

A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

Ruy Ruben Ruschel(*)

1. O problema da aplicabilidade das normas constitucionais tem mantido perplexas sucessivas gerações de juristas, sobretudo a partir do momento em que as Constituições passaram a contemplar também os chamados "direitos sociais" ou "sócio-econômicos". Impasses dos mais angustiantes continuam surgindo ainda hoje, enquanto a pressão popular torna urgente o acesso aos mencionados direitos.

A fim de realçar a espécie de soluções contraditórias geradas pela doutrina, nada melhor do que configurar uma situação hipotética. Tomemos, para tanto, a regra do artigo 5º, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, assim redigida: "É assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva". A presença da cláusula "nos termos da lei" tem permitido a certa corrente doutrinária clarificar essa norma como "de eficácia limitada" ou de "de integração"(1). Em outras palavras, a eficácia global dessa norma ficaria na dependência da lei que a viesse regulamentar, integrando-a.

Ruy Ruben Ruschel(*)

Desembargador aposentado do TJ-RS

Livre-Docente em Direito Constitucional

(1) **SILVA, José Afonso da** - Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo, Ed. RT, 1982 (2a. edição).

BASTOS, Celso Ribeiro e BRITO, Carlos Ayres de - Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo, Ed. Saraiva, 1982.

Ora, esse entendimento leva a situações constrangedoras. Imaginemos que a lei fosse editada, porém com algum dispositivo restritor do direito assegurado no dito inciso VII. Por exemplo, um artigo que dissesse mais ou menos o seguinte: "Não se considera assistência religiosa a imposição de rituais decorrentes de superstições grosseiras". Agora, figuremos a suposição de um índio internado em hospital público que solicitasse a assistência do pajé da tribo para dele receber passes em benefício de seu bem-estar espiritual. Visando a impedir a ritualística "supersticiosa" do xamã, a direção do hospital invocaria o referido artigo da lei. Opondo-se à negativa, provavelmente o internado teria êxito em mandado de segurança pleiteado para garantir seu direito fundamental de assistência religiosa. Na concessão do "mandamus", o juiz estaria autorizado pela velha "doutrina Marshall", oriunda do caso *Marbury X Madison*, de 1804, a deixar de aplicar dito artigo de lei, por inconstitucional, e a tornar efetivo o direito impetrado, com fundamento direto na Constituição.

Porém, voltemos à hipótese de que o artigo 5º, inciso VII, da CF, ainda não houvesse sido regulamentado. Nesse caso, o índio internado também invocaria diretamente o dispositivo constitucional, restando à diretoria reacionária o argumento da inexistência de norma legal integradora. Em tal hipótese, é possível que o juiz denegasse a segurança por considerar tratar-se de norma constitucional não auto-aplicável. Na sentença diria que ao impetrante faltava direito líquido e certo por estar desamparado de qualquer lei. Essa decisão teria respaldo na "boa doutrina".

Já se sente a contradição. Se a lei existe, mesmo para expressamente negar ao interessado o direito constitucional, o juiz pode garanti-lo até "contra legem". Mas se a lei não existe, e portanto nenhum obstáculo legal se interpõe ao direito definido na Constituição, esse direito não pode ser garantido pelo juiz.

2. Dentre as "normas de eficácia limitada" costumam colocar-se as "de princípio programático", mais curtamente

chamadas "normas programáticas" Tratam-se de "simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários"(2) A esse tipo de normas correspondem quase sempre os "direitos sociais", assim denominados pelos artigos 6º e seguintes da Carta Magna Brasileira de 1988

E notório que os direitos sociais tendem a ser tratados como meras promessas, postergadas pela omissão do legislador em regulamentá-los e integra-los Enquanto as leis regulamentadoras não chegam, os direitos definidos na Carta Magna permanecem ilusórios, já que não podem ser garantidos pelo Poder Judiciário

3 Ainda ao tempo da República Velha, quando só direitos individuais eram enunciados na Constituição, surgiu uma dúvida sobre se alguns deles eram ou não auto-aplicáveis Rui Barbosa solucionou o problema com justeza, sustentando a tese de que a "Declaração de Direitos" só podia conter normas autoexecutáveis Seu argumento básico foi "Sendo o intuito principal dessas declarações constitucionais cercar esses direitos de uma trincheira inacessível ao arbitrio, assim dos Governos como dos Parlamentos, ficaria totalmente anulada a garantia de que ai se cogita, se tais direitos se não pudessem reivindicar senão estribados em atos legislativos"(3)

