
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional	Belo Horizonte	ano 6	n. 25	p. 1-256	jul./set. 2006
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alice Gonzáles Borges
Carlos Ari Sundfeld
Carlos Ayres Britto
Carlos Delpiazzo
Cármem Lúcia Antunes Rocha
Celso Antônio Bandeira de Mello
Clèmerson Merlin Clève
Clóvis Beznos
Enrique Silva Cimma
Eros Roberto Grau
Fabrício Motta
Guilherme Andrés Muñoz (*in memoriam*)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Jorge Luís Salomoni

José Carlos Abraão
José Eduardo Martins Cardoso
José Luís Said
José Mario Serrate Paz
Juan Pablo Cajaville Peruffo
Juarez Freitas
Julio Rodolfo Comadira
Luís Enrique Chase Plate
Lúcia Valle Figueiredo
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho
(*in memoriam*)
Marçal Justen Filho
Marcelo Figueiredo
Márcio Cammarosano
Mária Cristina Cesar de Oliveira

Nelson Figueiredo
Odilon Borges Junior
Pascual Caiella
Paulo Eduardo Garrido Modesto
Paulo Henrique Blasi
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)
Paulo Ricardo Schier
Pedro Paulo de Almeida Dutra
Regina Maria Macedo Nery Ferrari
Rogério Gesta Leal
Rolando Pantoja Bauzá
Sérgio Ferraz
Valmir Pontes Filho
Yara Stropa
Weida Zancaner

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba
ISSN: 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2006

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico e diagramação: Luís Alberto Pimenta
Revisora: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Bibliotecária: Alessandra Rodrigues da Silva
CRB 2778/MG 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo Território Nacional

Reflexões acerca da efetivação dos direitos sociais

Rafael Moreira Nogueira
Procurador Federal

Sumário: 1 Introdução - 2 Da força normativa da Constituição - 3 Dos direitos sociais. Classificação e interpenetração com os direitos individuais fundamentais clássicos - 4 Efetivação dos direitos sociais (intervencionismo estatal e crise do Estado Social) o problema da eficácia dos direitos sociais - 5 Uma breve análise sobre os dados sociais pós-Constituição de 1988 - 6 Um Estado em confronto com sua Constituição. Os riscos para a democracia - 7 Conclusão - Referências

Palavras-chave: Direitos sociais. Necessidades sociais. Direitos fundamentais. Eficácia. Intervenção do Estado.

1 Introdução

A era das declarações formais e solenes acerca dos direitos ditos fundamentais esgotou. As necessidades sociais existentes reclamam efetivas prestações afirmativas para a concretização dos direitos, com sua plena realização.

Essas palavras, pelo menos, vêm sendo ecoadas no mundo jurídico nacional com certa freqüência, lastreadas por estudos que defendem uma ampliação da interferência do Estado nas relações privadas para garantia dos direitos (principalmente os sociais) bem como uma maior eficiência da prestação jurisdicional com o aprimoramento das instituições processuais clássicas e igualmente uma nova estruturação processual capaz de atender as crescentes demandas sociais, coletivas e difusas.

Ao passo que a defesa de uma maior eficácia dos direitos venha ser uma meta da sociedade em geral, o que se pode observar é uma noção de certo desânimo acerca da real efetividade de determinadas normas, principalmente dos direitos sociais.

Sobre essa perspectiva muitos autores, sejam das ciências jurídicas, ou humanas em geral, incluindo a economia, vêm ressaltando a crise do Estado Social de Direito, ou mesmo a morte do referido regime político-jurídico.¹

¹ SARLET, 2001; MOTTA, 2005.

Segundo tal linha de pensamento a assunção pelo Estado de diversas obrigações de cunho prestacional no âmbito social incharam a máquina pública engessando a Administração e em consequência inviabilizaram a consecução dos fins prometidos, tornando o Estado Social em um grande “elefante branco”.

E essa crise em relação a própria existência do Estado Social tem como um dos reflexos a ausência de concretização no plano fático das normas garantidoras dos direitos sociais.

Acerca dessa dificuldade imposta à concretização, mesmo no âmbito dos tribunais, dos direitos sociais, leciona Enrique Ricardo Lewandowski:² *“Os direitos econômicos, sociais e culturais, de elaboração mais recente em termos históricos, de seu turno, nem sempre podem ser exigidos através dos tribunais, não só porque não estão tão claramente definidos como os de primeira geração, como também porque dependem de uma ação positiva do Estado para se concretizarem. A amplitude do direito à saúde, à educação, e à previdência, como observa Bobbio, além de variarem em função da orientação político-ideológica dos governantes, depende das condições econômicas de cada país em particular”*.

De fato seriam óbices para a concretização de tais direitos: i) a fluidez inerente ao conceito, amplitude e abrangência dos mesmos; ii) ausência de condições econômicas do Estado (reserva do possível).

Com efeito, definir com um critério objetivo o que seria o direito a saúde, por exemplo, ou que seria o direito ao um salário mínimo capaz de atender as necessidades básicas do cidadão e de sua família, podem variar de acordo com o momento histórico e com as posições ideológicas do poder político dominante.

Mas mesmo possuindo certa elasticidade conceitual (fato esse que não destoa dos chamados direitos de 1ª geração que apesar de possuírem mecanismos de defesas mais desenvolvidos também enfrentam problemas para sua conceituação — observe-se, por exemplo, a amplitude do significado do direito a igualdade), os traços mínimos para sua correta aplicação encontram-se delineados na própria Constituição.

Nessa linha de entendimento, observa-se que a Constituição traça os caminhos para a aplicação das normas sociais. E afirmar isso visa conferir a Constituição uma força normativa mais eficaz, tirando-a do permanente estado de letargia que muitos pretendem lhe conferir, dando-lhe uma

² LEWANDOWSKI, 2005, grifamos..

feição aberta, sendo a mesma encarada como um processo contínuo de aplicação dos valores indicados no texto.³

Mas é justamente essa eficácia que vem sendo mitigada em face da não consecução de políticas públicas voltadas aos fins constitucionais nitidamente expostos, mas que infelizmente são renegados por circunstâncias outras de conveniências políticas e ideológicas.

E é esse debate que pretende fomentar o presente estudo, ou seja, a confrontação entre a norma positivada (no caso a norma constitucional) e seu transpasse no mundo real; se a extração do sentido da norma, no caso específico, da norma que estatui um direito social, possui condicionamentos, e quais são esses condicionamentos, onde existe uma correta ou uma incorreta interpretação dessa norma, no que se refere a concretização da mesma, e quais os limites do interprete e aplicador do direito nesta tarefa de desvendar o sentido da norma constitucional definidora dos direitos sociais.

Além dessa abordagem teórica buscaremos fazer uma constatação fática da real aplicação e efetivação dos direitos sociais, e a partir de então identificar os problemas para a concretização dos direitos sociais.

2 Da força normativa da Constituição

O direito constitucional contemporâneo vem, através de seus estudiosos, abandonando a visão tradicional que pregava a ausência de força normativa do texto constitucional, passando para uma atuação mais concreta de seus preceitos, como bem noticia Luís Roberto Barroso:⁴ “Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição”.

