

DA EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS EM NORMAS CONSTITUCIONAIS

RUY RUBEN RUSCHEL

Desembargador aposentado do Rio Grande do Sul

Constituição Federal, art. 6.º e Título VIII. Leis Federais 8.080/90, 8.069/90 e 8.742/93. Direitos sociais. Políticas públicas municipais na área da saúde, infância e juventude e assistência social. Possibilidade da determinação judicial pela criação e instalação dos Conselhos, Fundos e Programas Municipais de Atendimento. Eficácia dos direitos sociais previstos em normas constitucionais e na legislação federal ordinária à luz do disposto no art. 5.º, § 1.º da Constituição de 1988.

I — INSERÇÃO DO QUESTIONAMENTO

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 6.º, estabeleceu que “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Adiante, em seu Título VIII, cuidou o legislador constituinte de regulamentar a Ordem Social, estabelecendo as diversas políticas sociais públicas voltadas ao asseguramento dos direitos sociais.

Dentre outros dispositivos constitucionais, expressam o conteúdo dogmático dessas políticas os arts. 196, 203 e 227, que estabelecem os direitos à saúde e à assistência social, e assim também os direitos da criança e do adolescente — estes com a hierarquia superlativa de absoluta prioridade — como dever do Estado e direito do cidadão.

No que se refere ao regramento orgânico do setor, a Constituição prevê que a promoção das políticas sociais públicas dar-se-á mediante mecanismos orientados pela descentralização político-administrativa e na participação da população (arts. 198 e 204).

Com derivação do novo modelo constitucional, já se encontram em vigor, na esfera federal, a Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e a Lei Orgânica da Assistência Social (Lei 8.742/93), que tratam da implementação das respectivas políticas setoriais, regulamentando a reordenação institucional prevista pela Constituição, especificando direitos e estabelecendo programas de atendimento à população.

Não obstante o § 1.º do art. 5.º da Constituição estabeleça que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, dado o caráter eminentemente municipalizador do modelo institucional introduzido, que prevê a implementação das diversas políticas através de Conselhos Municipais (Conselhos Municipais de Saúde, Conselhos Municipais dos Direitos e Conselhos Tutelares da Criança e do Adolescente, Conselhos Municipais da Assistência Social), da criação de Fundos Municipais, bem como de programas localizados de atendimento, os direitos sociais já assegurados pela Constituição e pela legislação federal passam a ter sua eficácia condicionada a providências na esfera local, mediante a edição e execução de atos legislativos e administrativos de competência do Poder Público Municipal.

II — QUESTÕES

1. Não havendo o legislador federal estabelecido prazos para criação e instalação dos Conselhos e Fundos Municipais, bem como dos correspondentes programas de atendimento — providências indispensáveis à implementação das políticas públicas e, portanto, à efetividade dos direitos sociais na área da saúde, da infância e da juventude e da assistência social — a iniciativa submete-se exclusivamente ao crivo discricionário da autoridade municipal competente?

2. É juridicamente sustentável, e sob que fundamentos, seja determinada judicialmente a instalação desses órgãos e serviços em caso de omissão da autoridade competente?

3. Eventual provimento judicial nesse sentido não afrontaria o princípio da independência dos Poderes Constitucionais, adentrando seara abrangida pela discricionariedade administrativa e portanto de mérito vedado à cognição pela autoridade judiciária?

4. Em caso de resposta afirmativa à questão segunda, qual ou quais seriam os remédios jurídicos recomendáveis, e quem deteria legitimidade para postular a solução judicial?

5. No mesmo caso, qual ou quais sanções caberiam fixadas pelo comando mandamental para a hipótese de seu descumprimento?

Para a *Revista do Ministério Público/RS*, tenho a satisfação de externar meu ponto de vista a respeito dos problemas propostos. Cumpre-me alertar que são opiniões contidas nos limites do teórico, posto que há mais de década encontro-me afastado da atividade jurisdicional, portanto esquecido da vivência multifacetada dos casos ocorrentes. Por outro lado, a Constituição de 1988 oferece, por vezes, contornos inéditos e está a exigir hermenêutica inovadora, a qual somente se haverá de cristalizar quando os Poderes Públicos, inclusive o Judiciário, assumirem posições claras face ao evoluir da realidade, provavelmente precisando esquecer princípios envelhecidos e superados. O parecer que ofereço a meus eminentes Colegas deve ser visto criticamente, suplementado mediante as soluções práticas que venham a adotar sob o acicute dos fatos.