O Mestre estava apoiado na tese americana de que eram "self-executing" por sua natureza "os principios constantes das Declarações de Direitos"

Outro importante argumento era por Rui esgrimido "Ainda quando o Poder Legislativo não estabelecer medidas especiais em sua defesa, esse direito, pela , simples razão de existir, encontra nos remédios gerais de Direito comum os meios de se defrontar, reparar e manter"(loc cit) Trata-se da antecipação da regra de que as garantias especificadas na Constituição não impedem o uso de outras resultantes do regime e dos principios que ela adota, regra esta que se tornou expressa na Constituição de 1934 (art 114) e continua consagrada no paragrafo 2º do artigo 5º da vigente

O curioso da situação consistiu no fato de que, no momento em que foram ampliadas as Declarações de Direitos, pela inclusão dos "sociais", - a tradicional regra da natureza autoaplicável de suas normas passou a ser esquecida. Os argumentos de Rui Barbosa não mais valeram. A partir daí prevaleceu a doutrina de que o acesso aos direitos sociais ficava dependente da implementação legislativa e, portanto, a idéia da impossibilidade prática de invocar-se o judiciário para garanti-los. O princípio da separação de Poderes se tornou invencível: não competia aos magistrados substituir o legislador.

Tornou-se evidente que essa doutrina atendia ao interesse das classes conservadoras. Por um lado, embaíam as massas com a esperança de uma melhor repartição do bolo, por outro lado, postergavam o gozo dos direitos sociais e mantinham o "status quo" que as favorecia. A natureza ideológica dessa doutrina explica o modo como persiste, mesmo depois de derrotada por uma crítica severa e até expressamente revogada...

4. Ainda quando vigorava a pseudo-Constituição de 1967 e seu avatar de 1969, juristas esclarecidos houve que ousaram combater a doutrina dominante da não-eficácia plena dos direitos sociais. Devem ser destacados, principalmente, os trabalhos de Celso Bandeira de Mello (4), Eros Roberto Grau (5) e Fábio Konder Comparato (6). No fundo, baseavam-se na recomendação de Black de que "cumpra o aplicador e intérprete da Constituição dar sempre a seus dispositivos o máximo de efeitos possível. Pretenderam que aos juizes, na apreciação de casos concretos, cabia preencher a omissão legislativa, utilizando-se dos critérios estabelecidos no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/1942). Não concebiam eles que a inação do Congresso pudesse abrogar a Lei Maior.

(2)- SILVA - cit., p. 128.

(3)- TEIXEIRA, J. H. Meirelles - Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1991, p. 311

Sua obra, entretanto, não surtiu a ressonância desejável. Na prática forense continuou vigendo a doutrina da eficácia limitada das normas atributivas de direitos constitucionais sociais.

5 Hoje, os ensinamentos de Celso Bandeira de Mello e dos demais de sua corrente avançada tornaram-se regra expressa. Trata-se do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição de 1988, "verbis" "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Esse dispositivo inspirou-se em precedentes alemão, uruguaio e português.

a) A Lei Fundamental de Bonn, de 1949, emendada em 1956, adotou a seguinte redação de seu artigo 1º, item III "Os direitos fundamentais que seguem vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como direito imediatamente aplicável". Os direitos fundamentais a que se refere o dispositivo compõem-se dos individuais clássicos e mais os relativos à família e a educação.

b) A Constituição Uruguaia de 1966 é mais minuciosa em seu artigo 332 "Os preceitos da presente Constituição que reconhecem direitos aos indivíduos, assim como os que atribuem faculdades e impõem deveres às autoridades públicas, não deixarão de aplicar-se por falta da regulamentação respectiva, senão que esta será suprida, recorrendo aos fundamentos de leis análogas, aos princípios gerais de direito e às doutrinas geralmente admitidas".

