

Temas antigos, problemas atuais: liberdade x igualdade e o direito positivo, como garantir um patamar mínimo de igualdade, base da democracia

Ancient themes, contemporary problems: freedom x equality and positive law, how to guarantee a minimum level of equality, basis of democracy

Gina Marcílio Pompeu*

Resumo

A garantia dos direitos sociais é um dos temas mais complexos, uma vez que envolve direitos inerentes ao homem desde os seus primórdios. Tem como base a eterna discussão jurídica, política e econômica, envolvendo a liberdade e a igualdade, que por vezes não caminham juntas, ao contrário, em certas ocasiões se opõem. Rompeu-se a barreira do século XXI, com as mesmas preocupações e angústias decantadas em séculos passados: melhor qualidade de vida, liberdade para todos, direito ou utopia no Brasil? Surge no final do século XX, novo sujeito de direito construtor da história : a comunidade, aquela que participa, fiscaliza a aplicação dos recursos públicos e exige meios que garantam o bem comum.

Palavras-chave: Democracia. Incredibilidade. Direitos Públicos Subjetivos. Controle Social.

Abstract

The guarantee of social rights is one of the most complex issues, once it involves mankind's rights, secured since ancient times. Its foundation is the ongoing juridical, political and economical involving freedom and equality, that sometimes do not tread together, on the contrary, they take different paths. The twenty-first century brings forth the same concerns and anguish endured in the previous century: improved quality of life, freedom for all: are they rights or utopia in Brazil? Toward the end of the twentieth century, a new legitimate subject emerges, in charge of building history: the community, the one that participates, monitors resource allocation and demands instruments to achieve the common welfare.

Keywords: Democracy. Distrust. Subjective Public Right. Social Control.

* Professora de Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado da Universidade de Fortaleza.- UNIFOR. Doutora em Direito pela UFPE (ginapompeu@secrel.com.br)

INTRODUÇÃO

Não há como fechar os olhos para o limite do real em países subdesenvolvidos como o Brasil e, especificamente, o estado do Ceará, onde a Constituição sucumbe a cada dia diante da fome, do desemprego, da falta de saúde, de moradia, da proteção à infância e à maternidade.

Os direitos existem e a situação socioeconômica não pode ser considerada uma barreira intransponível que aniquile a sua existência.¹ Ela apenas dificulta e impõe maiores esforços, daí resultar total intransigência no que é pertinente ao arbítrio e ao desvio de qualquer soma de recursos destinados à consecução dos direitos sociais. “A vontade de Constituição”, propalada por Konrad Hesse (1991, p. 24-32), também é real. Resta desenvolver estratégias sociais que cobrem, fiscalizem, exijam, estanquem o derrame de recursos, causado pela corrupção, que acompanha a história brasileira, inimiga da razão e da humanidade.

1 O INDIVIDUALISMO DEMO-LIBERAL E O INDIVIDUALISMO SOCIAL EM RADBRUCH

Gustav Radbruch (1979, p.146-152), ao analisar as diferenças essenciais entre o liberalismo e a democracia, anota que: “Para a democracia o conceito de igualdade sobrepuja o de liberdade; para o Liberalismo, inversamente, é o de liberdade que sobreleva o de igualdade”. Radbruch continua seu pensamento, determinando que :

[...] se empregarmos uma fórmula algébrica, podemos dizer que a Democracia atribui ao indivíduo um valor finito; o Liberalismo, um valor infinito. Para a primeira o valor do indivíduo é multiplicável, e o da maioria dos indivíduos, portanto, maior que o da minoria. O valor infinito do indivíduo, segundo o Liberalismo, é, pelo contrário, inigualável pelo de uma qualquer maioria, por maior que esta seja.

Como formas extremas de democracia e de liberalismo no pensamento de Radbruch (1979, p.148-149) haveria o socialismo e o anarquismo, respectivamente, uma vez que para a democracia o valor ético se sustenta na aplicação de seu conteúdo a uma maioria. A plenitude seria a sua aplicação num

número infinito de indivíduos. Já no liberalismo, o valor ético se realiza completamente em único indivíduo, tendo em vista que todo indivíduo é chamado a realizar esse mesmo valor ético, igual para todos.

