O objeto do direito social é uma contraprestação sob a forma de prestação de um serviço, ou na sua impossibilidade uma contrapartida em dinheiro, como acontece com o seguro desemprego, garantindo o direito do trabalho.

A Constituição afirma de forma clara que o Estado é o responsável pelo atendimento aos direitos sociais, ele é o sujeito passivo desses direitos.

Constituem-se então em poderes de exigir prestação concreta por parte do Estado. O texto da Constituição afirma como “dever do Estado” propiciar a proteção à saúde (196), à educação (205), à cultura (215), ao lazer, entre outros.

Às vezes a responsabilidade de se cumprir tais direitos é partilhada com outro grupo social, como a família, ou mesmo com a própria sociedade.

Cabe ao Estado garantir esses direitos, pela instituição dos serviços públicos.

Isto gera encargos para o Estado e indiretamente para os contribuintes. Os direitos são garantidos pela ordem jurídica, pelo Estado. Isto significa passarem a gozar de coercibilidade. Sim, porque uma vez reconhecidos, cabe ao Estado restaurá-los coercitivamente se violados, mesmo que o violador seja órgão ou agente do Estado.

É o Poder Executivo, ou seja, o administrador público que tem assumido o papel desprezível, é ele que viola as liberdades públicas, não satisfazendo os direitos sociais, fazendo-se necessário uma proteção contra o administrador.

A Carta Magna apresenta algumas respostas às violações dos direitos, entre elas estão a ação de inconstitucionalidade por omissão, art. 103, § 2º, que visa levar o Poder Público a efetivar uma norma programática da CF.

A Constituição prevê ainda no art. 5º, LXXI, o mandado de injunção que pode servir para o mesmo objetivo.

O sistema de proteção judicial visa a proteção dos direitos fundamentais, dando-se a ele o poder de corrigir as violações praticadas pelo administrador.

São dois pressupostos fundamentais para a deflagração da responsabilidade do Estado: a causação de um dano e a imputação deste a um comportamento omissivo ou comissivo.

A Constituição de 1988, afirma de forma cristalina que o Estado é o responsável pelo atendimento aos direitos sociais. Ao afirmar que é dever do Estado propiciar a proteção à saúde, à educação, à cultura, lazer, assistência social entre os outros direitos, está reconhecendo a sua responsabilidade em efetivar os direitos sociais elencados pela Constituição Federal.

3.2 As Garantias e os Remédios Constitucionais

Enquanto os direitos têm o caráter declaratório ou enunciativo, as garantias estão marcadas pelo seu caráter instrumental, ou seja, são os meios para a obtenção ou reparação dos direitos violados.

Não se deve confundir no entanto, garantias fundamentais com remédios constitucionais.

O mandado de segurança, o mandado de injunção, a ação popular, entre outros, são considerados pela doutrina e jurisprudência pelo nome de remédios constitucionais. No dizer do grande Mestre José Afonso, constituem em:

“meios postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando sanar, corrigir, ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais. Alguns desses remédios revelam-se meios de provocar a atividade jurisdicional, e, então, têm natureza de ação; são ações constitucionais(...) São, pois, espécies de garantias, que, pelo seu caráter específico e por sua função saneadora, recebem o nome de remédios, e remédios constitucionais, porque consignados na Constituição.”¹⁶

¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 442.

Garantias constitucionais são as defesas postas pela Constituição aos direitos especiais do indivíduo. Consistem elas no sistema de proteção organizado pelos constituintes na segurança da pessoa humana, da sua vida com dignidade.

Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo do direito.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, verifica-se que são três, as espécies de garantias que se atribuem aos direitos fundamentais: A primeira, são as defesas postas a direitos especiais, constituem proibições que visam a prevenir a violação do direito, são garantias limites, visto que servem de limites para o poder.

A Segunda é o sistema de proteção organizado para a defesa desses direitos. É a garantia institucional, sendo no Brasil, o Sistema Judiciário.

A última espécie constitui o liame entre a 1ª e a 2ª, porque é defesa de direitos específicos, ao mesmo tempo que meio de provocar a atuação do sistema de proteção institucionalizado. Compreende os remédios constitucionais e as ações especiais constitucionalmente previstas para fazer valer os direitos fundamentais.¹⁷

Podendo-se muitas das garantias serem consideradas como direitos fundamentais, portanto direito-garantia.

Há três modos de exercício do controle de constitucionalidade: por via de exceção, ou incidental, segundo o qual, cabe ao demandado argüir a inconstitucionalidade, quando apresentar sua defesa ao caso concreto. Isto é, num processo proposto contra ele, é o chamado controle concreto.

Pode propor por via de ação direta de inconstitucionalidade, de iniciativa do interessado, de alguma autoridade, ou instituição ou pessoa do povo – ação popular.

¹⁷ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. **Direitos Humanos Fundamentais**, 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. pp.32-33.

A outra via, será por iniciativa do juiz dentro do processo de parte.

O controle por via de exceção é próprio do controle difuso, sendo os outros, do controle concentrado.

A Constituição de 1988, introduziu a inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), ampliando a legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão.

Antes, essa legitimação só pertencia ao Procurador geral da República, ampliou-se agora ao Presidente da República, às Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas dos Estados, ao Governador do Estado, ao Conselho Federal da OAB, a partido político com representação no Congresso nacional e à Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. No entanto pecou o legislador ao deixar o cidadão de fora.

Segundo José Afonso: qualquer decisão, que decrete a inconstitucionalidade, deverá ter eficácia “*erga omnes*”, mas determinação diretamente dirigida a um poder. Daí provém que a sentença que reconhece a inconstitucionalidade por omissão é declaratória, porque dela decorre um efeito ulterior de natureza mandamental no sentido de exigir do Poder competente a instituição das providências necessárias ao suprimento da omissão.¹⁸

Esse sentido mandamental é mais acentuado em relação ao órgão administrativo, que deverá fazê-lo em trinta dias, como preceitua o § 2º do art. 103 da Constituição:

“Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

O Mandado de Injunção é impetrado em casos de falta de norma regulamentadora acerca do exercício de alguns direitos e liberdades constitucionais.

¹⁸ Cf. José Afonso da Silva, Op. cit., 1998. pp.57- 62.

“Constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição “¹⁹

Já o Mandado de Segurança, tutela o direito líquido e certo, ameaçado por abuso de autoridade pública. Podendo consistir em Mandado de segurança individual e o coletivo.

O Mandado de Segurança é, assim, um remédio constitucional, posto à disposição de titulares de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

O Mandado de Segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, bem como por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses dos seus membros ou associados.

A ação popular é outro instrumento que almeja a proteção do patrimônio público, podendo ser ajuizada por qualquer cidadão.

“Toda ação popular consiste na possibilidade de qualquer membro da coletividade, com maior ou menor amplitude, invocar a tutela jurídica a interesses coletivos, (...) constitui manifestação direta da soberania popular consubstanciada no ar. 1º, parágrafo único, da Constituição”²⁰

A nossa Constituição não previu a ação popular de inconstitucionalidade . Na Alemanha, por exemplo, é possível a ação popular de inconstitucionalidade. Previu somente a ação direta de inconstitucionalidade, sendo legitimados para propô-la, as autoridades, pessoas e entidades , cometendo uma falha em não incluir o cidadão

O cidadão tem a condição de controlador da legalidade administrativa, fiscalizando a gestão do patrimônio público, a fim de que esta se conforme com os princípios de legalidade e da moralidade.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., 1998. p. 426.

²⁰ _____. Op. cit., 1998. p. 439.

O interesse defendido não é do cidadão, mas da entidade pública.

A Ação Civil Pública também é uma importante garantia que poderá ser proposta como forma de defesa dos interesses da sociedade.

A característica do interesse difuso e do coletivo é a de não coincidir com o interesse de uma determinada pessoa. Abrange toda uma categoria de pessoas.

Os interesses coletivos dizem respeito ao homem socialmente vinculado, como membro de grupos, comunidade, vinculados juridicamente.

O Ministério Público pode promover a Ação Civil Pública para proteger o patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Cabe ainda para efetivar a responsabilidade por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Quanto a legitimação do Ministério Público para a defesa dos interesses individuais e homogêneos, deverá sempre ser analisada dentro dos indisponíveis, ou que pela sua abrangência atinjam a sociedade como um todo.

Faz-se necessário o controle de constitucionalidade como forma de proteger os direitos fundamentais e garantir a Supremacia da Constituição sobre o ordenamento jurídico, reconhecendo a sua rigidez constitucional.

Como o Ilustre doutrinador Alexandre de Moraes nos ensina:

“O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que além de configurarem limites ao Poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito”.²¹

Entende o autor que o controle da constitucionalidade é necessário para se verificar a adequação de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais, e desta forma, observando a sua compatibilidade.

²¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 438.

Elegemos o mandado de segurança e o mandado de injunção, como os remédios constitucionais e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não desmerecendo outros institutos, mas que ao nosso entender são os mais apropriados e podem ser utilizados como forma de controle de constitucionalidade, na eficácia na garantia dos direitos sociais e sobre o quais discorreremos mais especificamente, tendo sido dado ênfase especial ao mandado de injunção e à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

3.2.1 Mandado de Segurança

O mandado de segurança é considerado o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa, para proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

O mandado de segurança é conferido aos indivíduos para que eles se defendam de atos ilegais ou praticados com abuso de poder, constituindo-se em verdadeiros instrumentos.

O mandado de segurança é norma de eficácia plena ou auto-executável que gera direito líquido e certo.

O mandado de segurança poderá ser de duas espécies:

Repressivo de uma ilegalidade já cometida ou preventivo quando o impetrante demonstrar justo receio de sofrer uma violação de direito líquido e certo por parte da autoridade impetrada. Mas neste caso, sempre haverá necessidade da comprovação de um ato ou uma omissão concreta que esteja pondo em risco o direito do impetrante.

O Ilustre Fabrício Matielo descreve o mandado de segurança:

(...) como sendo instrumento constitucional ágil, destinado a prevenir ou corrigir ato de autoridade, quando presente ilegalidade ou abuso de

poder e ameaçado ou violado direito líquido e certo, individual ou coletivo, não tutelado por habeas corpus ou habeas data.”²²

O mandado de segurança pode destinar-se a execução forçada do ato omitido pela autoridade coatora, busca-se o mandado, a ordem.

A autoridade coatora deverá estar dotada de força para alterar o ato impugnado.

O ato da autoridade coatora será sempre comissivo ou omissivo. Entendendo-se ato de autoridade, como nos ensina o eminente Hely Lopes Meirelles, não somente aquele que tem origem na entidade pública em si, mas igualmente os praticados por “administradores e de entidades paraestatais”²³, lembrando inclusive aqueles que exercem funções delegadas.

O mandado de segurança é uma ação que demonstra a viabilidade de uma justiça célere.

Segundo menciona Fabrício Matielo: “Os atos discricionários, vistos, sob o prisma de sua natureza, não são passíveis, a priori, de correção por mandado de segurança.”²⁴

O entendimento de atos discricionários, segundo Hely Lopes Meirelles “são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade do modo de sua realização.”²⁵

Como se denota, a discricionariedade reside na faculdade de optar pela prática do ato pela autoridade pública, de definir o seu conteúdo, limites que são estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Apesar do mandado de segurança não ser arma apta a combater atos discricionários, se desrespeitados os princípios legais a eles impostos, ele deve ser utilizado, como nos ensina Matielo: “Rompidos os contornos legítimos da

²² MATIELO, Fabrício. **Mandado de Segurança**. Porto Alegre: Síntese, 1996. p. 30.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro, RT** . 16.ed. 1991. p.144.

²⁴ MATIELO, Fabrício, Op. cit., p. 50.

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p.145.

discricionariedade e constatada ameaça ou lesão a direito subjetivo líquido e certo, é lícito o ajuizamento de mandado de segurança.”²⁶

A questão da discricionariedade da autoridade, deve estar atentando aos aspectos de oportunidade e conveniência a envolver o caso concreto, levando-se em conta a justiça ou moralidade.

A evolução do instituto tende a ampliar a sua atuação, envolvendo ilegalidade ou abuso de poder, mesmo em sede de atos discricionários.

Resta compreender o direito subjetivo como a faculdade do titular do direito de exigir o cumprimento do dever de quem esteja obrigado.

Já o direito certo é o que tem existência concreta, comprovada e facilmente demonstrável de imediato. Há certeza quanto a existência do direito e do dever que incumbe. Esta certeza deve estar comprovada de plano.