Nessa linha é de se anotar as ponderações realizadas pelo jurista Paulo Schier⁵ ao comentar o momento de certa perplexidade que aflorou no seio do mundo jurídico nacional após a promulgação da Constituição de

³ GUERRA FILHO, 1997

⁴ BARROSO, 2006.

⁵ SCHIER, 2005.

1988, sendo, portanto necessário defender posicionamentos que visassem deferir ao texto maior seu verdadeiro papel de lei fundamental: “Foi necessário, portanto, num primeiro instante, bradar o discurso da força normativa da Constituição e deixa-la protegida contra certos ataques. Foi ainda preciso, num segundo momento, tentar criar instrumentos dogmáticos que permitissem tecnicamente uma adequada compreensão e realização da Constituição.

Neste quadro, então, desenvolveu-se a idéia de filtragem constitucional que tomava como eixo da defesa da força normativa da Constituição, a necessidade de uma dogmática constitucional principialista, a retomada da legitimidade e vinculatividade dos princípios, o desenvolvimento de novos mecanismos de concretização constitucional, o compromisso ético dos operadores do Direito com a Lei Fundamental e a dimensão ética e antropológica da própria Constituição, a constitucionalização do direito infraconstitucional, bem como o caráter emancipatório e transformador do Direito como um todo”.

Com efeito, a aceitação da existência de força normativa da Constituição fez com que ganhasse terreno a nova interpretação constitucional,⁶ a qual não abandona por completo os métodos tradicionais, mas adequa a interpretação do direito a uma nova realidade hermenêutica.

Problemas como os da eficácia dos direitos sociais passam diretamente por essa nova mudança de atitude em relação à interpretação constitucional. Destarte, observa-se que os críticos da Constituição de 1988, advogam que o texto maior ao positivar uma série de direitos fundamentais, entre eles os chamados sociais, criou sérios obstáculos a sua própria consecução uma vez que não previu os mecanismos para a sua efetiva prestação uma vez que os mesmos demandam custos elevados para os cofres públicos já deficientes.

De fato assevera Ney Arruda:⁷ “Outro vício que se pode imputar à Constituição de 1988 é o seu caráter nitidamente utópico. E o é, duplamente: porque pretende ser instrumento de transformação social e porque se divorcia totalmente da realidade.

Insatisfeitos com a realidade, os românticos da Assembléia Nacional Constituinte acreditaram ser possível rejeita-la, modificando-a por ato

⁶ BARROSO, 2006. É de se notar a referência de posições contrárias a adoção pelos Tribunais brasileiros da outrina “importada” da Corte Constitucional Alemã no que tange a ponderação de valores, crítica essa atribuída a uma excessiva posição do judiciário na criação do direito, nesse sentido conferir: MEYER, 2006.

⁷ PRADO, 2005, p. 150.

de vontade. Esqueceram que o problema da nossa organização política, econômica e social é muito mais complexo do que parece àqueles que pensam em poder resolvê-lo com simples reformas constitucionais; ignoraram o fato de que a norma facilita ou dificulta o progresso, mas não o gera materialmente. “A materialização do progresso pertence á ordem dos fatos, não à dos preceitos”. “Na verdade, uma Constituição não resolve problemas, apenas aponta diretrizes”.

Não se pode negar que o direito não pode se dissociar da realidade econômica, social e política de determinada nação, prevendo em suas normas fórmulas mágicas para a sua atuação e resolução de problemas históricos, mas, contudo, como inclusive indicado na crítica acima, a Constituição aponta as diretrizes.

Entretanto, essas diretrizes não são mais caracterizadas por sua total ausência de normatividade, como meras normas programáticas, mas sim com força normativa suficiente para produzir efeitos concretos.

Não se pode olvidar da necessidade dos meios para a consecução dos fins constitucionais, contudo também não há como negar que os valores e comandos da Carta Magna devem ser objetivados na construção do direito, seja na elaboração de normas infraconstitucionais, bem como na aplicação pelos operadores de forma concreta.

E isso é inerente ao Direito, ou seja, o direito como os outros sistemas sociais, apesar de fechado operacionalmente, no que se refere a sua observação do ambiente e sua estruturação própria com a utilização do código binário direito/não direito, realiza seu acoplamento estrutural com os outros sistemas sociais através da sensibilização desses sistemas em virtudes de irritações decorrentes dos relacionamentos estabelecidos através da comunicação entre os mesmos.⁸

Portanto, superada está a fase de que o texto constitucional, mais precisamente os referentes a comandos principiológicos, possuem uma existência meramente formal. Nessa linha é que tanto a doutrina majoritária como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem assentando seu entendimento.

De fato no julgamento do Recurso Extraordinário nº 436996/SP noticiado nas transcrições do Informativo do STF de número 407,⁹ ficou

⁸ Trata-se da Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann, cf. GUERRA FILHO, 1997; MATHIS, Armin. *O conceito de sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Disponível em: <<http://www.clacso.edu.ar/~libros/anpocs/mathis.rtf>>. Acesso em: 13 nov. 2002.

consignado em acórdão relatado pelo eminente Celso de Mello o seguinte: “Título Educação Infantil - Atendimento em Creche - Dever Constitucional do Poder Público (Transcrições) Artigo Educação Infantil - Atendimento em Creche - Dever Constitucional do Poder Público (Transcrições) RE 436996/SP* (...) - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, *impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.* - A educação infantil, por qualificar-se como *direito fundamental* de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios — que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, §2º) — não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-Administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, *a eficácia desse direito básico de índole social.* - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas *revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter*

⁹ Informativo STF 407. Disponível em: <www.stf.gov.br>.

mandatário, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Grifamos.

A análise dessa decisão ainda será apreciada no decorrer do presente estudo, mas é necessário ponderar nesse capítulo algumas preciosas observações. Com efeito, observa-se que a Constituição ao declarar direitos sociais impõe “a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta” o gozo de tais direitos pelos seus beneficiários “sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal”.

Esta afirmação do guardião da Constituição reflete uma interpretação que defere ao texto constitucional uma carga normativa capaz de gerar efeitos concretos nem que para isso haja interferência na elaboração das políticas públicas do ente governamental (não obstante ressalvado o caráter excepcional da medida).

Essa visão acerca da força do texto constitucional poderia levar a uma dúvida acerca da legitimidade do judiciário na interferência direta de políticas públicas de um governo democraticamente eleito. Seria essa uma interferência constitucional legítima? Estaríamos diante de um ‘governo do judiciário’? Ou simplesmente estaríamos diante de um governo da Constituição?¹⁰

De fato, a Constituição não pode ser mais entendida como apenas um texto político do Estado, tal qual sua ‘certidão de nascimento’, ela não apenas visa constituir os poderes estatais e elaborar de forma programática desejos “utópicos” da assembléia constituinte que a aprovou, o texto constitucional deve ser entendido como a vontade política de um povo visando perseguir seus objetivos, lastreados em seus fundamentos, efetivando e aplicando concretamente suas normas e princípios.