Analisa por fim uma terceira corrente, a do individualismo social, concluindo que só esta poderia se contrapor à dita igualdade civil e política que na realidade resulta na desigualdade social e econômica que constitui a essência do “individualismo demo-liberal,” uma vez que, se existe uma igualdade do ponto de partida, esta logo se transforma numa desigualdade no ponto de chegada.

A isonomia de direitos fundamentais, como os estabelecidos no art. 5.º da Constituição Federal de 1988, o direito à vida, à igualdade, à segurança, à propriedade, e ainda mais o direito de liberdade contratual, os direitos políticos, individuais, sociais, difusos e coletivos, só teria validade real com a aplicação da igualdade material, na qual se tratam os iguais igualmente, os desiguais desigualmente. Caso contrário, essa interpretação isonômica, o tratamento dos desiguais, pobres e ricos, analfabetos e alfabetizados, proprietários e assalariados, classes dirigentes e deserdados, da mesma forma, resulta na dissimulação da realidade e no agravamento da desigualdade social entre os homens. Radbruch (1979, p.150-151) conclui:

Uma concepção social do direito e do Estado que torne perceptível à nossa visão jurídica estas diferenças de força social, esta posição de força ou impotência do indivíduo – permitirá tomar em consideração tais factos para o direito. Só assim poderão ser tratados diferentemente os que socialmente tudo podem e os que socialmente nada podem, protegendo-se os fracos e limitando-se o poder dos fortes. Só uma concepção desta natureza poderá enfim substituir o pensamento demo-liberal da igualdade pelo pensamento social da equiparação. Só o direito social deste modo caracterizado poderá representar o triunfo da equidade sobre a justiça rígida e estrita.

2 EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E A DOGMATIZAÇÃO JURÍDICA

Os direitos só existem se se puder constatar a sua efetividade, se as pessoas tiverem meios de cobrá-los. Os direitos sociais expostos no art. 6.º da

¹ “[...] o desenvolvimento político, jurídico, filosófico, religioso, literário, artístico etc., relaciona-se com o econômico. Porém, todos reagem uns sobre os outros e sobre a base econômica. Não se trata somente de entender que a situação econômica é sozinha a causa ativa de tudo e que os outros aspectos possuem apenas um efeito passivo. Porém, trata-se precisamente da alternância de efeitos sobre o fundamento da permanentemente realizável necessidade econômica em última instância.[...]”.

Não é tão simples, como alguém gostaria de afirmar confortavelmente, que tudo é apenas um efeito automático da situação econômica; os homens fazem sua própria história, porém num determinado Milieu, com fundamento em relações já existentes, dentre elas a econômica, que também recebe influência das restantes condições políticas e ideológicas, mas que em última instância é decisiva e pode oferecer a compreensão do “fio da meada”. (MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. 1954, p. 365-367).

Constituição Federal, dentre eles o direito à educação,² apresentam-se essenciais para a percepção dessa realidade de contrastes sociais e para o conhecimento da força ou impotência do próprio indivíduo perante o Direito e o Estado. Dentre os direitos sociais, o acesso à educação é deveras importante para que, uma vez qualificado e consciente, o indivíduo encontre meios de se opor e de contestar essa realidade que o oprime e limita sua qualidade de vida.

Desse pressuposto, parte-se para a relevância do presente estudo. Até quando é importante o controle da própria sociedade para a efetivação dos direitos sociais.

João Maurício Adeodato (1999/2000, p. 156-183), no trabalho *Pressupostos e Diferenças de um Direito Dogmaticamente Organizado*, expõe a análise do que chama “visão interna do sistema dogmático” e destaca cinco “condições ou constrangimentos” do direito dogmático. Em primeiro lugar, deve-se fixar os textos normativos; em segundo, dizer o que significam os termos que os compõem; em terceiro, argumentar com referência a eles; em quarto, decidir com base neles; em quinto, fundamentá-los, justificando as decisões concretas.

Ao desenvolver o terceiro tópico, João Maurício Adeodato (1999/2000) salienta a obrigatoriedade de só argumentar tomando por base e alegando expressamente os textos normativos pré-fixados. Sob a visão crítica do autor, a validade dogmática de um argumento não está previamente condicionada a critérios externos como justiça, verdade científica, racionalidade ou mesmo a fatos concretos, daí a independência da ‘verdade’ jurídica em relação à ‘realidade’. Exemplifica com o brocado ‘o que não está nos autos não está no mundo’.