1. Em dose ainda maior do que as anteriores, a Constituição vigente apresenta nítidas intenções prospectivas. Foi feita mais para o futuro do que para o presente. Afastou-se do modelo de simples retrato da conjuntura

política, como definida pelo clássico Ferdinand Lassale.¹ Adotou o ambicioso aspecto de um programa de ação para construir um futuro melhor, ao qual desejou concretizar o quanto antes. Podem-se-lhe aplicar as palavras de Canotilho:² “Quem se conserva ligado à idéia de Constituição como cobertura normativa do *status quo*, não compreende a natureza ‘evocadora’ da Constituição, o seu pedaço de ‘utopia concreta’, o seu apelo a tarefas de conformação política (estrutura programática)”.

Essa orientação se impunha no caso brasileiro, cuja estrutura social persiste iníqua desde o descobrimento, agravada calamitosamente nas últimas décadas.

2. Esse papel de Constituição-Programa manifesta-se já no Preâmbulo, ao invocar os direitos sociais antes dos individuais e ao pôr valores como o bem-estar e o desenvolvimento lado a lado com os tradicionais da liberdade e da igualdade. O art. 3.º, que consagra os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, não esquece o de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inc. III).

Não há necessidade de alongar a análise do texto para concluir o quanto é rico em matéria de promessas e quanto é vago, de instrumentação para realizá-las. Quanto às primeiras, ninguém as nega. Mas quanto à segunda, tem sido dificultada a sua especificação, sobretudo por precisar vencer a inércia do conservantismo. A Constituição confia na prática infraconstitucional para cumprir suas promessas. Celso Antônio Bandeira de Mello³ diz acertadamente: “A Constituição não é um simples ideário. Não é apenas a expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos”.

Para a desejada conversão, muito o constituinte deixou a ser feito pelos Poderes Constituídos.

3. Uma das soluções oferecidas pela nova Carta Magna para tentar efetivar “agora” as promessas de melhoria social, encontra-se no § 1.º de seu art. 5.º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Este texto não merece tergiversações. Significa exatamente o que está escrito, ou seja, que os direitos fundamentais encontram-se em vigor e devem ser gozados desde 5 de outubro de 1988. São direitos atuais, não futuros.

É certo que os dois modelos inspiradores desse dispositivo — a Lei Fundamental de Bonn e a Constituição Portuguesa — haviam sido mais incisivos em seus termos. O art. 1.º, III, do parâmetro alemão vinculava expressamente os três Poderes a essa auto-aplicabilidade. Quanto ao art. 18 da Lei Maior lusitana é ainda mais específico: vincula à imediata aplicação “as entidades públicas e privadas”. Mas a ausência dessas indicações em nada prejudica a norma brasileira equivalente. A vinculação das autoridades

1. Ferdinand Lassale, *Que é uma Constituição?*, S. Paulo, Ed. Brasil, 1933.

2. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Coimbra, Livr. Almedina, 1980, p. 18.

3. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Eficácia das Normas Constitucionais”, *RDP* 57/58, p. 236.

públicas e das pessoas privadas está subentendida. Se o constituinte nacional deixou de lado a referência foi por entendê-la pleonástica. Com efeito, tanto os Poderes Públicos como os entes privados, todos estão tacitamente vinculados a obedecer a Constituição. Trata-se, no dizer de Hans Kelsen,⁴ de norma suposta, da célebre *Grundnorm* “as leis são feitas para serem cumpridas”.

Portanto, também no Direito Constitucional brasileiro, a imediata aplicação das garantias e direitos fundamentais é regra cogente não apenas para o Legislativo e o Executivo, mas igualmente para o Judiciário, cada qual nos limites de sua peculiar função.