¹⁰ Cf. entrevista realizada com o Ministro do STF Carlos Ayres Britto, extraída no “site” <www.conjur.com.br>, do qual destaco o seguinte trecho: “Penso que o Supremo deva encarnar, crescentemente, o próprio espírito concretista da Constituição. Tudo fazer para dotá-la do máximo de aplicabilidade por si mesma, **o que já implica trazer ao debate a delicada questão da vinculabilidade das políticas públicas a metas, programas e projetos que já estão nela própria, Constituição. Para mim, a Constituição tem mesmo caráter dirigente, na acepção de que governa quem governa.** Quero dizer: governa de modo permanente quem governa de modo transitório. Também aqui é de se reapreciar os contornos e a funcionalidade do mandado de injunção, na perspectiva de encará-lo como um instrumento à disposição do jurisdicionado para garantir o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O Judiciário então seria deslocado para exercer uma função precípua, quase que criativa do direito, mormente por ser esse Poder aquele que opera apenas com elementos do próprio sistema jurídico,¹¹ assegurando, portanto, os postulados básicos do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido a interpretação constitucional se vale mais do método tópico, por seu caráter de interpretação aberta do que dos tradicionais métodos subsuntivos,¹² como bem leciona Paulo Bonavides:¹³ “A Constituição representa pois o campo ideal de intervenção ou aplicação do método tópico em virtude de constituir na sociedade dinâmica uma “estrutura aberta” e tomar, pelos seus valores pluralistas, um certo teor de indeterminação. Dificilmente uma Constituição preenche aquela função de ordem e unidade, que faz possível o sistema se revelar compatível com o dedutivismo lógico”.

É essa estrutura aberta de normas e princípios que possuem força normativa e devem embasar o interprete da Constituição, e é com essa configuração que o texto constitucional permite que o seu interprete e aplicador do direito interfira, quando for o caso, na elaboração de condutas positivas do Estado quando este negligencia obrigações constitucionalmente impostas.

Não se trataria de um “governo” do judiciário (no caso da necessidade de interferência em virtude de omissões do Estado), mas simplesmente na realização concreta dos preceitos constitucionais que não podem ser deixados de lados.

Contudo deve-se ter limites que o próprio texto constitucional impõe, haja vista que o texto maior deve ser igualmente interpretado visando sua unidade com a observação de outros princípios e notadamente no caso, o da separação dos poderes (E o Judiciário mais uma vez aparece como o Poder para regulação dessa harmonia). E ademais, não se pode fugir da realidade e acharmos que estamos em uma nação capaz de, de imediato, atender as enormes e históricas deficiências sócio-econômicas existentes, mediante uma aplicação cega e objetiva dos preceitos constitucionais, sem ter em mente a realidade social no momento da interpretação do texto maior.

De fato o caráter aberto das normas constitucionais, notadamente os

¹¹ GUERRA FILHO, 1997, nesse caso, o sistema a que se refere ao Autor reporta-se a Teoria Sistêmica do Direito de LUHMANN.

¹² BARROSO, 2005, p. 326.

¹³ BONAVIDES, 2005, p. 8.

referentes aos princípios e aos direitos fundamentais em geral necessitam de um esforço hermenêutico que pondere valores¹⁴ constitucionais eventualmente em choque. E mais, a interpretação de uma norma aberta, ou seja, que não se prende em métodos subsuntivos, nem a regras sistemáticas de aplicação vinculativa ao um dado fato concreto, deferem (ou impõem) ao interprete uma necessária liberdade “criativa”, claro que condicionada.

A norma constitucional não se resume ao preceito gramatical positivado no texto escrito, a norma constitucional, principalmente a principiológica e a relativa aos direitos fundamentais, é impregnada de valores, e vinculada à preeminência da dignidade humana, como referência do direito, ou seja, uma ordem constitucional que prioriza o homem em sua plenitude e aspecto individual, e em seu aspecto social (Estado Democrático de Direito).

E esse dualismo Homem individual vs. Homem social é que gera aparentes conflitos de ordem constitucional, que são dissolvidos (pelo menos na dogmática jurídica) com as técnicas interpretativas próprias do texto constitucional.

Destarte a norma constitucional não é apenas aquilo que está escrito, letras dispostas em um texto consolidado, norma constitucional de caráter principiológico e relativas a direitos fundamentais devem ser entendidas como o conjunto de valores fundamentais que nossa sociedade escolheu para uma convivência pacífica e segura (em termos de segurança jurídica) visando o bem estar do homem individual e do homem social.

E esses valores devem ser perseguidos pelo aplicador do direito, quando na sua interpretação analisando uma série de fatores de ordem social, política, econômica e moral, porque a visão purista do ordenamento não possui mais espaço. Ou seja, o direito não se dissocia da realidade social, política, econômica e moral de um Estado. De tal forma, também, o Estado, na consecução de suas políticas públicas deve ter em mente o que lhe determina sua Constituição sob pena de lhe falar legitimidade jurídica, o que caracteriza um duplo condicionamento.

3 Dos direitos sociais. Classificação e interpenetração com os direitos individuais fundamentais clássicos

Direitos sociais, nas palavras de José Afonso da Silva,¹⁵ podem ser conceituados “como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são

¹⁴ Cf. BARROSO, Luis Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade*.

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

De fato tais direitos, diferentemente dos chamados de primeira geração que reclamam uma não interferência do Estado como a preservação da liberdade individual, exigem a prestação positiva dos conteúdos normativos que os enunciam e:¹⁶ “(...) É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo ‘welfare state’, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos — como o direito ao trabalho, à saúde, à educação — têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva ‘ex parte populi’, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo (...).”¹⁷

A princípio observa-se esse primeiro grande corte entre as chamadas duas gerações de direitos fundamentais: os de primeira geração (liberais individuais clássicos) reclamam a não interferência do Estado, seriam direitos de defesa, e os de segunda geração (os decorrentes do estado social) seriam direitos a prestações visando à materialização dos direitos

¹⁵ SILVA, 2001, p. 289-290.

¹⁶ Sobre a classificação de direitos fundamentais cf. SARLET, 2001: “Afastando-se de formulação anterior sobre este tema, entendemos que uma classificação dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada e que, por sua vez, tenha como ponto de partida a perspectiva multifuncional, poderia partir — na esteira de Alexy e Canotilho — da distinção entre os dois grandes grupos: os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos à prestações (de natureza fática e jurídica)”.

¹⁷ LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. São Paulo: Companhia de Letras, 1988. p. 127, 130-131, citado no RE nº 436996/SP noticiado nas transcrições do Informativo do STF de número 407. Disponível em: <www.stf.gov.br>.

de primeira geração.

Contudo, apesar de apontar uma diferença clara entre essas duas “dimensões”, a natureza exclusivamente prestacional dos direitos sociais não é plenamente aceita, como bem frisa Ingo Sarlet:¹⁸ “...podemos afirmar, em síntese, que a denominação de direitos sociais, à luz de nossa Constituição, não se prende — pelo menos exclusivamente — ao fato de que se cuida de posições jurídicas a prestações materiais do Estado, mesmo que no cumprimento de sua função como estado social, ou mesmo ao fato de trata de direitos conferidos a uma determinada categoria social (como ocorre com os direitos dos trabalhadores)”.