O direito líquido é o que se encontra distante de dúvidas, estando previamente apurado, deve ser indiscutível. O direito deve ser efetivamente existente. Pois o mandado de segurança não ampara mera expectativa de direito.

É importante discernir até onde se estende o poder de opção da autoridade, qual a extensão da sua faculdade em eleger atos, conduta dos chamados atos discricionários.

Muitas das normas programáticas inseridas no artigo 6º da Constituição definem direitos líquidos e certos e poderão ser atacados, quando violados pelo Mandado de Segurança, quando caracterizado a omissão da autoridade pública.

3.2.1.1 Mandado de Segurança Coletivo

Ele pode ser impetrado por determinadas entidades para defesa de interesses comuns dos seus associados.

Podem utilizar-se deles: partido político com representação no Congresso, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus

²⁶ MATIELO, Fabrício. Op. cit., p. 51.

membros ou associados. Há de consistir na defesa de um direito coletivo, entendendo direito coletivo, aquele que afeta todo um agrupamento de pessoas, unidas por uma situação fática assemelhada, legadas por um traço jurídico que permite agrupá-las como grupo.

O texto constitucional admitiu a utilização do Mandado de Segurança por exclusão de outros procedimentos.

Enquanto na segurança, deseja-se fazer respeitar direito previamente disciplinado pelo ordenamento jurídico e, portanto, imediatamente exigível, no mandado de injunção, quando a decisão é favorável, a decisão será para confeccionar a construção normativa da qual depende a garantia constitucional.

3.2.2 Mandado de Injunção

O art.5º, inciso LXXI, da Constituição Federal prevê, que conceder-se-á mandado de injunção sempre que houver uma falta de norma regulamentadora; isto tornando inviável o exercício de direitos e liberdade constitucional e das prerrogativas inerentes à soberania, nacionalidade, à cidadania.

Muitas vezes um direito assegurado pela Constituição torna-se inócuo. É que a integração deste direito à ordem jurídica depende de norma infraconstitucional e a falta dessa norma impede a efetivação do direito.

O Mandado de Injunção constitui-se num remédio constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora, exigidos pela Constituição.

Podem ser também utilizados como um remédio coletivo, já que pode ser impetrado por Sindicato. (art. 8.º, III CF/88).

Segundo Sérgio Reginaldo Bacha, não se pode sujeitar o instituto do Mandado de injunção à condição de norma de eficácia contida. Reconhecendo

nela a eficácia plena e aplicabilidade imediata. A eficácia aqui entendida como qualidade de produzir efeitos jurídicos concretos.²⁷

Neste diapasão, Maria Helena Diniz aduz; “ A eficácia diz respeito às condições fáticas, axiológicas e técnicas da atuação da norma jurídica.”²⁸

Existem três correntes doutrinárias: Restritiva, Intermediária e Abrangente, que se posicionam sobre a abrangência e incidência do Mandado de Injunção, definindo quais os direitos ou liberdades constitucionais visa este instituto proteger.

Os posicionamentos restritivos não encontram abrigo na jurisprudência do supremo Tribunal Federal há quase dez anos.

No julgamento do mandado de injunção(n.º 107, DF 9 Liminar – Questão de Ordem), o Ministro Relator Moreira Alves, conclui pela corrente intermediária, em que o mandado de injunção será cabível nos direitos e liberdades constitucionais:

“a mesma razão que justifica a concessão do mandado de injunção aos direitos e garantias previstas nesse artigo 5º, existe com relação aos outros direitos e garantias constitucionais (inclusive os sociais) cujo exercício seja inviabilizado pela falta de norma regulamentadora”²⁹

Existem ainda autores que atribuem ao Mandado de Injunção uma abrangência a toda norma faltante da Constituição.

Aqui nos interessa reconhecer que o mandado de Injunção é perfeitamente cabível na falta de normas regulamentadoras dos direitos sociais.

O Supremo Tribunal Federal decidiu de forma unânime pela auto-aplicabilidade do mandado de injunção, independente de lei que o regulamente. Tendo em vista que o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

²⁷ BACHA, Sérgio Reginaldo. **Mandado de Injunção**. Belo Horizonte: Del Dey, 1998. p.76.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. **Normas Constitucionais e seus Efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 32.

²⁹ MACHADO, Carlos Augusto A. **Mandado de Injunção: um instrumento de efetividade da Constituição**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 72.

A brilhante Flávia Piovesan, analisando através do Direito Comparado, nos esclarece:

*“o princípio constitucional consagrado no artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição de 1988, ao ressaltar que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, intenta assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunha fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos e prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.”*³⁰

No campo de proteção do direito tutelado, o impetrante deverá demonstrar que a Constituição outorgou-lhe o direito subjetivo abstratamente e seu exercício vem sendo obstado pela omissão, em razão da falta de norma regulamentadora.

Por norma regulamentadora, entende-se a lei complementar, ordinária, regulamento, resolução, portaria, decisões administrativas normativas, desde que sua ausência inviabilize um direito constitucional.

O mandado de injunção visa suprir uma omissão do Poder Público, consiste numa ação constitucional que visa viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou prerrogativa prevista na Lei Maior.

Assim como a ação direta da inconstitucionalidade por omissão, que visa a efetividade da lei, ou como salienta Aricê Moacyr Amaral Santos, tanto o mandado de injunção quanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão “cuidam de um assunto comum: inércia de norma constitucional decorrente de omissão normativa”.³¹ (Mandado de Injunção. São Paulo; RT, 1989 p.31)

Canotilho vem contribuir para o entendimento do significado do mandado de injunção e da inconstitucionalidade por omissão.

“Resta perguntar como o mandado de injunção ou a ação constitucional de defesa perante omissões normativas é um passo significativo no contexto da jurisdição constitucional das liberdades. Se um mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vazar em moldes normativos regras atrativas de direitos e liberdades

³⁰ PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas:** Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 92.

³¹ MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 144.

constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância judicial que não extravase da função judicial, se conseguir chegar a uma proteção jurídica sem lacunas; se, através de pressões jurídicas e políticas, se começar a destruir o “rochedo de bronze” da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará os seus objetivos”³²

O mandado de injunção poderá ser ajuizado por qualquer pessoa que esteja sofrendo violação nos seus direitos, pela falta de norma reguladora da Constituição Federal.

Nos julgamentos do mandado de injunção n.º 283 – DF (20-03-91 – RTJ/883), do MI n.º 284 – DF (22-11-91 – RTJ 139/712) e do MI n.º 447 – 1 (5-5-94- DJU de 7/7/94 p. 17495) *verbi gratia*, passou o Supremo Tribunal Federal a adotar posição mais avançada, que a originalmente concebia, de apenas dar ciência ao Poder Legislativo, aguardando-se as providências cabíveis e assemelhando-o à ação de inconstitucionalidade por omissão. Passou, a resolver:

- a- reconhecer a omissão legislativa inconstitucional;
- b- fixar um prazo para a elaboração da norma regulamentadora e, se já fixado e inobservado;
- c- assegurar a possibilidade de ajuizamento, nos termos do direito comum ou ordinário, de ação de reparação de natureza econômica (perdas e danos) para o ressarcimento do prejuízo sofrido pelo impetrante, em razão da ausência da norma.

Os mandados de injunção citados, tratavam de situação prevista em norma constitucional constante do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que previa, expressamente, um prazo para que a lei a ser elaborada entrasse em vigor.

O mandado de injunção como vimos, foi instituído com a missão de possibilitar concretamente o exercício de direitos e liberdades constitucionais.

Não importa a natureza do direito que a norma constitucional confere; desde que seu exercício dependa de norma regulamentadora, que a obrigação de prestar o direito seja do Poder Público, quer incumba a particulares.

³² Canotilho *apud* Moraes, Alexandre de. Op. cit., p. 144.

3.2.2.1 Mandado de Injunção como Instrumento de Efetividade na Constituição Federal

Ele deve ser entendido como direito público, dando ensejo a uma ação positiva.

Pelo Art. 103, § 2º e Art. 5º LXXI da Constituição, hoje a omissão do legislador em emitir normas integrativas, tornar efetiva norma constitucional, merece o controle do judiciário e não pode ficar a mercê da obrigação simplesmente política.

O mandado de injunção é norma regulamentadora, que servirá não apenas à aplicação das normas, mas à produção de ato administrativo e ato material.

A legitimidade recai sobre a parte privada ou pública que viria a suportar o ônus da concessão, como nos esclarece Flávia Piovesan: “A legitimidade passiva recai sobre o ente cuja atuação é necessária para viabilizar o exercício do direito e não recai, portanto, sobre a autoridade competente para elaborar a norma regulamentadora faltante.”³³ Mas não é este o entendimento dominante do Supremo Tribunal Federal.

A competência se dá não em razão da autoridade que irá suportar os efeitos da sentença, mas em razão do órgão ou autoridade, incumbido de elaboração da norma regulamentadora. No entanto, segundo a autora Flávia Piovesan, no julgamento do Mandado de Injunção(MI 323-8 DJ 14.02.92, JSTF, lex 161, mais de 1992, p.100-106, pg.135, MI, decisão inédita e pg.136), o Supremo afirmou:

“Em face da natureza mandamental do mandado de injunção, como já afirmado por este Tribunal, ele se dirige às autoridades ou órgãos públicos que se pretendem omissos quanto à regulamentação que viabilize o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”³⁴

³³ PIOVESAN, Flávia C. Op. cit., p.127.

³⁴ _____. Op. cit., p. 128.

O posicionamento dominante do STF é que a legitimidade passiva é o Poder, órgão ou autoridades omissas quanto ao dever de legislar.

No mandado de injunção, trata-se de dever jurisdicional de tornar viável o exercício do direito, que encontra seu fundamento no princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, e como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello:

“violar a um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a sua arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.”³⁵

Para a Ilustre Flávia Piovesan, ao conceder o mandado de injunção, cabe ao poder Judiciário:

“a) elaborar a norma regulamentadora faltante, suprimindo, deste modo, a omissão do legislador; b) declarar inconstitucional a omissão e dar ciência ao órgão competente para a adoção das providências necessárias à realização da norma constitucional e c) tornar viável, no caso concreto, o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional que se encontrar obstado por faltar norma regulamentadora.”³⁶

O Supremo tem se posicionado no sentido de declarar a inconstitucionalidade a omissão e dar ciência ao órgão competente para a adoção das providências cabíveis à realização da norma.

Algumas decisões em Mandado de Injunção foram inéditas, que, rompendo com a orientação tradicional do Supremo Tribunal Federal, veio a conferir ao mandado de injunção a função exigida pela Constituição, apesar de demarcar prazo para que o legislador suprisse tal omissão, para só após disto tornar viável o exercício do direito.³⁷ (MI 232-1, DJ, 27.03.1992, JSTF, LEX 167)

³⁵ MELLO *apud* PIOVESAN, Flávia C. Op. cit., p. 146.

³⁶ PIOVESAN, Flávia C. Op. cit., p. 130.

³⁷ _____. Op. cit., p. 135.

Em outro julgamento, o Supremo declarou a mora do legislador, estabeleceu prazo para a elaboração da norma regulamentadora, e ultrapassado este prazo, sem que estivesse promulgada a lei, ficava reconhecido ao impetrante o direito de obter da União, pela via processual, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida pelas perdas e danos que se arbitrasse.³⁸

Para Celso Bastos, no mandado de injunção:

“A solução para o problema há de se obter conferindo ao magistrado a possibilidade de em cada caso escolher um tipo de solução que melhor possa atender aos legítimos interesses dos impetrantes, sem a necessidade de transmutar-se o julgador em legislador. A solução há de ser, como vimos, adaptada ao caso concreto, sempre muito variável porque também variável é o tipo de integração que se requer. Não se nega que, em muitas hipóteses, ao magistrado seja dado prover a situação com diretrizes suficientes para conferir operacionalidade ao direito do impetrante.”³⁹

Isto implica na idéia de discricionariedade dos Tribunais na apreciação do Mandado de Injunção.

O nosso entendimento, reforçado pelo da Flávia é de que diante o princípio da aplicabilidade imediata nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, não se pode condicionar estes direitos à discricionariedade do Poder Judiciário, posto que isto implicaria numa redução da força vinculante dos direitos fundamentais e na ofensa do mencionado princípio constitucional.⁴⁰

Se antes da Constituição de 1988 não se tinha remédio eficaz para neutralizar a inércia constitucional e o cidadão não tinha o direito de exigir a emanção de normas jurídicas, hoje, a realidade é outra.