4. O mecanismo de atuação do Poder Judiciário, no sentido de propiciar a auto-aplicação dos direitos fundamentais, está claramente exposto na Constituição. É o princípio contido no inc. XXXV do art. 5.º. Compete ao Judiciário, sem alguma restrição geral, restaurar qualquer direito lesado e prevenir qualquer ameaça concreta a direito. Os termos amplos com que este princípio figura na atual Constituição, quando comparados aos das anteriores, significam o alargamento da tarefa jurisdicional. Basta que um direito esteja sendo violado, por quem quer que seja, para que o juiz natural possa intervir, se *res in judicium deducta*. Conseqüentemente, se se tratar de direito fundamental (individual, coletivo, social ou político) violado pela inércia do legislador ou do administrador, a questão deixa de ser política, para ser jurídica, de plena apreciação jurisdicional.

É o ponto de vista que venho sustentando desde a vigência da Carta de 1988, posto que o novo sistema admitiu a inconstitucionalidade por omissão. Se ocorre a omissão ilícita do Legislativo ou do Executivo e ela prejudica o gozo de um direito fundamental, o Judiciário pode e deve restaurar o direito violado, uma vez havendo provocação do titular.

A propósito do tema invoco dois trabalhos que publiquei na revista *Ajuris*, n. 50, p. 144, e n. 58, p. 291, sugerindo rumos. O primeiro deles constituiu tese ao XI Congresso Brasileiro de Magistrados, em setembro de 1990, que se viu aprovada. O segundo foi apresentado à Semana de Altos-Estudos da AMATRA e às II Jornadas Judiciais Luso-Brasileiras, em dezembro de 1992. Conforme tal ponto de vista, qualquer magistrado de 1.º grau teria competência para conhecer de ações que visem a concretizar direitos fundamentais, ainda que não regulados por normas infraconstitucionais (legais ou administrativas). A tese utiliza o mesmo raciocínio que foi base do “judicial review” do Chief Justice John Marsall.⁵ Se cabe ao juiz declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei, afim de deixar de aplicá-la ao caso concreto de seu conhecimento, por que não lhe seria lícito pressupor, *incidenter tantum*, inconstitucional a omissão do legislador, para assim julgar procedente o exercício direto e concreto de um direito fundamental?

4. Hans Kelsen, *Teoria Pura del Derecho*, B. Aires, Ed. Universitária, 1970; autor cit., *Teoria Geral das Normas*, P. Alegre, Sérgio Fabris Ed., 1986.

5. Aliomar Baleeiro, *O Supremo Tribunal Federal, esse outro Desconhecido*, Rio, Forense, 1968, p. 27; Alípio Silveira e outros, *O Poder Judiciário e a Constituição*, Porto Alegre, AJURIS, 1977, pp. 37, 188 e 217 e ss.; Leda Boechat Rodrigues, *Direito e Política*, P. Alegre, AJURIS, 1977, p. 180.

Não me impressionam a existência dos institutos constitucionais da “ação de inconstitucionalidade por omissão” e do “mandado de injunção”, ambos só endereçáveis aos altos tribunais. O primeiro (art. 102, I, *a*, comb. com o art. 103, § 2.º, da CF), porque pertine à declaração da inconstitucionalidade em tese (e não no caso concreto) da ausência de lei. E o segundo (art. 5.º, LXXI, da CF), porque cuida de remédio expedito e derradeiro, o qual, *ex vi* da regra do § 2.º do mesmo artigo, não exclui o uso das vias processuais ordinárias.

5. Um dos maiores obstáculos à implementação prática dessa tese resulta de como se tem entendido o princípio da separação de Poderes. Os juristas tradicionais inclinam-se a conferir ao princípio valor mais absoluto do que atualmente tem.

Na verdade, a separação nunca assumiu um caráter rígido. Seu próprio criador Montesquieu⁶ admitiu algumas exceções, tais como: a fiscalização legislativa do Executivo “para ver se as (leis) que fez são bem executadas”; a prerrogativa do Poder Executivo de convocar e desconvocar a assembléia dos legisladores; a faculdade de os corpos legislativos julgarem os poderosos e os que violam direitos do povo; a competência executiva de fazer prisões em caso de perigo público; e o veto governamental às leis.