Destarte, tem-se que as referidas gerações (ou dimensões) de direitos fundamentais possuem uma necessária interpenetração e complementaridade. De fato essa evolução decorre da necessidade de materializar as garantias individuais clássicas, tirando-as do seu aspecto eminentemente formal.

E na evolução dos direitos humanos como um sistema aberto de normas que visam equilibrar e dotar de dignidade a existência terrena do seres humanos, outros direitos surgirão como ‘complementares’ dos já existentes, sob pena de se inviabilizar a existência de sociedades livres e capazes de deferir aos seus cidadãos condições mínimas de coexistência.¹⁹

Não vige o princípio da isonomia, da liberdade individual, da propriedade privada em uma nação de desiguais se não há um sistema que vise superar essa desigualdade. Não há como co-existir em harmonia em uma sociedade com divisões sociais tão sérias e profundas originadas por circunstâncias históricas, se não se prevê um conjunto articulado de ações capazes de enfrentar o problema.

Dessa forma foi que a Constituição de 1988 previu esse sistema de perseguição de igualdade material, inclusive elencando como um dos objetivos do Republica Federativa do Brasil²⁰ “erradicar pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

E previu esse sistema não como um mero programa (não obstante possuir também caráter programático), mas sim dotando as normas que postulam as garantias sociais de carga normativa capaz de gerar efeitos

¹⁸ SARLET, 2001, p. 20. Ressalta o referido autor como direitos sociais de defesa os relativos às liberdades associativas e o direito à greve.

¹⁹ Veja-se o Direito Ambiental e o Direito ao Patrimônio Genético do Indivíduo.

concretos, conforme se observa na posição emanada pelo Egrégio STF:²¹ *“A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo — definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família — configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração digna (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, porque incompleto, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica. A omissão do Estado — que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional — qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também compromete a eficácia da declaração constitucional de direitos e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. As situações configuradoras de omissão inconstitucional, ainda que se cuide de omissão parcial, refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado — além de gerar a erosão da própria consciência constitucional — qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança ilegítima da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário. Precedentes: RTJ 162/877-879, Rel. Min. Celso de Mello – RTJ 185/794-796, Rel. Min. Celso de Mello.” (ADI 1.442, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29/04/05). No mesmo sentido: ADI 1.458-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20/09/96”*. Grifo nosso.

Consoante tal entendimento o Estado assumiu o programa social estabelecido pela ordem jurídica constitucional, e essa assunção gera o dever de não omissão, sob pena de se configurar um “estado de inconstitucionalidade”, podendo, inclusive, tal conduta de omissão ser repreendida pelo judiciário. Essa omissão “além de gerar a erosão da própria consciência constitucional — qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança ilegítima da Constituição”.²²

Observa-se que essa linha de entendimento vai ao encontro daqueles que entendem que o texto constitucional, mormente no que se refere aos direitos fundamentais, e no caso específico dos direitos sociais, possuem eficácia normativa plena ressalvada as limitações e condicionamentos

²⁰ Art.3º, III da CF/88.

²¹ A Constituição e o Supremo, comentários ao art. 7º IV, disponível em <www.stf.gov.br>. Cf, MENDES, 2002.

próprios do texto constitucional - inclusive por força do que preceitua o art. 5º, §1º da CF/88.

Ocorre, entretanto, que conforme ressaltado no capítulo anterior, o direito não pode fugir da realidade, e a função de transformação social em certa parte estabelecida pela Constituição Federal não depende apenas dos belos enunciados normativos que a mesma preceituou.

A dinâmica jurídica para fazer legítima sua atuação deve confrontar-se com a realidade, não em um sentido de acomodação permanente, mas tentando viabilizar as ações mediante uma visão aberta do texto constitucional que proporcione um equilíbrio entre as tensões constitucionais.

Essa sem dúvida será a grande missão do direito constitucional moderno: conseguir estabelecer critérios interpretativos que proporcionem a convivência harmônica entre os diversos direitos hoje catalogados como fundamentais, sob pena de não se verem atendidos nem um deles, ou de haver uma forte mitigação de alguns perante outros dados como mais “importantes”, ou uma verdadeira ‘confusão’ conceitual acerca da “fundamentabilidade” dos direitos tidos como fundamentais. É o que alguns convenciam falar em crise do Estado de direito fundamentais.²³

Por essa necessidade de acomodação entre a realidade de um Estado em confronto com o que dispõe os textos dos direitos sociais, é que alguns autores imputam aos referidos direitos uma espécie de concretização condicionada, conforme assevera Marcelene Carvalho da Silva Ramos:²⁴ “Assim, somente em alguns casos é que os direitos sociais conferem aos cidadãos um direito imediato a uma prestação efetiva, sendo necessário que tal decorra expressamente do texto constitucional. É o que sucede designadamente no caso do direito à saúde, que deve ser realizado, por meio de um serviço nacional de saúde, de acesso universal, e gratuito, nos

²² Cf nota n. 10.

²³ OTERO, 2005, p. 183, note-se que o referido autor, ao comentar sobre a crise dos direitos fundamentais reporta-se basicamente a característica, por ele entendida como indevida, de alargamento da noção de direitos fundamentais, *in verbis*: “Ora, um alargamento do conceito de “direito fundamental”, fazendo englobar nessa categoria realidades tão diferentes entre si, acaba por comportar uma verdadeira delibitação ou adulteração da “fundamentabilidade” do próprio conceito de direito fundamental: desde o direito á inviolabilidade da vida humana, tido como direito fundamental, até o dreito de acesso à comunicação social dos partidos políticos e outras organizações, também qualificado como direito fundamental, tudo se encontra compreendido na mesma categoria, não obstante as visíveis diferenças de natureza e de “fundamentabilidade”. Há aqui, por conseguinte, uma evidente “crise de conceitos”, a qual, urge sublinhar, será também uma “crise de verdade.” Dessa forma, Sarlet (2001), ressalta que além dessa “crise de identidade”, no que se refere ao direito interno há uma evidente crise de eficácia e efetividade: “Por fim, oportuno registrar que cada vez mais se torna perceptível que a crise dos direitos fundamentais não se restringe a uma crise de eficácia e efetividade, mas se revela também como crise na esfera do próprio reconhecimento e da identidade dos direitos fundamentais, ainda que esta se encontre diretamente vinculada à crise da efetividade.”

termos preconizados constitucionalmente.”.

Aqui nos defrontamos com o que já havia sido citado na introdução, nas palavras de Enrique Ricardo Lewandowski de que: “A amplitude do direito à saúde, à educação, e à previdência, como observa Bobbio, além de variarem em função da orientação político-ideológica dos governantes, depende das condições econômicas de cada país em particular”.

Ou seja, ao depender de uma prestação positiva do Estado, esses direitos condicionam-se a existência de estruturas mínimas capazes de realizar o cumprimento dos preceitos fundamentais.

Nessa linha de interpretação (que se afigura a mais factível, pelo menos no momento histórico ora vivenciado) estabelece-se uma condicionante da qual a constituição não previu de forma expressa (ou seja, no texto positivado, pois poderia ter previsto que, por exemplo, todos têm direito à saúde nas medidas e possibilidades do Estado...), e de certa forma retira do enunciado uma força normativa de maior potencial, além de definir os direitos sociais unicamente como “direitos a prestações”.