Como é possível dissociar o conceito de Direito de uma visão da sociedade e do próprio homem? O Direito positivo é apenas norma posta momentaneamente, mutável de acordo com os interesses políticos, econômicos e pressões sociais, às vezes mais ou menos nobres, em determinado momento histórico. Não se consegue entender um tipo de direito elevado à condição de dogma, distanciado e “emancipado,” no dizer do professor, “aos demais subsistemas sociais como a técnica, a religião, a moral, a etiqueta, e os usos sociais...” descrito como sistema jurídico autônomo ou “autopoiese.”

Niklas Luhmann (1986), na mesma corrente de Günther Teubner (1986), desenvolve a teoria dos sistemas sociais “autopoieticos”. Esse neologismo,

oriundo do estudo dos sistemas biológicos, que seriam auto-referenciais, organizados e reproduzidos por intermédio de circulação de elementos inerentes ao próprio sistema, trouxe ao mundo jurídico a assertiva de que o sistema legal procede a uma auto-reprodução por eventos legais e só por eventos legais, sendo considerados sistemas normativamente fechados. O sistema legal conhece as instituições do sistema político, eleições, plebiscito, referendo..., porém a produção do Direito sai do Legislativo para os tribunais, concluindo-se que ocorre uma redução drástica do espaço político. A regra da maioria e a própria democracia saem enfraquecidas.

Celso Fernandes Campilongo (2000, p.76), ao tratar do tema *A regra da maioria e as teorias sociais do direito*, cita a opinião de Gunther Teubner (1986):

[...] não são os interesses sociais que estimulam mudanças do processo legislativo, mas somente aquelas pressões sociais que se mostram capazes, no cenário interno do sistema jurídico, de provocar inovações. Continua adiante: a aprovação social da norma não é mais o fator que governa a seleção. Este papel é assumido pela aprovação interna, pela autopoiesis do direito.

Contrariamente ao dogmatismo jurídico, apesar do anseio do século XVIII por um Direito escrito, isonômico, Montesquieu (1799, p.128-129) lecionava que as leis devem estar intrinsecamente ligadas ao físico de um país, ao gênero de vida dos povos, à sua religião, às suas inclinações,...“Elas devem ser de tal modo próprias ao povo para o qual são feitas, que seria um acaso muito grande se as de uma nação pudessem convir a uma outra.”

Rousseau (2001, p. 94), no Capítulo XII, do Livro II – *Divisão das Leis*, do Contrato Social, fala-nos das leis políticas ou fundamentais, das leis civis, das criminais e de uma quarta espécie, que considera a mais importante de todas, aquela oriunda da observação dos políticos aos usos e costumes e, sobretudo, da opinião popular.

Os direitos sociais fazem parte do interesse público indubitavelmente, em especial essa quarta espécie de lei prevista por Jean-Jacques Rousseau. A previsão dos direitos sociais, no texto da Constituição Federal de 1988, e a ordem de aplicação imediata representam a positivação da vontade do povo brasileiro que elegeu o Poder Constituinte para elaborar o texto da ordem maior do novo Estado.

A história demonstra as lutas travadas por um direito escrito, positivado, igualitário, e como a criatura que se volta contra o criador, a lei, hoje, transformada

² BRASIL. Constituição Federal de 1988, in verbis “art.205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

por muitos em dogma, independentemente da vontade dos homens. Existe, como o Leviatã de Thomas Hobbes (2002), um animal artificial, de maior estatura e força do que o homem natural.

Diante da *autopoiese* do Direito, persistem dúvidas de como conciliar:

- Democracia e dogma jurídico.
- Dogma jurídico e desenvolvimento social, cultural e direitos humanos.
- Existe lacuna da Lei no Direito Dogmático? Como o juiz pode se escusar de julgar, *jus non liquer est*, tendo que utilizar apenas o Direito dogmatizado?
- É a legitimidade, um dos pontos cruciais de abertura e comunicação entre o sistema dogmático e o sistema político?
- Sem a dogmatização dos direitos sociais, é possível reverter o seu suposto conceito de mera norma programática?