As conseqüências jurídicas da omissão geram efeitos negativos no sistema jurídico, com um grande desrespeito à Constituição.

O Ministro Carlos Velloso atribui o caráter substancial ao mandado de injunção

³⁸ PIOVESAN, Flávia C. Op. cit., p. 136.

³⁹ BASTOS, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. vol 2. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p.221.

⁴⁰ Cf. Flávia C. Piovesan. Op. cit. p. 147.

*“no mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal, em concreto, que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável em razão da ausência da norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável”.*⁴¹

A Constituição deseja através da decisão judicial, resolver o caso concreto levado ao Poder Judiciário. A função do magistrado será a de proferir uma decisão de caráter constitutivo.

Mas nada impediria que a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão fosse suprida, conferindo-lhe assim um caráter concretista.

O pensamento do constituinte foi de estruturar um instrumento para assegurar os direitos.

Segundo Sérgio Reginaldo Bacha, o tratamento dispensado pelo Supremo Tribunal Federal aos mandados de injunção, pela análise de mais de 80 acórdãos da Suprema Corte, “ele vem galgando patamares num curso de desenvolvimento e evolução.”⁴²

Para tanto, para se visualizar a força normativa da Constituição, deve-se haver a vontade de concretizar a norma. Essa concretização deverá se dar através dos julgadores, magistrados, garantindo a eficácia da lei, levando-se em conta a vontade da Constituição e não só a vontade do poder público, que tem se mostrado inerte.

Pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Art. 201, IX, assegurou-se ao Ministério Público competência para impetrar o mandado de injunção.

Portanto, esse é o motivo pelo qual, a doutrina de forma majoritária, vem perseguindo a difusão da corrente concretista individual, qual seja, a de instrumento implementador de direitos constitucionais.

⁴¹.Voto no MI n.º 284 – DF RTJ 139/717 p. 132.(proferido por Carlos Mário da Silva Velloso).

⁴² BACHA, Sérgio Reginaldo . **Mandado de Injunção**, Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 262.

3.2.2.2 O Entendimento do STF

Em face das várias correntes doutrinárias e dos diversos votos dos Ministros do STF, Alexandre de Moraes classificou as posições em relação ao Mandado de Injunção da seguinte forma:

- a) Concretista
- b) Não concretista

Pela posição concretista individual direta, o Poder Judiciário, ao julgar procedente o Mandado de injunção, implementa a eficácia da norma constitucional ao autor.

O princípio da discricionariedade do legislativo é que prevalece, respeitando-se a tripartição dos poderes e a sua independência.

Como ressalta Manoel Gonçalves Filho:

“A experiência, todavia, demonstra que os Poderes, especialmente o Legislativo e o Executivo, podem tornar-se violadores dos direitos fundamentais. Por isso, o direito constitucional esmera-se à procura de fórmulas para protegê-los contra esses poderes”.⁴³

Hoje já não se pode mais falar em separação absoluta dos poderes, e sim, em interdependência. O respeito à tripartição dos poderes está garantido, assim como garantido estará o sistema de freios e contrapesos que deve existir entre os poderes

Pela concretista individual intermediária, após julgar a procedência do *writ*, o órgão julgador fixa prazo para elaboração da norma regulamentadora e escoado o prazo e permanecendo a inércia, ficará o Poder Judiciário autorizado a fixar as condições necessárias ao exercício do direito.

Pela posição concretista, presentes os requisitos constitucionais para o mandado de injunção, o Poder Judiciário através de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa e implementa o exercício do direito da liberdade ou da prerrogativa constitucional, até que sobrevenha regulamentação do poder competente.

⁴³ GONÇALVES FILHO, Manoel . Op. cit., p. 171.

A Constituição Federal, ao criar o Mandado de Injunção, possibilitou ao poder Judiciário o exercício de uma atribuição que não agride o princípio da separação dos poderes, pois necessário é o controle da atividade legislativa

A jurisprudência dominante da nossa mais alta Corte da Justiça tem assumido a posição não concretista, a partir do julgamento do Mandado de Injunção n.º 107, voto proferido pelo ministro Moreira Alves, em que firmou-se o entendimento de que o mandado de injunção é :

“Ação outorgada ao titular do direito, garantia ou prerrogativa a que alude o art. 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e é ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ele dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que se adotem as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação de inconstitucionalidade por omissão”⁴⁴

.O Supremo Tribunal Federal, ao conferir ao mandado de injunção o mesmo efeito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, adotando posição não concretista, despoja-o da finalidade para o qual foi criado.

3.2.3 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Se ao legislador compete criar a norma concretizadora dos direitos e garantias fundamentais, caberá ao Judiciário possibilitar a sua aplicação imediata, nos casos de ausência de leis concretizadoras e ainda ao órgão executivo, à administração, caberá a concretização destes direitos, pelo exercício de sua competência planificadora, prestadora de serviços sociais, através das políticas, realizar os direitos fundamentais.

Houve aumento do rol de pessoa para proporem ação, o que aumentou consideravelmente o número de ações. O avanço seria ainda maior se incluísse a iniciativa popular no rol.

⁴⁴ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Op. Cit., p. 107, que cita Regina Quaresma. Voto proferido pelo Min. Moreira Alves.

Tem-se entendido que a ação declaratória judicial de omissão com o conseqüente dano a pessoa prejudicada, evidencia o descumprimento do dever do poder público, sendo cabível o ajuizamento de ação de perdas e danos contra pessoa jurídica de direito público responsável pela omissão.

Mas o objetivo da Constituição não é sancionar e responsabilizar os órgãos que cometem a inconstitucionalidade. Mas sim, efetivamente eliminá-las, de modo a assegurar o cumprimento delas. O objetivo da ação é afastar a violação.

Flávia Piovesan apresenta uma sugestão para as omissões, proposta esta inspirada na jurisprudência alemã.

“em caso de relevância e urgência constitucional, possa o Supremo Tribunal Federal resolver satisfatoriamente a lide proposta, se assim permitir o caso, mediante à expedição de decisão normativa provisória, até que a omissão venha a ser em definitivo suprida pelo órgão competente.”⁴⁵

Para alguns autores, como Paulo Pimenta, frente as inconstitucionalidades, as que guardam maior relação com as normas programáticas são a inconstitucionalidade por omissão.⁴⁶

A Constituição, na maioria dos direitos sociais elencados no art. 6.º da Constituição, faz depender de legislação ulterior para sua aplicabilidade e será necessário essencialmente os meios constitucionais, que são Mandado de Injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Logo, a inércia do legislador importa em inconstitucionalidade, quando resultar do descumprimento da obrigação de legislar, porque cabe ao legislador dar efetividade à Constituição.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão não será proposta para que seja praticado determinado ato administrativo em caso concreto, mas sim visa a expedição de ato normativo para o cumprimento de preceito constitucional,

⁴⁵ PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**. São Paulo: RT, 1995. p. 110.

⁴⁶ _____, p. 175.

que, sem ele, não poderia ser aplicado. Este é o entendimento do Ministro Aldir Passarinho.⁴⁷ (STF – ADI 19 – AI – TP – DJU 14/04/89)

A Carta Magna criou 2 mecanismos para concretização da ordem constitucional: Ação direta de inconstitucionalidade e Mandado de Injunção, sempre visando-se o exercício dos direitos constitucionais, preenchendo as lacunas, entendendo que a finalidade do constituinte é a de realizar a vontade da lei.

Busca-se através do controle de inconstitucionalidade por omissão, viabilizar o processo de conversão das normas constitucionais de eficácia limitada em normas constitucionais de eficácia plena.

3.3 Diferenças entre Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão:

A identificação entre o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão assemelham-se, no fato de que ambos os instrumentos processuais têm cabimento diante da falta de norma regulamentadora de natureza infraconstitucional, com o fim de dar plena efetividade aos direitos sociais.

A ação declaratória por omissão é mais abrangente que o mandado de injunção, que pode ser usada pela falta de medida, ou seja, na falta de ações administrativas ou de providências materiais necessárias à concretização da Constituição.

Outra diferença são os legitimados. Enquanto a ADIN, como instrumento abstrato de defesa da ordem jurídica segue o modelo concentrado, cabendo ao STF a competência originária para seu julgamento, o mandado de injunção, observando o critério de poder, órgão ou entidade responsável pela elaboração da norma regulamentadora segue o modelo difuso.

⁴⁷ MUJALLI, Walter Brasil. **Direito Constitucional e a Constituição Federal** – Teoria, Legislação e Jurisprudência – Vol II. Campinas: Agá Juris, 1999, p.882.

O mandado de injunção difere da ação direta de inconstitucionalidade porque na ADIN, o Poder Judiciário expede decisão normativa de cunho geral e abstrato, sendo, inclusive entendível que o Judiciário não assuma a decisão normativa, pois tal omissão seria cabível senão ao próprio legislador, no MI, não é escusável a sua inércia, pois caberá sua função típica e própria de julgar, concretizando os direitos, solucionando a omissão de falta de norma regulamentadora.

Eles diferem-se também nos objetivos. Na inconstitucionalidade por omissão o que se pretende é a elaboração da norma inexistente, não sendo necessário que o direito seja impedido ou violado. Enquanto no mandado de injunção busca-se o direito concreto violado.

Nos efeitos, eles também diferem, no mandado de injunção será *inter partes*, enquanto na Adin, o efeito será *erga omnes*.

O objeto do Mandado de Injunção é de garantir o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, que estejam obstados por falta de norma que os regule, entendidas estas como leis complementares, ordinárias, decretos, resoluções, portarias, ou seja, visa-se efetivar norma constitucional.

Já na inconstitucionalidade por omissão visa-se provocar o Poder competente dando-lhe ciência para a adoção de providências necessárias a suprir omissão, para tornar efetiva norma constitucional.

CAPÍTULO IV - INEFICÁCIA

4.1 Razões da Ineficácia dos Direitos Sociais e os Problemas das “Incongruências”

Entender as incongruências e ineficácia dos direitos sociais, requer-se traçar um caminho de análises a partir da leitura de nossa própria realidade, das garantias e dos remédios constitucionais existentes no ordenamento jurídico, a posição que vem sendo dada nos nossos tribunais, as políticas existentes, o acesso da população, e principalmente a postura dos operadores de direito e da vontade política.

Viver sob o manto de uma Carta Magna, que é considerada uma das mais invejadas do mundo, não nos facilita em nada e não garante o acesso do cidadão aos seus direitos básicos e à sua dignidade.

Reconhecer a deficiência na aplicabilidade e eficácia dos direitos sociais, importa em perceber que as problemáticas estão interligadas.

A política econômica, educacional, de infra-estrutura básica, de saneamento, de garantia ao trabalho, deve estar funcionando de forma dinâmica, pois para termos saúde, necessitamos ter moradia, trabalho, e para termos o acesso, necessitamos da educação, dentre os outros direitos.

O que se observa na saúde é o quanto este direito ainda está longe de se concretizar eficazmente na prática.

O acesso da população ao atendimento médico, aos exames hospitalares, às cirurgias, às medicações, leitos hospitalares, estão distante da necessidade e das demandas apresentadas. Isto sem falar na qualidade destes serviços, que em grande parte são precárias.

Fazendo uma breve leitura, verificamos que a infra-estrutura na saúde é muito deficitária, diante de uma população carente, doente, desnutrida. Basta você tentar marcar uma consulta para algumas especialidades para verificar o como está distante o atendimento à necessidade. Com exceção de alguns Centros que estão mais equipados, mas mesmo nestes há uma lista enorme de demanda reprimida

A população não tendo acesso às suas necessidades básicas essenciais, fica doente, desnutrida, sem condições de sobrevivência.

Destacando-se ainda o direito à maternidade, à proteção da criança, tão gravemente violado, que muitas vezes não tem garantido nem mesmo a sua alimentação básica. Esta criança, esta gestante, excluídas, espoliadas do saber e do poder, transformam-se numa população marginalizada, ou seja, à margem da sociedade, destituída da sua dignidade como ser humano, sem a menor condição de ser um cidadão e de acessar o Poder Público. Assistimos a esta cena diariamente.

O Estado, o grande responsável, não oferece os serviços adequadamente de prevenção, educação e de assistência, acaba por ter que dispensar mais recursos para atender aos efeitos e não às causas. Quebrar este círculo vicioso é uma questão que merece maiores estudos. Encontrar os meios financeiros para concretizá-los, outro desafio.