No caso específico do direito à saúde, por exemplo: Um primeiro aspecto desse chamado direito social está na sua total relação de intimidade com o direito a vida (direito fundamental clássico) e a dignidade humana (consecutórios óbvios do gozo de todos os demais direitos). O direito à vida muito das vezes (senão a maioria) está a depender da efetiva existência de um sistema de saúde dotado de capacidade para mitigar e eliminar causas externas e internas capazes de abreviar a vida humana, ou seja, em alguns casos só vai existir vida humana se houver condições próprias de mantê-la em situações de emergência. E no que se refere à dignidade humana, a existência efetiva de um sistema de saúde é condição básica de existência de vida com dignidade.

E é nesse caráter de interpenetração dos direitos que se observa a problemática de sua aplicação e a diferença entre a concretização dos direitos individuais clássicos e a dos direitos ditos sociais. O que se quer dizer de forma clara é que, no caso específico, é mais fácil a realização do comando geral de proteção à vida que proíba uma ação efetiva ou omissão direta (seja do Estado ou de particular) que venha ocasionar a morte (por exemplo, a proibição da eutanásia) do que a realização do comando normativo que diga que todos devem ter acesso a um sistema de saúde capaz de em casos de emergências e de possível solução por meio de intervenção

²⁴ RAMOS, 2005.

médica, salvaguardar a vida humana.

Ora, passados mais de 15 anos da promulgação da Constituição é fato público notório de que o sistema público de saúde brasileiro é incapaz de oferecer, a todos, condições mínimas de tratamento e prevenção para a preservação da vida humana.

É dessa omissão indireta (ou direta?) que não ocorre apenas no campo da saúde, que ainda não se encontra na doutrina jurídica, e social de forma ampla, uma solução adequada e que vise confrontar as necessidades sociais e as possibilidades do Estado (se é nessa equação que se deve encontrar a solução). Essa problemática da eficácia dos direitos sociais será analisada no capítulo a seguir.

4 Efetivação dos direitos sociais (intervencionismo estatal e crise do Estado Social) o problema da eficácia dos direitos sociais

Preocupado com o que chama de crise do Estado de Direitos Fundamentais, mormente no que considera “Hipertofria do Estado de bem estar”, o jurista português Paulo Otero,²⁵ pondera que: “O ‘Estado de direitos fundamentais’ torna-se, por consequência de um imperativo constitucional decorrente do respeito pela dignidade humana, um Estado social ou, segundo outra óptica, um Estado de bem-estar. A concretização da cláusula constitucional de bem-estar ou de Estado social gerou, no entanto, três principais efeitos: (i) Em primeiro lugar, determinou um considerável intervencionismo público sobre a esfera da sociedade civil: se os direitos fundamentais típicos do Estado liberal eram tantos mais garantidos quanto menor fosse a intervenção dos poderes públicos, a efetivação dos direitos fundamentais característicos do Estado social é tanto maior quanto mais elevada for a intervenção pública no sentido de sua implementação; (ii) Em um segundo lugar, observou-se um alargamento das tarefas matérias confiada à Administração Pública, fenômeno este imediatamente acompanhado por um crescimento orgânico dessa mesma Administração: a valorização do papel da Administração Pública na concretização dos imperativos de bem-estar e, neste sentido da própria Constituição, permite que se fale na existência de um verdadeiro ‘Estado-administrativo’; (iii) Em terceiro lugar, perante as exigências de uma satisfação contínua, eficiente e tecnicamente complexa das necessidades

²⁵ OTERO, 2005, p. 183.

colectivas de um modelo de bem estar, a crescente intervenção reguladora e prestacional da Administração Pública originou uma progressiva desvalorização do papel decisório do parlamento, isto diante de protagonismo reforçado do executivo: o poder executivo é hoje, um pouco por toda a parte, o guardião do Estado de bem-estar.”

Em resumo das idéias lançadas pelo ilustre jurista lusitano, poderíamos dizer que o Estado de bem estar exige uma forte intervenção estatal, principalmente nas condições em que se encontra nosso país, permitindo um possível desequilíbrio na harmonia dos poderes com uma nítida ampliação das atividades do Executivo (no caso de Portugal).

E essa intervenção estatal demanda custos vultosos, caso sejam almejados pagar o que se convencionou chamar “dívida social” existente na nação brasileira em especial.

A doutrina de mercado rechaça essa intervenção asseverando que somente com as acomodações naturais de ordem econômica é que será possível a superação das desigualdades sociais.

A título de ilustração, e sem querer fugir do escopo desse trabalho, é importante trazer a baila os argumentos de pesquisadores da FGV em trabalho recentemente produzido analisando as pesquisas do PNAD do IBGE, na qual são afirmados que o mercado de trabalho em suas acomodações naturais de ordem econômica foi mais eficiente na redução da pobreza do que programas governamentais que visem de forma direta combater a desigualdade.²⁶

Ou seja, ao tempo em que o Estado social demanda uma série de intervenções estatais, com o necessário incremento das atividades públicas a serem desempenhadas pela Administração, existe a corrente, com forte força política e social, que declara a impossibilidade de realização desse tipo de sistema político.

Isso se dá pela constatação fática de que nos níveis atuais de endividamento e comprometimento da máquina pública com uma série de gastos sociais (previdência social e seus históricos “déficits”, programas de transferência de rendas) e além desses, os gastos com custeio da própria administração pública já existente e que comprovadamente não são eficientes no atendimento da demanda social atual; realizar mais ações efetivas (que demandam custos) para a implementação de todos os direitos

²⁶ TRABALHO bate Bolsa-Família na redução da desigualdade. *Folha On line*, São Paulo, 05 mar. 2006. Disponível em: <www.folha.com.br>.

fundamentais sociais, com os atuais níveis de carga tributária, é simplesmente impossível, pelo menos no curto prazo.

Seria um aspecto da crise do Estado social citado na introdução, e que nos últimos tempos, em virtude da doutrina neoliberal e o avanço da globalização vem sendo pregada como fatal. Ou seja, o Estado social já está com sua morte decretada.

O outro aspecto ilustrado pelo jurista Paulo Otero, seria o fato de que com o alargamento da noção de fundamentabilidade dos direitos, incluindo aí os relativos aos direitos sociais, os direitos civis clássicos estariam se deteriorando, cedendo seu espaço de importância e até mesmo sendo mitigados em função da necessidade de efetivação dos direitos sociais.

Aqui vamos nos confrontar com o problema da eficácia dos direitos sociais e o dualismo da proteção constitucional do homem individual e do homem social.

A eficácia de uma norma é a qualidade desta em possibilitar a produção concreta de efeitos, podendo essa eficácia ser dividida em eficácia social e eficácia técnica,²⁷ tendo ainda a eficácia técnica uma sub-classificação de funções de acordo com a concretização normativa.²⁸

De fato na dogmática jurídica uma norma é eficaz quando ela é apta a produzir efeitos concretos. Ou seja, a mera aptidão de produzir o efeito almejado pela norma lhe dá a natureza de norma eficaz.