A Constituição dos Estados Unidos, pioneira em adotar o princípio da separação, não impediu que a Suprema Corte avocasse o poder de anular provisões do Congresso, por inconstitucionais, e atos da Presidência, por ilegais. Também não obistou que certas faculdades da Presidência crescessem face ao Congresso (invocação da “prerrogativa”) e que as comissões parlamentares de inquérito chegassem a invadir a esfera dos tribunais.⁷ Aliás, os doutrinadores americanos proclamaram a idéia dos “checks and balances” para amenizar os excessos dogmáticos da separação de Poderes.

No Direito Constitucional brasileiro, o radicalismo do princípio — “independência” dos Poderes — vê-se restringido pela presença, na fórmula do art. 2.º, do conceito contraditório⁸ da “harmonia”. Por essa razão, não se há de confiar apenas na “teoria” da separação. Para compreender o princípio na prática deve-se buscá-lo nos demais dispositivos da Carta.

6. Nessa linha de pesquisa, entendo dilatado o conceito de jurisdição, em prejuízo do de “questão política”. Sempre que se cuida da realização concreta de direitos, individuais ou coletivos, sociais ou políticos, desde que haja litígio e provocação da parte interessada, a tarefa é, em princípio, da jurisdição. A essa amplitude sou conduzido pelos incs. XXXV e XXI do art. 5.º da Constituição Federal, bem como outros dispositivos de muita abertura, encontrados no texto de 1988.

Os limites do campo jurisdicional são apenas os que se encontrem expressos na própria Carta.

Indubitavelmente, o legislador constituinte manifestou de modo claro e consciente sua fé na obra criadora do Poder Judiciário. Atribuiu a este

6. Montesquieu, *Do Espírito das Leis*, S. Paulo, Ed. Civita, 1973, Livro XI, Capítulo VI.

7. Charles Beard, *A Supremo Corte e a Constituição*, Rio, Forense, 1962; Edward Corwin, *A Constituição Norte-Americana e seu Significado Atual*, Rio, Zahar Ed., s/d.

8. Cláudio Pacheco, *Novo Tratado das Constituições Brasileiras*, S. Paulo, Saraiva, 1990, 1.º/303.

uma vigilância ativa e progressista na conformação dos direitos constitucionais. Celso Ribeiro Bastos,⁹ em outros aspectos mais conservador, reconheceu esse papel do Judiciário ao destacar a força da democracia participativa: “Em síntese, há necessidade de comprometer-se o povo com a realidade constitucional, invocando-se a presença conivente do Judiciário como aquele apto a vocalizar a vontade da Lei Maior, influídas pelo clamor popular”.

Se faltarem a vontade política ou a eficiência fática dos demais Poderes, resta ao Judiciário ocupar o espaço aberto, conquistando-o até fixar seus próprios limites. Se não o fizer quando invocado caso a caso, estará tomando uma postura conservadora, timorata ante as “doutrinas consolidadas” (na verdade superáveis), cúmplice da histórica iniquidade que infelicita nosso povo.

7. Estabelecidos os pressupostos da “nova” atitude jurisdicional, segundo meu modesto entender, começo a meditar sobre os problemas apresentados por V. Exa.

Ao Poder Judiciário contrapõe-se, por certo, uma fronteira constitucionalmente inexpugnável: obrigar o Legislativo a legislar. Se o próprio Supremo Tribunal Federal, ao declarar em tese a inconstitucionalidade da inércia legislativa, não é lícito impor prazo ao Poder competente (art. 103, § 2.º, da CF), não sobra a qualquer Juízo a faculdade de exigir das Câmaras Municipais que criem os Conselhos e Fundos previstos nas leis federais. Aliás, foi este o motivo pelo qual o legislador federal não exigiu prazos ao legislador municipal, visto que este possui competência própria sobre a matéria. Como se trata de competência comum (art. 23, inc. II, da CF) ou concorrente (art. 24, inc. XII, XIV e XV, combinado com o art. 30, inc. II, da CF), entre as duas pessoas jurídicas — as Leis Federais ns. 8.069/90, 8.080/90 e 8.742/93 tomaram o cuidado de estatuir normas gerais, sem imposições às legislaturas municipais.