As conseqüências destes descaso do poder administrativo são avassaladoras. Milhões de pessoas estão vivendo na mais absoluta miséria, em cortiços, desnutridas, com doenças que há muito foram exterminadas nos países desenvolvidos, sendo ainda causa de mortes no nosso País, por falta de investimento em infra-estrutura básica.

E as conseqüências desta situação toda, são de famílias desestruturadas, mendigos, menores abandonados, violência, crimes contra esta situação que marginaliza e oprime. Verificamos uma grande parte da população despreparada para o trabalho, doentes, desempregados, mal remunerados, que elevam ainda mais a fila da seguridade, da previdência e da assistência social.

A assistência social, diga-se de passagem, só atende aos mais miseráveis. Isto mostra-se evidente ao analisar a Lei Orgânica da Assistência Social, que discrimina e inconstitucionalmente seleciona os mais miseráveis dos miseráveis, ao oferecer o benefício àqueles que possuem renda per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo ou que não tenham renda alguma, dentre estes, tendo-se que provar a deficiência ou a idade acima de 67 anos.⁴⁸

⁴⁸ Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS n.º 8742 de 7.12.93, que dispõe sobre a Organização Social.

A própria lei orgânica têm princípios violadores da Constituição, afrontando-a (art. 1º, III, art. 3º, III e IV, Art. 5º e art. 6º da CF.)

No entanto, cabe-nos desmistificar esta falsa harmonia social, porque no nosso entender só avançamos, quando reconhecemos as nossas falhas e os nossos limites.

Quando o Estado consagra a educação, como direito de todos e dever do Estado, da família e da sociedade, ele está reconhecendo a sua incapacidade em cumprir o dever de dar educação a todos

Só como exemplo, podemos citar o descaso do administrador em garantir eficazmente o direito à educação, que entre eles está inserido o direito à creche a crianças de 0 a 6 anos. Este direito, na maioria das cidades não se efetiva, e não assistimos o poder executivo sendo responsabilizado por esta omissão.

Vê-se que não é a regra jurídica constitucional que vai dar maior e melhor educação ao povo.

O Estado voltado ao bem-estar-social, na denominação de Norberto Bobbio, implicou num “processo de multiplicação de direitos”⁴⁹, que garantiu a extensão da titularidade de determinados direitos, além do aumento de bens merecedores de tutela.

Podemos observar o quão acentuada é a preocupação da Constituição de 1988 em assegurar a dignidade e o bem-estar da pessoa humana na garantia da justiça social, o que enfaticamente é buscado quando privilegia os direitos fundamentais, tendo-os elevados à categoria de cláusula pétrea.

A Constituição de 1988 foi inovadora ao elencar os direitos sociais. A dificuldade é de converter a enunciação de direitos sociais em direitos efetivos, em estabelecer e efetivar as técnicas e instrumentos que possam efetivar os direitos sociais básicos.

Se por um lado, pelo seu não cumprimento dá ensejo à ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 102, I, a, e 103, § 2º, CF/88), por outro

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. De Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 68-69.

lado, o seu não atendimento na prática, por falta de regulamentação será cabível o mandado de injunção. (art. 5º, LXXI, CF/88).

Observamos que a Constituição elenca uma série de direitos ao trabalhador, inseridos no direito do trabalho, mas o acesso, ou seja; a garantia a todos de um trabalho não é discutida pelos autores ou não parece ter sido esta a preocupação do legislador.

Até porque parece mesmo que a Constituição ampliou demais o seu papel na garantia ao trabalho, e enquanto Estado “néo-liberal”, não encontra formas de viabilizá-lo.

Compreender o direito ao trabalho, é uma tarefa árdua, pois este acesso perpassa por um caminho complexo, em que se faz necessário compreender a própria relação de produção do sistema capitalista, em que existe a competição, em que grande parcela da população é excluída deste mercado de trabalho, sempre visando a reprodução da mais valia, além da reprodução do próprio sistema produtivo. As leis de mercado propiciam o fluxo deste sistema

Compreender o acesso ao trabalho, implica em avaliar as políticas sociais existentes, verificando como este trabalhador está preparado e capacitado à sua profissão, à orientação profissional existente, à educação, à sua própria condição de sobrevivência e subsistência. Implica em reconhecer a lei da oferta e procura.

E a indagação persiste em avaliar como poderá ser garantido este acesso ao trabalho como forma de sobrevivência do homem?

Porque o que vemos é uma grande parcela da população desempregada, excluída do mercado de trabalho, muitos destes despreparados profissionalmente para a inserção no mercado de produção.

Ora, se o direito ao trabalho deve ser o princípio da dignidade humana, proporcionar ao ser humano o acesso ao mercado de trabalho deveria ser a meta do Estado democrático, porque não se garante a dignidade da pessoa humana, sem o acesso ao mais elementar dos seus direitos. Proteger àqueles que se encontram excluídos ou mesmo inseridos no mercado de trabalho é de suma importância.

Se o Sistema de Produção não consegue envolver toda esta oferta de trabalho, resta evidenciado que esta situação traz conseqüências avassaladoras em todos os outros setores, tendo como conseqüência a falácia de outros direitos sociais que acabam sendo agravados e violados pelo próprio Estado, que não consegue responder e garantir o que preceitua a Constituição Federal.

Pelo direito ao trabalho, dá-se a entender que todo o homem tem o direito de garantir os recursos necessários a sua sobrevivência. Na verdade, não se vislumbra a possibilidade de ir a Juízo, exigir emprego constante.

Pelo art. 75 do Código Civil: “ a todo o direito corresponde uma ação que o assegura”.

Mas em relação ao direito ao trabalho, será que podemos vislumbrar um direito subjetivo?

Segundo José Cretella Jr., esta disposição é válida somente entre as partes que são reciprocamente credores e devedores de direitos e obrigações, referindo que :

“Na regra jurídica constitucional que dispõe, ‘todos têm direitos’, porque a relação jurídica entre o cidadão e credor e o Estado-devedor não se fundamenta em vinculum iuris gerador de obrigações.”⁵⁰

Analisa o autor que falta ao cidadão meios de garantir o seu direito oponível ao Estado, de exigir em juízo as prestações garantidas. Por este entendimento, fica distanciado o direito subjetivo que teria o homem em acessar o judiciário para a garantia a este acesso, como forma de subsistência, mesmo que se reconheça como direito do homem e dever do Estado.

“Entendida, como hoje é a função do Estado, não somente como a de guardião do direito, mas também como a de promotor do bem comum, do bem-estar social, é lógico que lhe incumbe não somente o dever de garantir a liberdade de trabalho, como também o de proporcionar esse trabalho a todo homem válido, e ainda o de suprir a sua falta, seja por motivos objetivos, seja por motivos subjetivos.”⁵¹

A experiência prática todavia não é animadora

⁵⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit., p.315..

⁵¹ _____. Op. cit., p. 316.

A Constituição não vem resolver todas as questões, porque a própria Constituição reconhece a necessidade de legislação ulterior para a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais

Faz-se necessário uma proteção contra o próprio administrador. Como o Ilustre doutrinador Manoel Gonçalves nos ensina:

“Ora, o reconhecimento de que esses agentes do Estado pecam freqüentemente contra os direitos do povo , que aquele deve tutelar, leva ao paradoxo de o próprio Estado contemporâneo organizar contra a atividade precípua de um dos seus Poderes todo um complexo sistema de proteção, para isso mobilizando outro poder, ou pelo menos órgãos nisso especializados, afora todo um sistema preventivo destinado a evitar ilegalidades.”⁵²

4.2 A Ineficácia das Normas e das Garantias Constitucionais

A Constituição Federal de 1988 é inovadora ao dar ênfase aos Direitos Fundamentais, com as garantias Constitucionais. A problemática dos direitos sociais não tange à sua fundamentação histórica, o que já está consagrado na doutrina, nem à sua enunciação por parte do Direito Positivo, uma vez que os mesmos encontram-se contemplados em nível universal e estatal.

No entanto, a Constituição Federal de 1988 não conseguiu atender efetivamente às necessidades fundamentais. Restam as questões:

As garantias elencadas não foram suficientes para efetivação dos direitos. Isto se deve pelo fato das normas terem sido muito geral e abstrata, ficando sempre na dependência do legislativo, que se omite, ou quem sabe a responsabilidade tenha sido do Supremo Tribunal Federal que não tem atribuído o caráter concretista da decisão? Talvez até o Judiciários não esteja utilizando eficazmente dos instrumentos existentes, ou mesmo a população, tão desacredita no seu direito não tem recorrido ao Poder Judiciário para garantir os seus direitos.

⁵² GONÇALVES FILHO, Manoel. Op. cit., p. 83.

Descobrir as incongruências e as alternativas para a real aplicabilidade da Constituição é o desafio que se lança.

Ora, se é de interesse do próprio Estado Democrático a garantia da dignidade da pessoa humana em nível mundial, os direitos fundamentais devem fazer parte e prioridade em qualquer país, qual a razão portanto da inércia frente as necessidades sociais?

Inferre-se deste contexto, que a questão de maior relevância no tocante aos direitos sociais, se dá ante a falta de interesse político quanto à exequibilidade dos direitos, onde a mera enunciação dos mesmo na Carta Constitucional torna-se inerte.

Adquirir o respeito e acima de tudo, efetivar os direitos sociais, através das instituições jurídicas que respondam as demandas que se apresentam se constitui numa real necessidade, como forma de se garantir a cidadania. Deve-se portanto reconhecer os Direitos fundamentais como supra-estatais, uma vez que são inerentes à condição humana, pressupondo sua legitimidade face às legislações existentes.

O conceito que tecemos de Eficácia é a de

“qualidade da norma que se refere à sua adequação em vista da produção concreta de efeitos, diz respeito às condições fáticas e técnicas de atuação da norma jurídica, ao seu sucesso, ou seja, à possibilidade da consecução dos objetivos.”⁵³

Já o termo eficácia jurídica , significando aqui que a norma está apta a produzir efeitos nas situações concreta. Flávia Piovesan vem nos esclarecer: “eficácia jurídica corresponde às condições técnicas de atuação da norma, ou seja, apresenta eficácia jurídica a norma que tiver condições de aplicabilidade(...), Eficácia jurídica significa assim, a possibilidade de aplicação da norma.”⁵⁴

As normas não–auto-executáveis não são detentoras de aplicabilidade imediata, mas exigem providências legislativas ulteriores.

Já explicava Rui Barbosa:

⁵³ FERRAZ *apud* PIOVESAN, Flávia C. Op. cit., p. 48.

⁵⁴ PIOVESAN, Flávia C. Op. cit., p. 49.

“Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras...Muitas, porém, não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício, os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura segundo seu critério, os habilite a exercer. A Constituição não se executa a si mesma: antes requer a ação legislativa, para lhe tornar efetivos os preceitos.”⁵⁵

Se a Constituição não está servindo como mecanismo de garantia dos direitos humanos e fundamentais, para que possa efetivamente assegurar a inviolabilidade dos mesmos, é porque está ocorrendo uma discrepância entre o discurso e a prática, entre os direitos e a sua aplicabilidade concreta.

As garantias constitucionais devem viabilizar o cumprimento das normas.

Ora, se é de interesse do próprio Estado Democrático a garantia da dignidade da pessoa humana a nível mundial, os direitos fundamentais devem fazer parte e prioridade em qualquer país, qual a razão portanto da inércia frente as necessidades sociais e da ineficácia da norma constitucional?

Inferre-se deste contexto, que a questão de maior relevância no tocante aos direitos sociais, se dá ante a falta de interesse político quanto à exeqüibilidade dos direitos, onde a mera enunciação dos mesmo na Carta Constitucional não os tornou efetivos.

A nossa Constituição é lei fundamental e suprema do Estado brasileiro.

A Constituição reconhece que a saúde, por exemplo, é direito de todos e dever do Estado, mas se não se produzirem os atos legislativos e administrativos indispensáveis para que se efetivem tais direitos em favor dos interessados, restará evidenciada a omissão do Poder Público, que possibilita a interposição da ação de inconstitucionalidade. E daí caberá ao Judiciário garantir a sua concretude.

O que se verifica factualmente é uma latente inércia política do Estado ante as necessidades sociais. Em que a inexeqüibilidade dos mesmos é fruto da falta de mecanismos eficazes à sua concretude.

⁵⁵ BARBOSA , Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**, II, São Paulo; Saraiva, 1933. pp.488-489.