A problemática existente no caso das normas garantidoras dos direitos fundamentais se reveste de uma maior gravidade pelo fato de a natureza aberta dessa norma não definir critérios claros (pelo menos na visão tradicional da dogmática jurídica) que possibilitem de plano uma classificação objetiva e de aplicação concreta da norma.

Ou seja, a visão de que a lei é clara e sua aplicação está nitidamente delineada pela própria norma ou por normas relativas à aplicação de normas não encontra sustentação no atual estágio da hermenêutica jurídica, não por um capricho da doutrina, mas pela necessidade de adaptação a uma nova realidade jurídica, mormente do direito constitucional. Com efeito, a percepção de que o modelo convencional de normas jurídicas “*percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas aplicáveis mediante subsunção*”, conferindo ao judiciário “*um papel de identificar no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser*

²⁷ GAGLIANO; PAMPLONA, 2005.

²⁸ Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*.

resolvido” não atende as normas de conteúdo aberto, gerou uma nova concepção acerca da interpretação e aplicação das normas constitucionais.

E ainda seguindo as linhas de ensinamento de Luis Roberto Barroso, e no que achamos que toca mais o objeto do presente estudo, observa-se o reconhecimento da normatividade dos princípios, e a partir dessa constatação identifica-se a instrumentalidade da nova interpretação envolvendo o debate das tensões constitucionais analisadas no caso concreto fazendo surgir uma noção construtivista do direito, que já não é novidade em outros sistemas judiciais, principalmente o norte americano.

Ao passo que observamos nessa nova construção doutrinária saída para as novas contingências da doutrina constitucional, vê-se igualmente, ainda, sua insuficiência para o enfrentamento da questão da eficácia material dos direitos sociais.

E nessa perplexidade fica acessa a crítica acima mencionada por Ney Prado de que o progresso (e a concretização da justiça social) pertence a ordem dos fatos e não a ordem jurídica constitucional, como se essas duas realidades fossem estanques sem contato (acoplamento estrutural) cabendo a ordem jurídica apenas a regulação abstrata de condutas passíveis de aplicação objetiva.

5 Uma breve análise sobre os dados sociais pós-Constituição de 1988

Tentando trazer um debate mais consistente ao presente estudo, passaremos a indicar alguns dados recentes colhidos junto ao IBGE que refletem as condições sociais da população brasileira:

Mais de ¼ da população rural se diz analfabeta

O Brasil ainda tinha, em 2004, uma proporção de 11,4% da população de 15 anos ou mais de idade que declarava não saber ler ou escrever um bilhete simples, uma taxa de analfabetismo similar à de países como Jordânia (10,1%), Peru (12,3%) e Bolívia (13,5%) e acima das de países em desenvolvimento como o México (9,7%), China (9,1%), Chile (4,3%), Argentina (2,8%) e Cuba (0,2%). A situação era pior ainda nas áreas rurais, onde 25,8% da população se declararam analfabetos, enquanto a proporção nas áreas urbanas era de 8,7%.

As mais elevadas taxas de analfabetismo foram encontradas no Nordeste, variando de 19,4% em Sergipe a 29,5% em Alagoas. Distrito Federal (4,2%), Santa Catarina (4,8%) e Rio de Janeiro (4,8%) foram os únicos estados com taxas inferiores a 5%.

Em relação aos analfabetos funcionais⁵, o quadro era mais preocupante: quase ¼ da população brasileira encontrava-se nessa condição. Nas regiões Norte e Nordeste, os percentuais alcançavam 29,1% e 37,6% respectivamente. Entre

os estados, chamavam atenção as elevadas proporções de analfabetos funcionais em Alagoas (45,5%) e Piauí (42,4%).

Apenas 13% das crianças estão em creches, e só 44% dos adolescentes no ensino médio

A taxa bruta de frequência escolar para o grupo etário de 7 a 14 anos já há alguns anos mostra uma tendência de universalização, com 97% das crianças frequentando a escola. Isso se deve em grande parte à obrigatoriedade legal da oferta do ensino fundamental na rede pública municipal.

Em contrapartida, nos níveis de ensino onde não há tal obrigatoriedade, existem diferenças significativas de acesso.

Por exemplo, do total de crianças de 0 a 3 anos no país, pouco mais de 13% frequentavam creches. A frequência escolar se mostrou mais significativa para a faixa de 4 a 6 anos de idade (70,5%), principalmente no Nordeste (75,7%), mas refletindo em grande medida a entrada precoce desse grupo na 1ª série do ensino fundamental, seja pela ausência de estabelecimentos pré-escolares, seja pela busca por parte dos municípios de maior participação no Fundef. A taxa de frequência escolar para os adolescentes entre 15 e 17 anos foi de 82% em 2004.

Uma outra questão importante a se considerar para a faixa de 15 a 17 anos é a defasagem escolar. Apenas 44% dos adolescentes desse grupo etário frequentavam o ensino médio (no qual deveriam estar) em 2004, percentual que caía para 22% nas áreas rurais.

A análise regional mostrou diferenciais ainda mais significativos nesse indicador, que foi de 28% em média no Norte e Nordeste contra 58% no Sudeste. Entre os estados, São Paulo apresentou a maior taxa para esse grupo etário (66,5%); no outro extremo ficou Alagoas, onde só 1/5 da população de 15 a 17 anos de idade frequentava o ensino médio.

Rendimento familiar é fundamental para o acesso à creche e à pré-escola

A taxa de frequência escolar de crianças mostra que o rendimento familiar é determinante no acesso ao pré-escolar ou creche: **apenas 9,0% das crianças de 0 a 3 anos pertencentes à camada cujo rendimento familiar per capita era de até 1/2 salário mínimo frequentavam um estabelecimento escolar.** Entre as grandes regiões, o percentual ficava em 4,5% no Norte e Centro-Oeste, enquanto no Sudeste e Sul superava os 11%. Nas famílias de rendimento mais elevado (mais de 3 salários mínimos *per capita*), a taxa ficou em torno de 40%, revelando que, independentemente da região, quando a situação socioeconômica familiar é melhor, o acesso à escola é muito maior.

Embora na faixa de 7 a 14 anos o rendimento familiar não influencie a frequência escolar, quando se trata dos adolescentes de 15 a 17, a variável volta a ser importante. **Dos adolescentes pertencentes aos 20% mais pobres, 72,1% estavam na escola, enquanto entre os 20% mais ricos o percentual chegava a 93,1% (no geral, a taxa de frequência à escola dos adolescentes era de 82%).**

No Norte, Acre e Roraima apresentaram percentuais de adolescentes na escola muito abaixo da média regional (55% e 51% respectivamente). No Nordeste, Rio Grande do Norte (58,5%), Maranhão (61,6%) e Alagoas (62,1%) também estavam abaixo da média. No Sudeste, apenas o Espírito Santo teve índice inferior à média regional, e no Sul, apenas o Paraná.