8. Entretanto, no interior de uma ação concreta da parte legitimada, acredito que o magistrado competente poderia estabelecer prazo razoável, com a sanção das eventuais perdas e danos, à Administração Municipal para instalar os Conselhos, uma vez criados, e tomar as providências indispensáveis à execução da lei municipal.

Considero que ao Município, como ente federativo que é (art. 1.º da CF), compete zelar pela guarda da Constituição (art. 23, inc. I, da CF). Ademais, os arts. 196, 203, 204 e 227 deixam suficientemente clara, implícita ou explicitamente, a co-responsabilidade municipal na concretização dos direitos sociais *sub examine*. Se a União e o próprio Legislativo Municipal já estabeleceram o *modus faciendi*, não resta dúvida que cabe à Administração local cumprir com urgência sua parcela.

9. Sem pretender avançar sobre os princípios do Direito Administrativo, sou de opinião de que o conceito de discricionariedade mais se estreitou com a vigente Constituição. O controle judicial dos atos administrativos, do qual Pontes de Miranda¹⁰ afirmou que o sistema brasileiro era mais abrangente

9. Celso Ribeiro Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, S. Paulo, Saraiva, 1938, 1.º/389.

10. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, S. Paulo, RT, 1971, V.º/106.

do que o próprio sistema americano, aprofundou-se ainda mais depois de 1988.

Apoiado em Cretella Júnior, Kazuo Watanabe¹¹ mostrou a tendência dessa expansão: “A princípio, o exame da legalidade era adstrito às questões de competência e aos aspectos formais, conceito marcadamente formal, passando posteriormente, porém, com a premissibilidade do exame da matéria de fato pelo Judiciário e aceitação da doutrina do desvio de poder, a um conceito mais substancial”.

Imagine-se, pois, a enorme abertura que se proporciona agora ao controle judicial mediante fatores como: a) a possibilidade jurisdicional de adentrar-se na apreciação de “interesses” coletivos e difusos e das simples “ameaças” a direitos individuais e coletivos (art. 5.º, incs. XXXV e XXI, da CF); b) a de investigar não apenas a “atividade” mas também a “inação” administrativa, quando violadora de direitos fundamentais (art. 5.º, § 1.º, da CF); c) o submeter-se agora a tarefa administrativa não só ao princípio da “legalidade” mas sim, até, ao da “moralidade” (art. 37, *caput*, da CF).

José Afonso da Silva¹² deixa nítido esse expansionismo recente do controle judicial “em observância daquelas regras antes não jurídicas, mas agora constitucionalizadas (moralidade, probidade, finalidade pública, impessoalidade etc.), a que a Administração deve adequar-se para poder dar às suas decisões caráter de razoabilidade, de logicidade, de congruência, faltando o qual as decisões se manifestam viciadas de excesso de poder, saindo, por assim dizer, do campo da discricionariedade para ingressar no limiar da arbitrariedade”.

Por tudo isso, no caso acima figurado parece-me que a discricionariedade administrativa restringe-se ao conteúdo do decreto de instalação e aos detalhes das providências para cumpri-lo, mas não mais comporta a liberdade de protelar a concretização dos direitos sociais.

10. Na hipótese de ainda não haver lei municipal criando os Conselhos referidos na legislação federal e atribuindo verbas e providências para tornar concretos os direitos à saúde e à assistência social, ousou sustentar que os interessados podem obter do Poder Judiciário sentença para que o Prefeito encaminhe a mensagem necessária à Câmara Municipal. É a consequência a que sou levado pelas considerações acima dispendidas.