4- Mello, Celso Antônio Bandeira de - Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. Revista de Direito Público RT, nº 57-58

5- GRAU, Eros Roberto - A Constituição brasileira e as normas programáticas. Rev de Dir Const e Ciên Pol Forense, nº 4

6- COMPARATO, Fábio Konder - Sugestões para a contribuição dos juizes e advogados a reconstrução da nacionalidade. Rev For nº 270

c) Por seu turno, o artigo 18, item I, da Constituição Portuguesa de 1976, fonte imediata do dispositivo brasileiro equivalente, diz "Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas" Note-se que os direitos a que faz remissão essa norma têm abrangência bem ampla os individuais (chamados pessoais), os trabalhistas, os econômicos, os culturais e os sociais Não se diga que a Lei Maior lusitana fora um reflexo desvairado, neste aspecto, da euforia esquerdizante que a caracterizou A revisão de 1982 manteve o dispositivo em sua íntegra e inspirou os constituintes brasileiros

Com esses três precedentes esclarecedores, mesmo assim não se pacificou a insistente doutrina da não autoaplicabilidade dos direitos sociais Juristas dos mais estimados, de tendências conservadoras, persistem no rumo antigo, como se o artigo 5º, § 1º, da CF, fosse letra morta Como exemplos dessa resistência podem ser apontados Celso Ribeiro Bastos (7), Ives Gandra Martins (8) e Manoel Gonçalves Ferreira Filho (9)

6 Ante o novo arranjo constitucional brasileiro, pode-se sustentar, com apoio jurídico expresso, o seguinte

a) A qualquer interessado cabe pleitear, em ação comum própria, perante o juiz natural, o acesso imediato e concreto a algum direito fundamental (se individual, coletivo, social, trabalhista ou político) A via do mandado de injunção (artigo 5º, inciso LXXI, da CF) não exclui o uso de qualquer outra ação prevista para a espécie, nas leis processuais com efeito, "os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados", como preceitua claramente o parágrafo 2º do mesmo artigo 5º À parte é lícito reservar o remédio derradeiro do mandado de injunção, perante os mais altos tribunais, para a hipótese de não ter êxito a tentativa nas esferas judiciais ordinárias

7- **BASTOS, Celso Ribeiro** - Curso de Direito Constitucional S. Paulo Ed. Saraiva, 1989 (11ª edição)

8- **MARTINS, Yves Gandra e BASTOS, Celso Ribeiro** - Comentários a Constituição do Brasil S. Paulo Ed. Saraiva 1989

b) O juiz não deve negar-se a conhecer do pedido do gozo do direito fundamental, mesmo não regulamentado. Não pode alegar lacuna da lei. É o princípio contido no artigo 126 do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/1973).

c) Nada impede que o magistrado, no caso concreto, declare incidentalmente a inconstitucionalidade por omissão do legislador, para, dessa maneira, equiparar a falta da lei integradora a uma "lacuna legis". O fato de ser o Supremo Tribunal Federal o único órgão competente para julgar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão do legislador federal ou estadual (CF: art. 102, I, *a*, c.c. art. 103) não obsta que qualquer membro ou órgão de 1º grau do Poder Judiciário, na apreciação de caso concreto de sua competência, declare incidentalmente o mesmo tipo de inconstitucionalidade. trata-se aqui de emprestar a devida dimensão à antiga e consagrada tese do "justice" Marshall.

d) Não havendo norma legal regulamenta-dora do direito garantido pela Constituição, é caso típico de "lacuna legis". O juiz julgará a espécie recorrendo à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, como determinam o artigo 126 do C.P.C. e o artigo. 4º da L.I.C.C.. O julgador fará lei singular para o caso concreto, tarefa típica de todo magistrado.

e) A solução construtiva dos juízes servirá duplamente ao legislador. "Primum", porque o estimulará a suprir a lacuna jurídica o quanto antes. E "secundum", porque colherá das sentenças subsídios preciosos para sua tarefa de legislar sobre o tema. Ademais, não seriam tais casos os primeiros em que a construção jurisprudencial precedeu a legislação correspondente. Por sua sensibilidade aos problemas concretos, o Poder Judiciário historicamente tem aberto caminho, muitas vezes, para o progresso legislativo.

9- FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves - Curso de Direito Constitucional S. Paulo, Ed Saraiva, 1989 (17ª edição).