Não se acredita que a emancipação e a autonomia do sistema jurídico perante demais normas éticas, morais, usos, tradições e economia signifiquem um sinônimo de avanço, ou de segurança para a comunidade, pois é lúcida a assertiva de François Rigaux, quando diz: “Não se matou, massacrou e torturou menos sob a bandeira do direito que sob o estandarte da religião” (RIGAUX, 2000, p.21).

3 O CONTROLE SOCIAL E O CONTROLE ESTATAL

Nelson Saldanha (1986, p. 33) também leciona que a forma legal, mesmo indispensável instrumento do Direito, não pode substituir a legitimidade, que corresponde à vontade do Estado nação. E se vê nisso um prisma metafísico, qual seja: foi o exagerado repúdio da metafísica que estimulou neste século alguns dos maiores lances de violência, e que alimentou, com os conceitos positivísticos, o preconceito contra a idéia de um Direito ligado à modernidade e à política, ligado a valores, ligado à justiça. Celso Fernandes Campilongo (2000, p. 54-106)³ escolhe os pensamentos de autores como Selznick, Nonet e Boaventura Santos para analisar, sociojuridicamente, as contradições dos anos 1980, para tratar do “novo direito da democracia”, por

alguns chamados de “Direito responsivo”, destinado a saciar os anseios sociais e dotado de um grande componente de participação popular. Outrossim apresenta as críticas de Teubner e de Luhmann ao direito responsivo, demonstrando principal preocupação em restaurar a integridade sistêmica do Direito.

Selznick e Nonet (apud CAMPILONGO, 2000, p.59-65) apresentam numa escala evolutiva o Direito em três fases: o repressivo, do período de consolidação do Estado moderno; o autônomo, inerente ao modelo jurídico liberal; e, por fim, para os dias atuais, tem-se o Direito responsivo. Esses autores rechaçam o Direito autônomo, ou seja, aquele Direito separado da política, da economia, da religião etc. Alegam que o seu formalismo acaba por se transformar em obstáculo às transformações sociais, pois, usando seus procedimentos judiciais como técnica de amortecimento, ele banaliza, trivializa e institucionaliza os conflitos sociais.

Para os autores há pouco citados, a participação e a integração comunitária estão intrinsecamente ligadas à clarificação do interesse público, cuja efetividade deve contar com uma noção de legalidade que represente capacidade para redução das arbitrariedades da ação administrativa que alega fulcro no Direito positivo. Essa legalidade deve dar suporte à justiça substantiva. Já a regulação não é vista como simples processo de produção legislativa, mas envolve novos procedimentos decisórios para a ampla elaboração e correção de políticas necessárias para a captação da intencionalidade do Direito e do interesse público.

Selznick e Nonet (apud CAMPILONGO, 2000, p. 64) sugerem uma relativização do potencial da regra da maioria como técnica de legitimação das decisões políticas, uma vez que poderá levar a uma pureza formal de atender aos 51% dos votantes que constituem uma maioria, mas, por outro lado, poderá esquecer os direitos de 49% daqueles que clamam pela tomada de decisões que contrariam a vontade da maioria. Para o direito responsivo devem-se buscar decisões de soma positiva, nas quais todas as partes envolvidas no processo decisório possam ter ganhos relativos.

A redução da realidade social, econômica e política a esquemas jurídicos é inconsistente.

³ Para Celso Fernandes Campilongo (2000, p. 54-106), “[...] a adoção de um sistema responsivo expõe a autoridade política e legal à crítica social. Por isso, sua primeira característica é a soberania dos propósitos ou intenções sociais. Nisso reside o cerne de suas virtudes e dificuldades. A principal virtude, a permanente sensibilidade para os reclamos da sociedade. A maior dificuldade, forjar instituições aptas a conciliar racionalidade formal e racionalidade material, captando constantemente a intencionalidade social. Essa combinatória sofisticada a análise jurídica torna difícil sua separação da análise política e empírica. Rompe, desse modo, com a matriz paradigmática do direito autônomo”.

Outrossim, faz-se necessário que as constituições contemporâneas passem da esfera de simplesmente declarar princípios ao fato concreto de fazer cumprir direitos ali expressos, assegurando aos seus preceitos eficácia jurídica e social.