Vê-se que não existe uma preocupação política efetiva no sentido de prover a população adequadamente dos seus direitos básicos: saúde, habitação, assistência social.

O princípio da dignidade humana não é aplicado. Restando ao Poder Judiciário e Legislativo encontrar meios eficazes para a sua concretude.

Uma política de assistência social deve se pautar em ampliar o acesso aos direitos sociais à população, como um processo de luta pela constituição dos direitos sociais.

Vivemos numa realidade de acentuada concentração de renda na mão de uma minoria privilegiada e com uma saída interminável do capital para o exterior, via dívida externa.

A trajetória dos direitos, sobretudo a partir do Estado Moderno, com a proclamação dos Direitos do Homem (final do séc. XVIII) e até a Declaração dos Direitos Humanos em pleno séc. XX (1948), demonstra que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, nascidos de certa circunstância, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades.

O Ilustre Norberto Bobbio que nos esclarece e reforça: “A maior parte dos direitos sociais, os chamados direitos de Segunda geração, que são exibidos brilhantemente em todas as declarações nacionais e internacionais, permaneceu no papel”⁵⁶

Os direitos sociais, apesar de repetidamente proclamados internacionalmente e nos congressos, são aqueles que a esmagadora maioria da humanidade não possui de fato. Os direitos sociais não estão sendo protegidos.

A questão do fundamento do direito, reside não no direito que se tem, mas no direito que se gostaria de ter.

Acreditamos que já exista um convencimento de que a realização dos direitos do homem é uma meta desejável. Pode-se entender que não existe ainda uma vontade dos governante.

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 9.

Os direitos de cidadania são direitos de participação numa comunidade nacional comum. Os direitos sociais podem ser precisos para a prática da cidadania, na medida em que tornam possível esta participação.

As próprias estatísticas estão aí para demonstrar que há um aumento acentuado da pobreza.

Há uma negação da justiça social ou da igualdade.

Os serviços estatais mantidos se direcionam estritamente aos pobres, dentre estes os de situação extrema, com um alto grau de seletividade. Constitui num programa de alívio às necessidades extremas e não vêm como uma política dirigida à justiça social ou à igualdade.

Os programas têm sido residuais, eles têm se tornado tão vergonhosamente pobres que em vez do atendimento dos “pretensos direitos”, estaremos de volta às esmolas, retirando-se qualquer referência a direitos sociais da cidadania.

Na verdade, a pobreza é estrutural. E aí reside a dificuldade da aplicabilidade dos direitos sociais e da justiça, como preceitua a Constituição.

Resta compreender que os direitos humanos ao estarem revestidos do princípio de proteção às aspirações universais, constituem em princípios morais, assim, todo direito positivo que não o reconheça é imoral, em decorrência do desprezo à ética e aos princípios morais que teria de obedecer para garantir a eficácia da ordem jurídica.

Resta-nos encontrar o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, mesmo diante das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Este fato é também decorrente da própria falta de conhecimento da população sobre os seus direitos, bem como dos meios existentes e necessários para a defesa e obtenção da sua cidadania.

Na cidade de São Paulo, pela sua complexidade, essa situação é bem caracterizada pelos sete milhões e setecentos mil pessoas que vivem em

condições precárias. São 1592 favelas – 1 milhão de pessoas nos cortiços.⁵⁷ Sem falar nos milhões de pessoas que vivem na pobreza e miséria.

Hoje, o grande desafio dos constitucionalistas é buscar a concretização do da máxima efetividade. As normas constitucionais existem para ser aplicadas.

Uma das grandes preocupações da atualidade e do passado, é o estudo do tema Eficácia da Norma Constitucional, tendo em vista tornar concreto o desejo do legislador constituinte, com o cumprimento por parte daqueles que exercem o Poder Estatal.

O texto constitucional carecendo de legislação ulterior para propiciar a fruição dos direitos sociais.

Os diferentes graus de eficácia das normas constitucionais constituem uma realidade que não há como evitar.

A questão que se elenca é : quais as reais condições materiais propícias para traduzir em realidade o programa de direitos sociais básicos?

No tocante aos direitos sociais básicos, a Constituição define princípios fundamentais. No art. 6º da Constituição abrange genericamente os direitos.

Existem duas posições em relação aos direitos sociais; uma afirmando a superioridade dos direitos de liberdade sobre os direitos sociais, a outra afirmando exatamente o contrário, a supremacia dos direitos sociais sob os direito da liberdade, neste o que vale é a igualdade, em que os direitos sociais básicos levam a uma dignidade constitucional de princípio.

Segundo Paulo Bonavides: “Os direitos fundamentais não mudaram, mas se enriqueceram de uma dimensão nova e adicional com a introdução dos direitos sociais”.⁵⁸ É ele mesmo que ainda acrescenta:

“O Estado Social no Brasil aí está para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais. Não há para tanto outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação às prestação do

⁵⁷ BICUDO, Hélio. **Direitos Humanos e sua Proteção**. In: Direito, Cidadania e Justiça - A Assistência Jurídica como Instrumento de Garantia. São Paulo: Brasiliense. p. 160 .

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 343.

*Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributivista, sem a qual não haverá democracia nem liberdade. ”*⁵⁹

Os direitos sociais podem propiciar a igualdade na sociedade, e como diz o Ilustre Paulo Bonavides:

“Os direitos existem de sobra com tamanha abundância na esfera programática que formalmente o texto constitucional resolveu com o voto do constituinte todos os problemas básicos de educação, saúde, trabalho, previdência, lazer”.⁶⁰

Como o próprio autor reconhece, as promessas constitucionais aparecem de forma vaga, abstrata e genérica, sempre dependente de legislação complementar e ordinária que nunca se elabora. Para ele, em razão dessa omissão constitucional, de conteúdo programático, a auto-aplicabilidade dos direitos sociais e a sua eficácia constituem os pontos de reflexões sobre a crise da estabilidade social no Brasil.⁶¹

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 346.

⁶⁰ _____ p. 346.

⁶¹ Cf. Paulo Bonavides. Op. cit., pp.346-347

CAPÍTULO V - A BUSCA DA EFICÁCIA JURÍDICA DOS DIREITOS SOCIAIS

5.1 A Questão da Eficácia das Constituições e das Declarações

“Eficácia no sentido técnico-jurídico significa a possibilidade de estar a norma apta para ser aplicada, por reunir todos os elementos e meios necessários a sua operatividade.”⁶²

Os dois pactos firmados, decorrentes da Declaração, um sobre o direitos econômicos e sociais e outro sobre direitos individuais tradicionais clássicos, não desembocaram em um sistema eficaz de proteção da vítima.

Ficou criada uma Comissão de Proteção aos Direitos do Homem, cujos membros são eleitos pelos Estado. Para a sua eficácia, depende ainda de definição ao nível da legislação de cada país, que dependem da definição das garantias que os instrumentam.

O Estado é ainda o maior infrator dos direitos individuais.

O controle a nível internacional, tendo em vista a tutela dos direitos do homem, são a promoção, controle e garantia. Induzindo os Estados a introduzir, aperfeiçoar as medidas, além dos mecanismos de controle, para verificar pelos organismos internacionais se as recomendações foram respeitadas e em que grau foram respeitadas.

Dois modos típicos de controle são os relatórios, que cada Estado signatário da convenção se compromete a apresentar sobre as medidas adotadas, de acordo com o próprio pacto, além dos comunicados com os quais um Estado membro denuncia o outro.

Já a terceira forma de tutela dos direitos, que é a garantia, tem como meta a criação de uma nova e mais alta jurisdição, quando a garantia nacional não for suficiente ou inexistente pela garantia internacional.

⁶² MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição. São Paulo: Atlas S.A, 1999. p.75.

Este tipo de garantia foi previsto pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que entrou em vigor em 1953.

É uma inovação, mas só será legitimada quando uma jurisdição internacional puder impor-se às jurisdições nacionais, o que atualmente, pela nossa Lei Maior é inconcebível.

Os países signatários da Carta de Declarações deverão se aparelhar de meios e órgãos para que se cumpram as regras de proteção dos direitos fundamentais.

A pior das inconstitucionalidades, é a inconstitucionalidade material, que se evidencia nos países em desenvolvimento, por estarem vulneráveis aos fatores econômicos, políticos e financeiros sobre ela.

A Constituição só permanece viva, quando ela está desempenhando seu papel, efetivando-se na realidade. E a omissão inconstitucional é a inviabilizadora da própria Constituição e dos direitos sociais contidos nela.

Norberto Bobbio possibilita-nos uma reflexão ao questionar que gênero de direitos são esses que tais normas definem:

“um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados sine die , além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou , no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de “direito”?”⁶³

A figura do direito tem como correlato a figura da obrigação. O direito pressupõe o seu acolhimento no contexto das normas, eficientemente protegido. “Há uma enorme defasagem entre a amplitude do debate teórico sobre os direitos dos homem e os limites dentro dos quais se processa a efetiva proteção dos mesmos nos Estados particulares e no sistema internacional.”⁶⁴

O exercício dos direitos depende de meios. Os direitos à moradia, à educação, à saúde, ao trabalho , a assistência social entre os outros elencados, são instituídos sem verificar as reais possibilidades do Estado.

⁶³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos..** tradução de Carlos Nelson Coutinho, 9.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 78.

⁶⁴ p. 83.

Por outro lado, o excesso de prestações sociais, verificado em alguns Estados, cria um profundo desestímulo ao trabalho e ao progresso individual, além da dependência para com o Estado.

A verdade é que o mundo está dividido em países com realidades sócio-econômicas e ideológicas muito diferente. Não é fácil valer o funcionamento do sistema internacional de garantias.

A Assembléia Geral da ONU não tem competência para editar normas cogentes aos seus membros. A sua jurisdicionalização fica na dependência de pactos que venham a lhe conferir eficácia. Mesmo os dois pactos firmados não garantiram um sistema eficaz de proteção.

A eficácia dos direitos está ainda na dependência da sua definição ao nível da legislação de cada país.

Uma Constituição, que possui no seu bojo direitos que não se efetivam concretamente, corre o risco de se tornar uma letra morta, tendo como conseqüência o descrédito em face dela.

Há de se buscar a verdadeira “força ativa” da Constituição. Um futuro em que os operadores do direito e o povo possam confiar na Constituição.

O povo pode ser o grande fiscal do poder político, exercendo a sua cidadania. Essa fiscalização se fará mediante a atuação do Poder Judiciário.

Na Alemanha, a Corte Constitucional foi criada pela Lei Fundamental de 1949, para tratar dos litígios constitucionais e tem sido apontado como um modelo de tribunal para enfrentar a normatividade da Constituição e resolver as contradições da norma com a realidade.

No Brasil, a ausência deste Tribunal tem sido lastimável, mesmo que o Supremo tenha desempenhado em boa parte funções análogas às de uma Corte Constitucional.

Existe a crença de que ao inserir na Constituição um direito, uma garantia, um princípio, os mecanismos governativos existentes tornarão reais e efetivos as normas.

Para o nosso grande Paulo Bonavides,

*“chega-se assim à inconstitucionalidade toda vez que no ordenamento formalmente constitucional, ou que se pretende seja formalizado em bases constitucionais, se perde por inteiro o senso de proporção entre os fins programáticos, cujo exagero faz a sua concretização extremamente penosa, se não impossível, e os elementos de eficácia e juridicidade das regras constitucionais propriamente ditas. O desequilíbrio então promovido determina a inexecutabilidade da Constituição”.*⁶⁵

Com o acúmulo dessas contradições, quebra-se a unidade da Constituição, que leva a crise de inconstitucionalidade, perecendo a funcionalidade e juridicidade e os próprios princípios contidos da Lei Suprema.

5.2 O Caráter Imperativo das Normas Programáticas e a Busca pela sua Eficácia

A eficácia jurídica implica em reconhecer se a norma jurídica produz efetivamente os efeitos jurídicos almejados.

Nenhuma Constituição é intocável, perfeita. Muitas de suas normas precisam ser regulamentadas, integradas para sua execução e aplicabilidade plena.

Eficácia, para José Afonso da Silva é “a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas”⁶⁶, a sua capacidade de produzir efeitos jurídicos. Isto porque todas as norma constitucionais tem eficácia jurídica, algumas em graus diferente, porque a eficácia de algumas normas depende para a sua plenitude dos efeitos jurídicos, de uma norma jurídica complementar executória.

Quando se refere que “A saúde é direito de todos e dever do Estado (...) Art. 196 da Constituição, para José Afonso, não está impondo-se uma obrigação jurídica, mas traduzindo um princípio, o que têm uma eficácia reduzida, que dependem de uma política para atingir seus fins.”⁶⁷

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 353.