Defasagem escolar aumenta à medida que se avança no ensino fundamental

Em 2004, a defasagem escolar no ensino fundamental (1ª a 8ª série) se agravava conforme se avançava no fluxo escolar. Foram consideradas defasadas as crianças com 9 anos ou mais de idade freqüentando a 1ª série; com 10 anos ou mais freqüentando a 2ª série; com 11 anos ou mais na 3ª série; e assim por diante. Na 1ª série, a defasagem atingia quase 17% dos estudantes; já na 8ª série, 38% dos estudantes tinham 16 anos ou mais de idade, sendo que no Norte e Nordeste esse percentual atingia mais da metade dos alunos.

Por meio de uma simulação do fluxo escolar, supondo constantes as taxas de promoção, repetência e evasão, a expectativa de concluintes para a 4ª série do ensino fundamental era de cerca de 88%, enquanto para a 8ª série era de apenas 54%.

Considerando que o ensino fundamental é dividido em 8 séries (com dois segmentos de 4 séries), no Brasil o aluno levava em média 5 anos para concluir o primeiro segmento e 9,9 anos para concluir todo o ensino fundamental, praticamente dois anos a mais que o previsto. Na Bahia, o tempo médio de conclusão da 4ª e 8ª séries chegava a 6,3 e 11,7 anos respectivamente.

Do total de estudantes de 18 a 24 anos, apenas cerca de 1/3 cursava ensino superior em 2004 e mais da metade estava defasada: 38,8% no ensino médio e 15,7%, no fundamental. No Sudeste, a proporção de jovens no ensino superior foi mais elevada (43,7%), enquanto no Nordeste os estudantes defasados eram mais de 70%.

Em média, brasileiro não conclui ensino fundamental, e idosos são analfabetos funcionais

A população de 15 anos ou mais de idade tinha em média 6,8 anos de estudo em 2004. As menores médias estavam na região Nordeste, variando de 6,1 anos em Sergipe a 4,7 anos em Alagoas, enquanto o Distrito Federal foi o único estado onde a população apresentava escolaridade média superior ao ensino fundamental (8,8 anos). As médias de anos de estudo nas áreas rurais foram bem inferiores às das áreas urbanas, com uma diferença de aproximadamente 3 anos em todas as regiões.

Só aos 18 anos de idade a população passava a ter, em média, a escolaridade mínima de 8 anos, considerada obrigatória por lei. Por outro lado, pela média de 3,5 anos de estudo, os idosos podiam ser considerados analfabetos funcionais.

Em média, 30% da população adulta (25 anos ou mais de idade) eram analfabetos funcionais, mais de 40% tinham o ensino fundamental incompleto, 9% haviam concluído só o ensino fundamental, 18% concluíram o ensino médio e apenas 8% possuíam ensino superior completo.

Havia uma tendência de crescimento da média de anos de estudo conforme aumentava o rendimento familiar. Assim, para os que estavam dentro do 1/5 mais pobre em 2004, a média era de 3,9 anos de estudo, já entre os que estavam no 1/5 mais rico passava para 10,4 anos.

60,3% dos domicílios urbanos têm acesso a serviços públicos de saneamento

No Brasil, 60,3% dos domicílios urbanos dispunham do conjunto de serviços públicos de saneamento⁶ em 2004. O destaque ficava para o Sudeste, com 82,8% dos domicílios urbanos atendidos, cabendo às demais regiões percentuais bem inferiores: Norte (9,1%), Centro-Oeste (34,4%), Nordeste (34,9%) e Sul (57,7%). Nas regiões metropolitanas localizadas no Norte e Nordeste, os

destaques negativos cabiam às de Belém (20,1%) e Recife (36,0%), mas todas apresentavam percentuais bem abaixo das localizadas no Sudeste e no Sul. Os maiores percentuais de domicílios urbanos atendidos pelo conjunto de serviços de saneamento foram registrados nas regiões metropolitanas de São Paulo (84,6%) e Belo Horizonte (82,7%).

Uma rápida análise desses dados apresentados mostra que o atual nível de desigualdade social existente no país apresenta reflexos significativos no gozo dos direitos sociais, e no caso específico da pesquisa acima apresentada no que diz respeito à educação, ou seja quanto maior o poder aquisitivo melhor o desempenho escolar.

De outro lado é notório que o sistema público de saúde nacional é muito ineficiente o que somado a inexistência de um sistema de saneamento básico abrangente (cerca de 40% dos domicílios sem saneamento, chegando a 70% na região metropolitana de Belém) e eficiente faz com que um grande contingente da população desenvolva doenças relativas a um mau acesso à água de qualidade (igualmente relativo aos despejos sanitários).

Desta forma, observa-se de forma perfunctória que para a disponibilização desses dois serviços básicos ora relatados — saúde e educação pública — seriam necessários investimentos de grande monta, o que não se percebe na prática por parte dos governos, refletindo, esse descaso, em inúmeros casos concretos de desrespeito aos comandos constitucionais, que ainda timidamente são levados a juízo.

6 Um Estado em confronto com sua Constituição. Os riscos para a democracia

O Brasil como país periférico em termos de economia global, e muito mais periférica no que se refere aos termos sociais, vivencia situações até certo ponto inusitadas no que se refere à consolidação de regimes estatais.

Expliquemos melhor: Nossa situação de atraso social fruto de causas históricas dos mais variados fatores nos impede de alcançar status sociais que determinados regimes estatais deferiram a suas populações.

Vejamos o chamado Estado do Bem Estar Social. Surgiu em determinados países ocidentais buscando a retirada de camadas da população do estado de pobreza, suplantando o desemprego com grandes investimentos públicos, criando uma enorme teia de segurança social e com investimento maciço na educação básica pública e de qualidade, ou seja,

suas populações conquistaram os chamados direitos de 2ª geração. E agora depois da consolidação desse modelo estatal alguns problemas estão se tornando graves em virtude das necessidades e imposições da economia de mercados globais, problemas referentes ao envelhecimento da população combinada com os incrementos dos gastos com previdência social, custos sociais elevados tornando os produtos menos competitivos e as margens de lucro menos atraentes, quando não levando companhias a vultosos prejuízos, entre outros problemas imputados a uma excessiva presença do Estado na economia e na sociedade em geral. Prega-se uma precarização de tais direitos sociais sob pena do modelo levar à falência os Estados e os mercados com conseqüências nefastas à população.

Agora vejam bem, em tais nações houve de fato uma consolidação dos direitos de segunda geração para a grande maioria da população, e se agora este modelo está em confronto com uma nova realidade pregada por muitos, isso se deveu a uma real vivência desse Estado do bem estar social.

No Brasil e talvez demais países ora catalogados como em desenvolvimento, a questão é peculiar. A população não alcançou os direitos de segunda geração (pelo menos a grande maioria) é já se fala em falência antecipada do Estado Social. Ou seja, já se constata a morte de um modelo Estatal que sequer foi implantado e usufruído por grande parte da população.

Proclama-se a ineficiência de tal regime estatal antes de sua efetiva implantação, considerando-o, em virtude de circunstâncias das mais diversas ordens, incapaz de produzir o bem estar da população e ser fator determinante para o não desenvolvimento da nação.

A nossa população e mais precisamente a mais pobre estará sempre à margem dos avanços sociais, tecnológicos, culturais vivendo de fato na periferia de uma qualidade de vida da qual surge, pelo menos no plano normativo, como meta do Estado.