Para autores alemães como Hesse (In: BENDA, 1996, p. 98), Häberle, (In: PINA, 1991, p. 108) e Starck (1981, p. 241), aos direitos sociais não corresponde nenhum direito subjetivo, pois são obrigações positivas impostas ao Estado, que deverá tomar medidas destinadas à sua realização. Esses direitos não podem ser questionados perante o Poder Judiciário e, se o forem, o resultado será discutível. Os direitos sociais na Constituição alemã não estão incluídos no rol dos direitos fundamentais.

José Adércio Leite Sampaio (2000, p. 677-82) comenta a tese de autores objetivistas, para os quais, mesmo nos países que não adotaram o sistema alemão e austríaco de exclusão textual dos direitos sociais do rol dos direitos fundamentais, existe uma impossibilidade de questionamento desses direitos por via judicial, em razão dos seguintes obstáculos:

- a dificuldade de seu reconhecimento, se como normas programáticas, normas organizadoras ou normas de garantias institucionais;
- conteúdo impreciso; e
- controle da agenda política nas mãos do Judiciário e não do Parlamento.

Para esses autores, o resultado seria a decepção. A busca pela constitucionalização passa a significar soluções teóricas para problemas práticos de desigualdade de condições materiais, de acesso aos serviços e vantagens proporcionados pelos direitos sociais, o que pode produzir efeito perverso, frustrando as expectativas das pessoas.

Ingo Wolfgang Sarlet (1998, p. 311-21) também comenta autores alemães, como Christian Starck, Rüdiger Breuer e Robert Alexy que, de certa forma, se vinculam ao estudo da proteção de um padrão mínimo em segurança e benefícios sociais, relacionados com as condições materiais de efetivação dos direitos sociais. Ressalta a posição do publicista alemão Christian Starck, que, apesar de refratário à existência de um direito originário a prestações das normas de direitos fundamentais, considera admissíveis algumas exceções, desde que atendidos os pressupostos de:

- [...] a) a premente e compulsória necessidade de assegurar materialmente um direito de liberdade; b) determinabilidade do conteúdo da prestação; c) garantia dos recursos necessários sem invasão da esfera de competência do legislador em matéria orçamentária; d) sujeição do direito social prestacional à cláusula vinculatória do art. 1.º, inc. III, da Lei Fundamental (princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais). (SARLET, 1998, p. 312).

Christian Starck (1981, p. 237 e ss) adere à concepção de que compete ao Estado assegurar condições materiais para a fruição dos direitos fundamentais. Assinala, outrossim, que o conteúdo da prestação deve ser suficientemente determinado ou determinável, que a incidência do Direito se encontre dentro da limitação fática representada pela reserva do possível no que consiste a matéria orçamentária, ou seja, que deverá existir uma quantidade de recursos necessários à concretização do Direito sem a intervenção na esfera da legislação orçamentária e que não represente excessiva carga para o orçamento público.

A visão de Rüdiger Breuer (apud SARLET, 1998, p. 313) destaca-se no contexto dessa temática, no sentido de convalidar o reconhecimento dos direitos fundamentais originários a prestações, no âmbito de uma solução minimalista, partindo do pressuposto de que, no Estado moderno, o indivíduo encontra-se dependente da atuação dos poderes públicos. Assim, a plena atuação da justiça social só se dará quando o Estado garantir as liberdades fundamentais. Reconhece os direitos subjetivos a prestações, quando indispensáveis à manutenção das liberdades fundamentais, quando o indivíduo não possuir condições de, sem o auxílio do Estado, exercer autonomamente a sua liberdade.

Segundo Ingo Sarlet (1998), Robert Alexy tenta conciliar o princípio da liberdade fática com os princípios da separação dos poderes e princípios materiais relativos à liberdade jurídica de terceiros e direitos sociais e bens coletivos, determinando parâmetros genéricos e circunstâncias que permitem o reconhecimento de direitos originários a prestações:

- [...] a) quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática; b) quando o princípio da separação dos poderes (incluindo a competência orçamentária do legislador), bem como outros princípios materiais (especialmente concernentes a direitos fundamentais de terceiros) forem atingidos de forma diminuta... Para Alexy, tais condições se encontram satisfeitas sobretudo na esfera dos direitos sociais que correspondem a um padrão mínimo, como é o caso do direito às condições existenciais mínimas, direito à formação escolar e profissional, uma moradia simples e um padrão mínimo de atendimento na área da saúde. (apud SARLET, 1998, p. 316)