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 2.ed. São Paulo: RT, 1982. p.47.

⁶⁷p. 83.

A doutrina estabeleceu uma classificação considerando esta norma em programática:

As normas de princípio programático, distinguem-se das de princípio institutivo, porque esta caracteriza-se por “indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação.”⁶⁸ Umas com um maior poder discricionário do legislativo que outras.

As programáticas envolvem um conteúdo social, uma prestação do Estado. Realizar o bem comum. As de princípio constitutivo, tem conteúdo organizativo e de regulação dos órgãos e entidades.

Para José Afonso, as normas constitucionais de princípios institutivos podem ser impositivas ou facultativas, dependendo da sua redação. Ex. “A lei disporá”, ou “ a lei estadual poderá criar.”

Os ensinamentos de Canotilho e Vital Moreira nos elucidam no real significado da norma:

“ A Constituição não é somente um conjunto de normas proibitivas e de normas de organização e competência (limite negativo da actividade do Estado): é também um conjunto de normas positivas que exigem do Estado e de seus órgãos uma actividade do Estado). O incumprimento dessas normas, por inércia do Estado, ou seja, por falta total de medidas (legislativas ou outras) ou pela sua insuficiência ou inadequação, traduz-se igualmente numa infração da Constituição: inconstitucionalidade por omissão”.⁶⁹

As normas são informadas pelos princípios, Canotilho diz que “os direitos à educação, saúde e assistência não deixam de ser direitos subjectivos pelo facto de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição desses direitos.”⁷⁰

É de se entender o carácter imperativo das normas constitucionais programáticas.

⁶⁸ SILVA, José Afonso. Op. cit., 1982. p.123.

⁶⁹ CANOTILHO *apud* MACHADO, Carlos Augusto A. Op. cit. p. 125.

⁷⁰ CANOTILHO *apud* SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**.2.ed. São Paulo: RT , 1982. p. 152.

Existe a função eficaz de programa, em que ao Estado é imposto prestações positivas, e ao legislador cabe a articulação do interesse público com a norma constitucional.

O professor José Afonso da Silva, ao classificar as normas constitucionais quanto à eficácia, estabelece-a em três categorias:

- normas constitucionais de eficácia plena
- normas constitucionais de eficácia contida
- normas constitucionais de eficácia limitada

As primeiras produzem seus efeitos desde a edição da Constituição, regulando diretamente a matéria sobre a que tratam, e sua aplicação é imediata, direta e integral.

As normas de eficácia contida, também incidem de imediato, mas em determinadas situações, pelos seus conceitos, paralisam a sua eficácia, tendo certos limites. A sua aplicabilidade é direta, imediata, mas não integral, depende da ação do legislador ordinário.

As normas de eficácia contida são normas, segundo define José Afonso da Silva,

“aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.”⁷¹

Já as normas de eficácia limitada englobam as normas definidoras de princípios institutivos ou organizativos e as normas definidoras de princípios programáticos.

À luz da teoria de José Afonso da Silva, pode-se afirmar que a omissão legislativa inconstitucional encontra-se relacionada com normas constitucionais de eficácia limitada.⁷²

Quanto as últimas, não são dotadas de normatividade suficiente, cabendo aos órgão com competência normativa a tarefa de elaborar normas

⁷¹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., 1982. p.58.

⁷² _____. Op. cit., 1982. p. 68.

infraconstitucionais para a sua aplicabilidade, podendo ainda ser classificadas em normas programáticas e normas de legislação.

A classificação é importante, porque a possibilidade de aplicação da norma depende da eficácia.

Para José Afonso, normas constitucionais programáticas são:

“aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta ou imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos, como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.”⁷³

José Afonso adota a classificação de Crisafulli, ao distinguir as normas programáticas de simples escopo, com a liberdade dos órgãos estatais em adotar os meios para alcançar o fim proposto. Para ele, as normas programáticas “ao prescreverem o fim a atingir, indicam, outrossim, ao menos em linhas gerais, os meios aptos a isso, limitando, pois, o âmbito da discricionariedade legislativa.”⁷⁴

José Afonso, com brilhante sabedoria acentua o seu caráter imperativo e seu caráter vinculativo, além de seu importante papel na ordem jurídica e política do País.⁷⁵

Essa sua posição foi um avanço, como ele e tantos outros autores reconhecem na compreensão das disposições programáticas.

Para ele, José Afonso da Silva:

“O problema que se coloca agudamente na doutrina recente consiste em buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática.”⁷⁶

⁷³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: 1982 pp.132

⁷⁴..... p. 138.

⁷⁵Cf. José Afonso da Silva. Op. cit., 1982. p. 139.

⁷⁶SILVA, José Afonso da. Op. cit., 1982. p 140.

As normas programáticas são de suma importância, atribuindo os fins do Estado. Mas não é fácil realizar os seus fins, com esta acentuada concentração de renda na mão de uma minoria, como realizar a justiça social? O regime democrático não convive com as desigualdades, a pobreza, a miséria. E é o próprio José Afonso que reconhece: “os direitos sociais, como instrumentos de tutela dos menos favorecidos, não tem tido a eficácia necessária para reequilibrar a posição de inferioridade que lhes impede o efetivo exercício das liberdades garantidas.”⁷⁷

A sua função eficaz é de programa, para Paulo Pimenta “a sua característica básica é que consigna princípios gerais”, tendo como características:

- 1) *Disciplinam interesses sócio-econômicos em conflito;*
- 2) *São normas acolhidas como programas a serem realizados pelo Estado, eis que, representando um compromisso entre grupos sociais antagônicos, não tiveram força suficiente para desenvolver-se;*
- 3) *Tem eficácia complementável através da ação do legislador infraconstitucional;*
- 4) *Os programas por elas traçados obrigam os órgãos estatais;*
- 5) *Determinam a cessação da vigência, por inconstitucionalidade sucessiva, das normas infraconstitucionais anteriores que disponham em sentido contrário;*
- 6) *Fixam critérios a serem adotados pelo legislador ordinário;*
- 7) *Possuem um duplo sentido proibitivo, porque vedam a emissão de normas legais contrárias, proibindo, também, a prática de comportamentos que tentem impedir a produção dos atos por ela impostos ”⁷⁸*

José Afonso da Silva, entendendo a norma jurídica como um imperativo, explicita:

“Ora, se elas impõem certos limites à autonomia de determinados sujeitos, privados ou públicos; se ditam comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados, nisso claramente se encontra seu caráter imperativo, imperatividade que se afere nos limites de sua eficácia reduzida, mas sempre imperatividade.”⁷⁹

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. Op. cit. 1982. p. 141.

⁷⁸ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas**. Max Limonad, 1999. p. 137.

⁷⁹SILVA, José Afonso da. Op. cit., 1982. p.139.

Na mesma linha, percorre o mestre Celso Antônio de Mello em afirmar a imperatividade das normas programáticas, explicitando que ao Direito, cabe a imposição de condutas, o regramento constitucional estabelece comportamentos obrigatórios para o Estado e para os homens. Desta forma, quando se dispõe para a realização da justiça social, mesmo nas “regras chamadas de programáticas – está, na verdade, imperativamente, constituindo o Estado brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la.”⁸⁰

Para Paulo Pimenta a natureza jurídica não é afetada, “apenas vai influir no grau de sua eficácia e, por conseguinte nas situações subjetivas por elas geradas.”⁸¹

E novamente o Ilustre Paulo Roberto Lyrio Pimenta, classifica o Art. 6º como normas programáticas enunciativa ou declaratórias de direitos que: “enunciam direitos, sem estabelecer a forma de implementação destes, vinculando, entretanto, todos os órgãos públicos à sua observância, mesmo diante da ausência de regulação infra constitucional.”⁸²

Para o iminente Ruy Barbosa, poder-se-ia falar em normas auto-executáveis e não auto-executáveis, sendo que as primeiras teriam exequibilidade imediata, enquanto as demais dependeriam de leis ordinárias. Nas primeiras, o direito instituído já se acha constituído dos meios de execução e preservação.⁸³

A doutrina clássica, seguida no Brasil por vários doutrinadores, entre eles Victor Nunes Leal, definiu que a norma programática teria um conteúdo semântico, ou seja, esta não obrigaria os órgãos do Estado, não geraria qualquer direito subjetivo ou interesse legítimo, tratando-se apenas de programas, indicação de princípios, ficando os direitos dormentes, à espera de legislação.

No Brasil, no julgamento da ADIN 4-DF, houve um grande debate sobre a eficácia das normas programáticas, tendo sido vencedora a tese do Ministro Relator Sydney Sanches, que adota a doutrina clássica.

⁸⁰ MELLO, *apud* PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Op. cit., p. 140.

⁸¹ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio, Op. cit., p.140.

⁸² _____. Op. cit. p. 144.

⁸³ BARBOSA *apud* PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio, Op. cit., p. 147.

Nos demais Tribunais Superiores, a corrente clássica também tem sido adotada, assim por exemplo: “A norma do art. 7º, XXI, da Constituição Federal tem caráter programático, dependendo, como se depreende do seu texto, de regulamentação por lei ordinária”.⁸⁴ (Ac, 1º t, 4279/95, 23/08/1995, RR 162.350/92.2, Rel Min. Afonso Celso in Revista LTr, vol 60, n.1., São Paulo, ed.LTr, janeiro de 1996, p. 71 e 72.)

Por este entendimento, resta claro o caráter ineficaz . Não é este o nosso entendimento, nem de tantos autores adeptos a doutrina moderna, que discordam da ineficácia das normas programática, mas admitem a sua exeqüibilidade e imperatividade.

O italiano Vezio Crisafulli foi o grande precursor da doutrina moderna, ele lançou as bases da doutrina moderna e o que mais se contrapôs à doutrina clássica. O seu pensamento e teoria permitiu um avanço extraordinário no campo da aplicabilidade das normas constitucionais.

As normas denominadas “não auto-executáveis”, ou “não bastantes em si”, passam a ser obrigatórias e eficazes. Retira por completo a idéia de que as normas programáticas seriam ineficazes ou desprovidas de valor jurídico-vinculante.

Os debates se centravam no valor da eficácia jurídica da Constituição. Para essa corrente doutrinária, a norma constitucional deve ser obrigatória, compreendendo que as normas programáticas são tão eficazes quanto as outras.

As idéias apresentadas por Crisafulli, influenciaram a doutrina portuguesa, em que Canotilho elaborou trabalho sobre as normas constitucionais programáticas, atacando a doutrina tradicional, afirmando: “As normas programáticas estão longe de configurar ‘simples programas’, ‘proclamações’, ‘aforismos políticos’, ‘promessas’, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade”.⁸⁵

Para ele, qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder público. Elas possuem sim um fim, tarefa, são

⁸⁴ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Op. cit., p.150.

⁸⁵ CANOTILHO *apud* PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio Op. cit., p.155.

“normas-programas”, mas que dirigem materialmente a concretização constitucional.

Paulo Roberto Pimenta conclui:

“(1) – Vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional);

(2) – Vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como diretivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição)

(3) – Vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação ao actos que as contrariam.”⁸⁶

O professor Eros Roberto Grau afirma no mesmo sentido, que as normas constitucionais programáticas, “sobretudo – repita-se as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes do Legislativo, do Executivo e do Judiciário.”⁸⁷

São muitos os defensores da doutrina moderna; entre eles estão: Luís Roberto Barroso, Paulo Bonavides, J.H. Meirelles Teixeira, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Flávia Piovesan.

O Ilustre Celso Antônio Bandeira de Mello também coaduna com esta doutrina ao enfatizar que os cidadãos devem postular jurisdicionalmente os direitos decorrentes das normas constitucionais e explicita que “todas as normas constitucionais concernentes à Justiça Social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos(...) Tais direitos são verdadeiros ‘direitos subjetivos’, na acepção mais comum da palavra”.⁸⁸

Portanto, diante desta análise, vale dizer que as normas programáticas são eficazes e dentro de sua função de programa, que é o que as diferencia das demais normas constitucionais, nem por isso deixam de ser eficazes, sendo tão exigível como os demais dispositivos constitucionais.

Desta forma, a norma constitucional contém um encargo obrigatório ao legislador, julgador e administrador.

⁸⁶ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio, Op. cit., p.157- 158.

⁸⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, p. 126.

⁸⁸ MELLO *apud* PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 61.