E nesse quadro de aparente “mão única”, no qual a solução para as mazelas sociais de determinado país só será alcançada com um efetivo afastamento do Estado de áreas nas quais hoje ele é chamado agir, com uma flexibilização maior dos já alcançados direitos sociais (que são poucos e para uma pequena parcela da população), proporcionando aos mercados um cenário de maior competitividade e custos mais baixos sem interferências estatais, a efetivação dos direitos sociais previstos no nosso texto constitucional passa a ser visto como um verdadeiro adversário

do avanço do país.

E esse quadro atual no qual de um lado existe um enorme contingente de miseráveis e pessoas sem acesso ao conjunto mínimo de direitos que proporcionem uma vida digna (fundamento de nossa república), e de outro uma doutrina econômica que prega com cada vez mais força uma “diminuição” do Estado, o cenário para que apareçam salvadores da pátria e o ressurgimento do populismo fica aberto.

Para as pessoas que vivem em situações subumanas de vida, sem acesso a qualquer serviço público aparenta ser melhor o surgimento de um ditador que assegure condições mínimas de existência digna nem que para isso outros direitos sejam sacrificados... (liberdade, pluralismo político, entre outros)

Ora a pessoa quer comer e não votar! E esse quadro é muito perigoso, principalmente no nosso continente sul-americano tão receptível a regimes ditatoriais e populismos.

Devemos ter em mente, portanto, a necessidade de enraizar em nosso país a cultura democrática, o respeito e veneração à Constituição, precisamos ser vacinados contra regimes que preguem o sacrifício da democracia e do republicanismo a fim de viabilizar e proporcionar condições mais favoráveis à população, mas ao mesmo tempo devemos ter a coragem de defender uma aplicação mais efetiva do texto constitucional e viabilizar com medidas de ordem prática a efetivação dos direitos sociais, sem que nesse processo nos percamos, afastando o direito da realidade política-econômica-social, o que seria um enorme risco para as instituições.

7 Conclusão

Constata-se atualmente uma crise de valores e de aplicação da norma jurídica, com uns defendendo uma maior aplicação dos preceitos constitucionais principalmente os relativos aos princípios, e com outros defendendo uma cautela contra o que chamam excessiva principialização do direito, e um excessivo alargamento do conceito de fundamentabilidade dos chamados direitos fundamentais.

Subsiste, ainda, um confronto entre a defesa de uma interpretação judicial criativa, aberta, no que se referem as normas principiológicas e as relativas a direitos fundamentais e o receio de que se esteja garantindo ao Judiciário poderes maiores do que aqueles que seriam constitucionalmente aceitáveis, gerando certa tensão institucional entre os poderes

da república.

Ao mesmo tempo em que se depara com esses e outros contrapontos sobressai-se o fato de que a Constituição está passando a desempenhar seu papel de norma jurídica fundamental do nosso ordenamento, e a vivência desses dezesseis anos de democracia vai incutindo na comunidade em geral um maior valor do constitucionalismo. Nessa linha também se constata a percepção de letargia na aplicação de certas determinações constitucionais, amparadas pelo discurso de que a mesma vislumbrou uma situação irreal, incapaz de ser transformada, sendo, portanto, um texto utópico, e que até certo ponto impede um maior desenvolvimento do país.

Visualiza-se, então, um momento impar de nosso constitucionalismo, um momento de auto-afirmação, no qual decisões serão tomadas e avaliadas e igualmente modificadas ao longo do tempo, caso a situação de estabilidade democrática continue a vigorar.

O mais importante é agora visualizar mecanismos que tratem de aproximar o “direito do papel” para a realidade do dia-a-dia, criando condições do ponto de vista material bem como do ponto de vista processual, ou seja, criar mecanismos processuais que assegurem uma defesa mais efetiva dos direitos eventualmente sonogados.

Com isso devemos ter em mente a necessidade da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do mandado de injunção²⁹ e o amadurecimento da interpretação constitucional visando à criação de mecanismos teóricos que dêem suportes aos posicionamentos dos tribunais relativos à aplicação dos direitos sociais, conjugando os mais variados elementos fáticos do caso concreto, seja em relação às necessidades apresentadas seja em relação às possibilidades existentes, mais tudo isso feito em um processo dinâmico, sem acomodação a discursos de impossibilidade nem com a excessiva interferência judicial em matérias em que as soluções não serão simplesmente resolvidas mediante a atuação dos tribunais, sob pena de afastarmos (ainda mais) o direito da realidade social, deixando-se aberta perigosa lacuna para investidas antidemocráticas e inconstitucionais.

²⁹ Nesse sentido ressalte-se a opinião do eminente Ministro do STF, José Celso de Mello Filho concedida em entrevista à Folha de São Paulo e publicada no “site” <www.conjur.com.br> em 15 de março de 2006: “... O ativismo judicial é um fenômeno mais recente na jurisprudência do Supremo Tribunal federal. E porque é um fenômeno mais recente, ele ainda sofre algumas resistências culturais, ou, até mesmo, ideológicas. Tenho a impressão, no entanto, de que, com a nova composição da Corte, delineia-se orientação tendente a sugerir, no plano da nossa experiência jurisprudencial, uma cautelosa prática de ativismo judicial destinada a conferir efetividade às cláusulas constitucionais, que, embora impondo ao estado a execução de políticas

Trata-se de tema complexo e por isso maior atenção deve ser dada ao assunto, sempre no sentido de aprimorar os mecanismos existentes bem como criar novos instrumentos para o enfrentamento da problemática ora exposta sob pena de realmente vivenciarmos um Estado de inconstitucionalidade.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Conflitos entre direitos fundamentais. In: TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional brasileiro). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 102, n. 384, p. 71-104, mar./abr. 2006.

BONAVIDES, Paulo. O método tópico de interpretação constitucional. In: TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós moderna*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1997.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. In: TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O controle dos Poderes Executivo e Legislativo pelo Supremo Tribunal Federal. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, p. 77-106, abr./jun. 2004.

MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Dialogo Jurídico*, Salvador, ano 2, n. 10, janeiro de 2002. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>.

MEYER, Emílio Peluso Neder. O Caráter normativo dos princípios jurídicos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 994, 22 mar. 2006. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 23 mar. 2006

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. A regulação e a regulação neoliberal. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 59-99, out./dez. 2005.

OTERO, Paulo. A crise do “Estado de direitos fundamentais”. In: TAVARES, André Ramos;

públicas, vêm a ser frustradas pela absoluta inércia — profundamente lesiva aos direitos dos cidadãos - manifestadas pelos órgão competentes do Poder Público. **Impõe-se, desse modo, que o Supremo dê passos decisivos não só a propósito da plena restauração do mandado de injunção, mas, igualmente, evolua em outros temas constitucionais de grande relevo e impacto na vida do Estado e dos cidadãos.**

A & C. R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 41-66, jul./set. 2006

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

PRADO, Ney. Atitudes diante da Constituição de 1988. In: TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 147-165, out./dez. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano 1, n. 1, abr. 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, abr./jun. 2005.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NOGUEIRA, Rafael Moreira. Reflexões acerca da efetivação dos direitos sociais. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 41-66, jul./set. 2006.