O administrativista Hely Lopes Meirelles,¹³ antes mesmo da vigência da atual Constituição, deixou ensinamento que se assenta como luva ao caso: “Quando não houver prazo legal, regulamentar ou regimental para a decisão, deve-se aguardar por um tempo razoável a manifestação da autoridade ou do órgão competente, ultrapassado o qual o silêncio da Administração converte-se em abuso de poder, corrigível pela via judicial adequada, que tanto pode ser ação ordinária, medida cautelar ou mandado de segurança”. ... *omissis* ... “O silêncio não é ato administrativo; é conduta omissiva da Administração que, quando ofende o direito individual (vide comentário a seguir) do administrado ou de seus servidores, sujeita-se à correção judicial

11. Kazuo Watanabe, *Controle Jurisdicional*, S. Paulo, RT, 1980, p. 45.

12. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, S. Paulo, RT, 1989, p. 369.

13. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, S. Paulo, RT, 1982, p. 76.

e à reparação decorrente de sua inércia". O comentário a ser feito a essa lição clássica é o de que, depois de 1988, seria o caso de af acrescentar as palavras "ou coletivo", por força da nova redação do art. 5.º, inc. XXXV, da CF.

11. Respondidas as questões 1, 2 e 3 tento solucionar, com a singeleza de palpites pessoais, as de ns. 4 e 5.

Acredito que o problema da ação competente deva ser apreciado caso a caso, com a tolerância admitida pelos arts. 154, 244 e 284 do CPC.

Entretanto, considerando que o pedido das providências administrativas de que antes se cogitou não corresponde ao acesso "imediato" ao direito social considerado, senão a um "meio": para atingi-lo, parece-me que a tutela reclamada diz mais respeito a "interesses" coletivos e difusos do que a "direitos" propriamente ditos. Por essa razão, as ações mais indicadas para alcançar o desiderato seriam:

1) A ação civil pública, fundada no art. 1.º, inc. IV, da Lei 7.347, de 24.7.85, com a redação dada pela Lei 8.078, de 11.9.90, no art. 210, inc. I da Lei 8.069, de 13.7.90, no art. 31 da Lei 8.742, de 7.12.93; nos arts. 3.º a 5.º da Lei 7.853, de 24.10.89; e no art. 129, incs. II e III, da CF. O agente propulsor seria o Ministério Público.

2) Ações coletivas propostas por associações interessadas, com apoio no art. 5.º, inc. XXI, da CF e outros dispositivos legais pertinentes, *verbi gratia* o art. 210, inc. III, da Lei 8.069/90 e o art. 5.º, incs. I e II, da Lei 7.347/85.

3) Mandado de Segurança Coletivo, impetrado na forma do art. 5.º, inc. LXX, da CF.

Isso sem excluir outras ações próprias, iniciadas por pessoas interessadas, desde que não resultem na declaração da inconstitucionalidade por omissão em tese (como objeto da ação).

Há lembrar, entretanto, que no caso dos Conselhos Tutelares da Criança e do Adolescente, existe norma expressa que designa órgão supletivo no caso de sua falta. É o art. 262 do Estatuto respectivo: "Enquanto não instalados os Conselhos Tutelares, as atribuições a eles conferidas serão exercidas pela autoridade judiciária". Nesta hipótese, pois, o Poder Judiciário pode assumir diretamente ditas funções.

Quanto às sanções aplicáveis através dos mencionados procedimentos cíveis, às vezes estão previstas nas próprias leis pertinentes. No geral, podem ser perdidas e danos.

Por fim, convém aduzir que em várias hipóteses cabem ações de natureza penal, bastante eficientes para o objetivo desejado.

12. Penso que a orientação básica do Poder Judiciário para a implementação jurisdicional dos direitos sociais auto-aplicáveis está no dogma hermenêutico dos "poderes implícitos", assim definido pelo clássico Carlos Maximiliano: "Quando a Constituição confere poder geral ou prescreve dever, franqueia, também, implicitamente, todos os poderes particulares, necessários para o exercício de um ou cumprimento do outro".

A Constituição escancarou aos magistrados o leque geral de seu poder. Compete a cada qual, com a cautela aconselhável, encontrar o caminho adequado para aplicar esse poder novo, na busca de um futuro mais justo aos brasileiros.