Mesmo tendo-se ressaltado que na jurisprudência pátria, a doutrina clássica é a predominante, existem alguns defensores da doutrina moderna, dentre eles, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, merece ser transcrito o voto vencido do Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, (julgamento da Adin n.4 – DF RTJ. N, março de 1994, p. 719-858):

“As normas constitucionais são, de regra, auto-aplicáveis, vale dizer, são de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Já foi o tempo em que predominava a doutrina no sentido de que seriam excepcionais as normas constitucionais que seriam, por si mesmas, executórias. Leciona José Afonso da Silva que ‘hoje, prevalece entendimento diverso. A orientação doutrinária moderna é no sentido de reconhecer eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais,... as quais até bem recentemente não passavam de princípios programáticos. Torna-se cada vez mais concreta a outorga de direitos e garantias sociais das constituições”.⁸⁹

Caminhando por idêntica trilha, o Ilustre Ministro Paulo Brossard critica a Doutrina clássica e defende a eficácia das normas programáticas, limitando a atividade discricionária dos órgão públicos, gerando situações subjetivas, com os efeitos jurídicos. Para o autor, as normas programáticas “outorgam aos administrados verdadeiro direito subjetivo, porque podem exigir o cumprimento dessas regras, se outras forem editadas em sentido contrário.”⁹⁰

Evidencia-se que os direitos subjetivos gerados pelas normas programáticas deverão ser exercidos perante o Estado, sendo direitos públicos de prestação, no caso em apreço constituindo em direitos sociais.

Desta forma, para o Ilustre Paulo Pimenta, o Estado ao ter um dever jurídico de prestação, de conteúdo positivo, logo, corresponde a ele um direito correlato, que só pode ser o direito subjetivo público de prestação.⁹¹

Flávia Piovesan identifica que atualmente na doutrina predominante:

“As normas programáticas estão condicionadas à discricionariedade do legislador. Por isso, entende-se que as normas programáticas não consentem que o cidadão as invoquem, pedindo aos Tribunais o seu cumprimento por si só ”Daí concluindo-se então que deles não

⁸⁹ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio Op. cit., p. 169.

⁹⁰ BROSSARD apud PIMENTA, Op. cit., p. 173.

⁹¹ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio, Op. cit., p. 175.

*emergiram verdadeiros direitos subjetivos, mas somente expectativas de direitos.”*⁹²

Se o poder de exigir o direito se mostra como direito subjetivo, isto significa a possibilidade de exigir frente a uma abstenção, uma prestação efetiva.

Apesar de ser outro o entendimento de José Afonso, neste sentido, que entende que “as normas constitucionais programáticas não produzem direitos subjetivos em seu aspecto positivo, geram-nos em seu aspecto negativo”.⁹³

Íríamos além deste entendimento, pois não reconhecendo o direito subjetivo no seu aspecto positivo, como poder de exigir uma prestação fundada na norma, só restaria a possibilidade de exigir que o Poder Público não pratique atos que a contrariem. Não é este o nosso entendimento.

A doutrina cada vez mais reconhece o caráter vinculativo das normas programáticas, deixando-se de lado a simples característica de programa, e já se procura uma nova nomenclatura para defini-las, como, por exemplo, nos explicita Celso Antônio Bandeira de Mello em normas que expressam:

*“(...) apenas uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público, sem, entretanto, apontar os meios a serem adotados para atingi-la, isto é, sem indicar as condutas específicas que satisfariam o bem jurídico consagrado na regra.”*⁹⁴

José Afonso conclui que:

“(...) as normas sociais programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes:

I – estabelecem um dever para o legislador ordinário;

II – condicionam a legislação futura, com a conseqüência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;

III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;

IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;

⁹² PIOVESAN, Flávia C. Op. cit., p.6.

⁹³ SILVA, José Afonso da. Op. cit., 1982. p. 205.

⁹⁴ MELLO *apud* SILVA, José Afonso da. 1982. Op. cit., p. 155.

V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;

VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagem (...)"⁹⁵

Não se pode aceitar que as normas supremas da ordem jurídica sejam de menos eficácia e mais sujeitas ao desrespeito e inaplicabilidade. Para José Afonso:

“Pois, uma coisa é a Constituição vigente , solenemente promulgada, outra é a Constituição eficaz, isto é, desde logo aplicável, exigível, com força obrigatória; outra, afinal, a Constituição aplicada, efetivamente cumprida, aplicada e eficaz”⁹⁶

Pelo princípio da proporcionalidade, se pretende compreender a relação entre fim e meio, onde se confronta o fim e o fundamento de uma intervenção para se controlar o excesso.

Para Paulo Bonavides, os direitos fundamentais de Segunda geração , entendido aqui os direitos sociais, tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira: “pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.”⁹⁷

Ora, como é do entendimento de diversos doutrinadores festejados, os direitos sociais inicialmente entendidos de baixa normatividade, ou de eficácia questionada, até porque sua natureza de exigir do Estado prestações materiais, nem sempre possíveis, por carência de meios e recurso, quando formula-se o preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, fica claro a sua juridicidade e exigibilidade.

A concepção tradicional de que a discricionariedade do legislador é comportamento incontrolável juridicamente, é concepção que não mais se ajusta às inovações introduzidas pela ordem constitucional de 1988.

⁹⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas constitucionais**. 2.ed. São Paulo: RT, 1982.. p. 164.

⁹⁶ _____ .p.17.

⁹⁷ _____ .p. 518.

O Estado social é um Estado intervencionista, com intervenção na esfera social, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade que este se acha de prover suas necessidades existenciais mínimas. Desse Estado, se exige prestações positivas. Da passagem do Estado liberal ao Estado Social, inverte-se da omissão dos poderes públicos para a proibição da omissão. O Estado social se legitima através das políticas sociais.

Os direitos de índole social estão alicerçados num direito geral à igualdade. Esse direito à igualdade surge como elemento essencial de uma Constituição, que cria deveres aos Poderes Públicos de realizar as prestações positivas ditadas pelos comandos constitucionais. Exigindo-se que o Estado promova e intervenha.

Adquirir o respeito e acima de tudo, efetivar os direitos sociais, através das instituições jurídicas que respondam as demandas que se apresentam, se constitui numa real necessidade, como forma de se garantir a cidadania. Deve-se portanto reconhecer os Direitos fundamentais como supra-estatais, uma vez que são inerentes à condição humana, pressupondo sua legitimidade face às legislações existentes.

Acrescente –se a este pensamento que o direito não termina na norma, mas nela começa, como já enfatizaram outros doutrinadores.

Desta forma, compreende-se que o direito deve dispor de um instrumento para a sua concretização e este instrumento precisa ser eficaz.

Omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição determina tal aplicação, também constitui conduta inconstitucional.

O Estado passa a intervir na esfera social pelas suas legislações, a fim de atenuar as carências do mercado, corrigindo certas desigualdades flagrantes.

Os direitos aos serviços e bens sociais passam a ser uma possibilidade para melhorar as condições dos desfavorecidos, garantindo-lhes a cidadania.

Para a efetivação dos direitos sociais, se faz necessária a ação positiva do Estado e/ou das Instituições. Esta já é uma boa razão para que não nos iludamos em acreditar que basta a proclamação dos direitos.

Enquanto nos direitos individuais requeriam-se liberdade, exigindo por parte do Estado obrigações negativas, comportamento de abstenção, já os direitos sociais consistem em poderes, de requer obrigações positivas, ou seja, um comportamento de intervenção.

O Estado deve ter uma condição, uma estrutura eficaz de recursos jurídicos para reparar infrações ou violações de direitos humanos.

O Poder Judiciário deverá ser independente e ágil, especialmente diante dos comandos de Poderes Executivos, que quase sempre violam e não protegem os direitos, para o cumprimento dos direitos fundamentais.

Com relação a política urbana, é competência do Município executá-la, tendo por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

O principal instrumento do Município para implementar a política urbana é o Plano Diretor, que tem como atribuição definir as exigências fundamentais de ordenação da cidade.

A política urbana do Município para garantir o bem-estar de seus habitantes, deve ter como finalidade essencial, assegurar o pleno exercício desses direitos urbanos, mediante o acesso de todos os seus cidadãos às condições adequadas de moradia, transporte público, saneamento básico, infraestrutura básica, saúde, educação, cultura, esporte e lazer, bem como preservar e recuperar o meio ambiente.

A crise que se vive é pela aplicabilidade dos direitos. Há de se quebrar este distanciamento entre o direito elencado e o direito efetivado.

Para a concretização dos interesses, dos direitos dos povos, torna-se necessário que as fontes de direito estejam em sintonia com a realidade social, por onde se demonstra que a maioria da população não tem os seus direitos garantidos.

Deve-se ter uma política social mais abrangente. O problema é jurídico, político e social.

As políticas sociais e econômicas deverão garantir a eficácia das normas constitucionais. Os fins organizacionais econômicos e sociais do Estado deveriam ser definidos a partir das normas constitucionais.

Para atender-se as demandas que se apresentam na nossa sociedade, faz-se necessário que as fontes de direito, entre elas, a lei, doutrina, jurisprudência estejam em sintonia com a própria realidade social.

Diante da omissão do legislador e do executivo, caberá ao judiciário a garantia do direito violado.

A assistência jurídica é o caminho a ser perseguido pelos grupos sociais para conquistar a cidadania e os seus direitos, como um instrumento.

A sociedade deverá participar no controle da atividade estatal, exigindo através dos meios que lhe são conferidos, a concretização dos seus direitos. Com isto, estará fortalecendo a própria Constituição.

A lei há de ser eficaz, deve ser concretizada na prática. O Estado, enquanto o grande responsável pela aplicabilidade da norma, deverá assumir o seu papel, através de seus órgãos, para a garantia dos direitos à população.

Partindo-se da concepção do Estado Social como Estado intervencionista, deve-se reconhecer que a ele caberá o grande papel na busca da eficácia jurídica dos direitos sociais.

O Estado pode se valer do seu poder de intervenção e transferir mais recursos para a área social, como por exemplo através das contribuições sociais, para a diminuição das desigualdades sociais.

O Estado há de se preocupar em buscar meios e alternativas para garantir o acesso da população aos seus direitos básicos.

Percebe-se que o Estado não tem se preocupado concretamente em encontrar alternativas para a redistribuição de renda e diminuição das desigualdades sociais.

Parece evidente que se o Estado procurasse realmente a garantia dos direitos fundamentais do cidadão, com a diminuição das desigualdades sociais, como por exemplo por via de uma melhor aplicação dos tributos, a população não

precisaria se valer tão incessantemente dos meios jurídicos para ver concretizados os seus direitos fundamentais violados.

Mas não se pode ficar a espera de uma posição de mudança de atitude do Governo, como num “passe de mágica”, tendo em vista que ele está numa posição, se não confortável, mas acomodada e de justificação incansável de falta de recursos e de estar impossibilitado em atender de modo mais eficaz. Na verdade, percebe-se que não há uma vontade política concreta.

Acreditamos que a mudança de postura só virá, quando o Poder Público for obrigado a prestar os serviços exigidos e a concretizar os direitos violados.

Quando a exigência para a aplicabilidade do que preceitua a Constituição se tornar uma freqüência pela população e pelos Poderes Públicos, talvez o Estado acorde desta “dormência”, desta postura omissiva e perceba que diante de uma sociedade que está exigindo-lhe posições concretas, não há como desviar de seu papel de garantidor dos direitos. Talvez perceba que não poderá mais ficar inerte e que ao investir nos direitos básicos do cidadão, estará se fortalecendo e cumprindo a própria Constituição.

É preciso rever o critério de prioridades nacionais, com a aplicação de verbas compatíveis com uma concepção mais humana de desenvolvimento.

É da maior importância que o poder legislativo reconheça a sua insubstituível função de representar os interesses, os problemas e os anseios da população, garantindo os preceitos constitucionais.

Conforme nos esclarece o Prof. Franco Montoro: “na luta entre o fraco e o forte, a liberdade oprime, a lei liberta”. Para ele, a essência da justiça é a igualdade.

A finalidade da justiça consiste em estabelecer uma igualdade fundamental nas relações entre os homens. Partindo-se do ponto em que não podemos considerar na nossa sociedade a igualdade de direitos, à justiça caberá o papel de restabelecer a igualdade, quando violada.

Vivenciamos o desnível entre regiões dentro do mesmo país, desnível entre os setores econômicos e entre as classes sociais.

Este quadro de desigualdade evidenciada no nosso país, requer uma justiça distributiva, com a participação nos benefícios sociais.

O fim da justiça distributiva é a de assegurar a todos as condições sociais que lhes permitam ter uma vida plenamente humana, condições estas favoráveis ao seu pleno desenvolvimento.

O direito poderá ser o grande instrumento de promoção das transformações institucionais da sociedade. E como diz André Franco Montoro:

“O direito tem uma função transformadora do meio social que não pode ser esquecida. É tão grande sua capacidade de conservar as instituições como a de tornar-se o principal agente da mudança social. Não se pode esquecer que o legislador, ao elaborar a lei, o administrador ao executá-la e complementá-la, o juiz ao aplicá-la a casos de dúvida, o advogado e o assessor jurídico, ao orientarem empreendimentos, contratos, acordos e outros atos jurídicos, estão, todos, contribuindo para a modificação da realidade social.”⁹⁸

A investigação das alternativas do Estado para diminuir as desigualdades sociais será de suma importância para que se garanta a eficácia da Constituição Federal, o que pode ser objeto de um próximo trabalho científico.

Neste estudo, a preocupação é de garantir esses direitos pelo Judiciário, já que estão sendo violados incessantemente, frente a omissão do Estado.

Cabe ao Poder Judiciário a legitimação da cidadania e da justiça, garantindo os direitos constitucionais elencados.

Os operadores do direito também exercem um papel fundamental na mudança da situação atual, assim como, a população, que devem acessar o Judiciário, exigindo deste a concretude da norma.

Ao Judiciário, caberá a grande tarefa, fazer valer o direito violado. Meios jurídicos existem, só não estão sendo eficazes.

Há de se pensar sobre a viabilidade da norma, que não poderá mais ser uma letra morta na Constituição.

⁹⁸ MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 25.ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 1999. p. 596.

CONCLUSÃO

A trajetória dos direitos sociais, sobretudo a partir da declaração dos direitos do Homem, passando à Declaração dos Direitos Humanos, teve na Constituição de 1988 o seu ápice, ao elencar os direitos sociais.

O problema fundamental hoje não é o de justificar os direitos, mas de garanti-los e protegê-los.

Não estamos vivenciando uma crise por direitos, mas sim, uma crise da aplicabilidade dos direitos.

O que se observa é o distanciamento entre a lei e a realidade e chegou o momento de quebrar este ciclo.

Em termos de controle internacional, apesar das Convenções, Tratados, terem sido firmados, não há formas eficazes do controle da constitucionalidade, até porque a jurisdição internacional não pode se sobrepor à nossa jurisdição. Mesmo os pactos não garantiram um sistema eficaz de proteção.

Para a concretização dos direitos, faz-se necessário que as fontes de direito, entre eles, lei, doutrina, jurisprudência estejam em sintonia com a realidade social.

O Estado é ainda o grande violador dos direitos sociais.

As políticas sociais e econômicas deverão atender aos interesses e garantir a eficácia das normas constitucionais. Estas normas deveriam definir os fins organizacionais, econômicos e sociais do Estado.

Mas sabe-se que os países em desenvolvimento são os que mais efetivamente violam os direitos sociais. E violar a Constituição é correr o risco de desacreditá-la, afetando sua unidade e juridicidade, transformando-a em letra morta.

Há de se entender que os poderes estão inter-ligados, respeitar a tripartição dos poderes faz-se necessário. Mas não se pode esquecer que um poder fiscaliza o outro.

Diante da omissão do legislador, caberá ao judiciário a garantia do direito violado.

Partimos da concepção intermediária que o judiciário deve dar um tempo para a execução da norma e caso ela não se concretize, ele mesmo viabilize o direito em concreto.

Não partilhamos da idéia que os órgãos públicos exercem total discricionariedade na execução dos direitos sociais.

Esta atividade há de ser controlada pela sociedade, através dos meios que lhe são conferidos, entre eles, a ação popular, mandado de segurança, mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Ao Judiciário, caberá assegurar a eficácia das garantias e dos remédios constitucionais.

Consideramos os direitos sociais enquanto direitos de 2ª geração, entendendo que são considerados normas programáticas, que possuem um caráter obrigatório, efetivo, vinculante, de direito subjetivo em exigir as prestações Estatais.

As normas programáticas desempenham relevante papel no discurso político-constitucional.

A dificuldade da sua eficácia ao longo da história se deu em grande parte, em virtude do entendimento doutrinário clássico e que ainda guarda resquícios nos nossos Tribunais, que visualizam-na como “programas”, princípios, que não vinculariam e não tinham a eficácia de exigibilidade.

A tese da doutrina clássica é majoritária na jurisprudência pátria, que nega-lhe qualquer eficácia.

O nosso entendimento coaduna com a de grandes doutrinadores que firmaram o entendimento doutrinário moderno de que as normas programáticas possuem eficácia jurídica e deverão ser asseguradas pelo ordenamento jurídico, e pelo princípio constitucional tem aplicabilidade imediata.

Entendendo que as normas programáticas outorgam aos administrados verdadeiros direitos públicos subjetivos.

Poderíamos falar ainda, da grande utilidade que existe em outras garantias e remédios constitucionais como a ação Popular, o Mandado de Segurança e a Ação Civil Pública que poderão também serem utilizados para acessar o Judiciário na garantia dos direitos.

Sabe-se que o mandado de segurança tem sido bastante utilizado, assim como a ação civil pública para a garantia dos direitos fundamentais, mas estes direitos devem ser líquidos e certos..

Infelizmente, o Supremo ainda tem se posicionado de forma não concretista à norma, embora já exista uma evolução, que é observado pelos julgamentos e pelo posicionamento de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A lei há de ser eficaz, deve garantir-se a aplicabilidade do direito. O Estado portanto, deverá assumir o seu papel, através de seus órgãos para a concretude dos direitos, e o executivo, através das prestações de serviços sociais eficazes.

Na medida em que as pessoas, no exercício de sua cidadania, exigem a atuação do Judiciário em prestar-lhes a tutela jurisdicional, estará fortalecendo a própria Constituição.

Os avanços importantes da Carta Magna de 1988 permanecem tolhidos e sem efetividade.

Os direitos sociais, embutidos no art. 6º da Constituição Federal e entendidos como normas programáticas, não são efetivados. As normas ficam dependentes de outras regulamentadoras.

Para garantia do Estado Democrático de Direito, situa-se o mandado de injunção, e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pois a falta de regulamentação da própria legislação, não poderá permitir a ineficácia dos direitos fundamentais.

Observa-se que o obstáculo à implementação dos direitos fundamentais são as limitação de ordem econômica e social, além da ampla tendência da tradição jurídica em negar um valor obrigatório e vinculante, fato este com grande teor político.

Cabe ao Poder Judiciário assumir sua responsabilidade na legitimação das aspirações sociais, garantindo a cidadania e justiça.

O processo de transformação e construção exige a participação dos Poderes Públicos.

Para isto, requer-se uma mudança de postura de toda a sociedade.

A população está desacreditada no seu poder, não se reconhecendo como cidadã neste mundo, na sua maioria, não acessa o Judiciário para a garantia dos seus direitos sociais, até porque ou desconhece o seu direito ou nem ela mesmo acredita na lei.

Não podemos mais ficarmos inertes, diante da flagrante violação da norma, sob pena de sermos também responsáveis por esta violação.

Os operadores do direito, também pela sua herança tradicional, não acessam o Judiciário como deveriam, porque ainda persiste na idéia de muitos, o caráter “programático” da norma, impossibilitada de ser exigida no judiciário.

O Poder Executivo, por sua vez, alegando o seu poder discricionário e falta de condições materiais não implanta eficazmente políticas sociais eficazes, como forma de responder as demandas básicas que se apresentam .

O Judiciário, alegando o respeito à tripartição dos poderes, fica aguardando o Poder Legislativo.

O poder Legislativo, por sua vez, acaba por assumir a postura mais cômoda, porque afinal de contas, a nossa Constituição é uma das mais admiradas do Mundo.

O constituinte ao instituir o direito, imagina idealisticamente estar cumprindo o seu papel, postura esta ideológica e sem preocupações concretas na sua exeqüibilidade. Coloca no ordenamento leis ideais, no entanto não se preocupa em garanti-las efetivamente, elaborando as normas ulteriores para torná-las eficazes.

Ora, diante disto, ao nosso entender, resta ao Judiciário, respeitando o sistema de freios e contrapesos, controlar esta inércia do Legislativo, fazendo valer o direito em concreto.

A nossa preocupação é a questão da viabilização e concretude da norma.

Se o legislativo foi ingênuo exageradamente ao apregoar normas inaplicáveis, ou a preceituar normas ideais, não cabe neste momento o questionamento, a não ser ao próprio constituinte garantir a sua adequação, buscando-se os recursos para efetivá-los. O que não se pode admitir é que permaneçam como letra morta.

Ora, um Estado que viola a sua própria Constituição, com “letras mortas”, corre o risco de desacreditarem nela, afetando sua unidade e juridicidade.

Percebe-se que alternativas existem. O Estado, poderá utilizar-se de seu poder de intervenção, transferindo recursos, através das contribuições sociais por exemplo para a diminuição das desigualdades sociais.

Resta ao Estado, vontade política para buscar a aplicabilidade dos direitos sociais, garantindo com isto a justiça e a paz social.

Há de se reconhecer que na nossa sociedade, diante de tanta desigualdade social, se “a igualdade oprime, a lei liberta.”

Passamos por uma análise das garantias e dos remédios constitucionais, entendendo que as normas programáticas não têm eficácia plena, não são auto-executáveis, mas normas que necessitam de normas regulamentadoras ulteriores.

Para que ocorram as mudanças esperadas, requer-se um posicionamento e mudança de postura de toda a sociedade.

Diante disto, resta ao Judiciário a grande tarefa, fazer valer o direito, para que o legislativo elabore a norma ou faça valer o direito em concreto.

Ora, concluímos que os meios jurídicos existem, resta agora vontade política e mudança de todos e principalmente do Judiciário, com a participação ativa da população na busca dos seus direitos.

Não podemos mais ficarmos inertes, diante da flagrante violação da norma, mas sendo parte da história e reconstruindo-a efetivamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Márcio Iorio. **Interpretação Constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ARÚJO, Luiz Alberto David.; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BACHA, Sérgio Reginaldo. **Mandado de Injunção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BARBOSA , Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**, II, São Paulo; Saraiva, 1933.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito constitucional**. 21.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

BICUDO, Hélio. **Direitos humanos e sua proteção**. São Paulo: FTD, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 5.ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Teoria Jurídico-Constitucional dos Direitos Fundamentais**. Revista Consulex, Ano IV, n.45, p. 36-45, set 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1998**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994-1997..

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DIMENSTEIN, Gilberto. **O cidadão de papel: A infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil**. São Paulo: Ática, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia**. São Paulo: Atlas, 1989.

DOBROWOLSKI, Silvio. **Harmonização, no âmbito do Mercosul, das garantias constitucionais e processuais dos direitos fundamentais e o acesso à Justiça**. RT-759, Ano 88, jan 1999.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista do Tribunais, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

INSTITUIÇÃO TOLEDO DE ENSINO. **Normatização de Apresentação de Monografias e Trabalhos de Conclusão de Curso da Toledo de Presidente Prudente**. Presidente Prudente: Toledo, 2001.

LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL – **LOAS / São Paulo**: Lei 8.742 de 07/12/1993. Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1997.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Pressupostos do Mandado de Injunção**. Revista Consulex, Ano IV, n. 43, p.13-16, jul 2000.

MATIELO, Fabrício. **Mandado de Segurança**. Porto Alegre: Síntese, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Revista dos Tribunais, 16.ed., 1991,

OLIVEIRA, Edmundo. **A luta contra o arbítrio numa visão global**. Revista Consulex, ano V, n. 100, p. 19-27, mar 2001.

MIRANDA, Thatiana Araújo. **Controle e Direito**. Revista Consulex, Ano V, n. 100, p. 64-65, mar 2001.

MUJALLI, Walter Brasil. **Direito Constitucional e a Constituição Federal**: Teoria, legislação e jurisprudência. Campinas: Agá Juris, 1999. Vol. II.

MONTEIRO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 25.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos fundamentais**: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. **Direito Constitucional**. 7.ed., São Paulo: Atlas, 2000.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas**. Max Limonad, 1999.

PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ROSA, Antonio José Miguel. **Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVA, José Afonso de. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15.ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial**: doutrina e jurisprudência. 2.ed., São Paulo.