4 OS FATORES REAIS DE PODER E A VONTADE EFETIVA PARA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

O debate sobre a realização dos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal de 1988, como direitos prestacionais exigíveis

judicialmente, deverá se operar individualmente por meio da interpretação sistemática da Constituição e da legislação infra-constitucional que não possui o mesmo grau de elaboração entre os vários direitos enumerados, que são: direito à saúde, à educação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, e à assistência aos desamparados.

É inegável que todos esses direitos acima apontados são componentes essenciais do direito à vida e à dignidade, porém é doloroso aceitar o fato de que, se não houver planejamento, dotação orçamentária suficiente para concretizar as estratégias garantidoras do acesso a esses direitos, o sujeito do direito, também, através da tutela jurisdicional, não obterá êxito.

Algumas dessas estratégias utilizadas no Brasil foram a Ação Popular (Lei n.º 4.717/65 e as representações de inconstitucionalidade,⁴ que visavam a defender interesses públicos, com sentença de efeitos *erga omnes*. Só em 1985, por influência da doutrina estrangeira, surgiu a Ação Civil Pública.

Márcio Flávio Mafra Leal (1998, p. 183-218) trata do desenvolvimento das ações coletivas que visam a dirimir conflitos meta-individuais no Brasil e afirma que a promulgação da Lei n.º 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública não foi o resultado de um movimento social, como ocorreu nos países anglo-americanos, onde o papel de grupos intermediários, minorias étnicas, mulheres, consumidores e ambientalistas tiveram papel decisivo. No Brasil ocorreu uma revolução entre os professores e profissionais do Direito, estudiosos da doutrina estrangeira, que exigiram tratamento processual para solucionar conflitos meta-individuais.

Não era possível constatar na heterogênea população brasileira, no início da década de 1980, consciência jurídica e política que motivasse manifestações sociais e pressões significativas.

O estudo e a prática da Ação Civil Pública tiveram um efeito pedagógico na população brasileira. Despertou para a vontade de concretizar um sem-número de direitos civis, difusos, coletivos ou individuais homogêneos, até então adormecidos pelas duas décadas de regime autoritário. A doutrina da ação civil pública serviu para alargar as fronteiras da efetivação dos direitos da sociedade, causando uma revolução no ordenamento jurídico que tem ressonância na defesa da exigibilidade judicial dos direitos sociais.

Para bem se entender a positivação dos direitos sociais na Constituição brasileira de 1988, é necessário inseri-la no âmbito histórico pós-regime autoritário, centralizador, a Constituição como fruto de um poder constituinte eleito e desejoso de, através da lei maior, operar ou direcionar o País para mudanças significativas que diminuíssem o fosso da desigualdade social e impulsionassem o Brasil para o desenvolvimento.

Luís Roberto Barroso (1996, p. 53), tratando do que chama “Insinceridade Normativa”, discorre sobre a classificação ontológica das constituições, de Karl Loewenstein, dividindo-as em três gêneros.

O primeiro seria a Constituição normativa, aquela não apenas juridicamente válida, mas que está integrada na sociedade. “Suas normas dominam o processo político ou, inversamente, o processo de poder se amolda às normas da Lei maior, submetendo-se a elas”

O segundo gênero seria a Constituição semântica, que existe tão-somente para beneficiar os detentores do poder de fato, pois dispõem do poder coativo do Estado. A Constituição esconde, dissimula e disfarça as facetas da vida institucional do País. Consagra princípios, mas não os aplica. Cita, como exemplo de constituições semânticas, as brasileiras de 1937, 1967, 1969, a Constituição do Chile de 1981, a Constituição do Paraguai de 1967. São meros instrumentos de dominação.

Enquadradas no terceiro tipo, denominado de Constituição nominal, estariam, segundo Luís Roberto Barroso (1996, p. 55), as Constituições brasileiras de 1891, 1934 e 1946.

Sob a ótica atual, enquadrar-se-ia também a Constituição de 1988. Situando-se entre as duas espécies analisadas, na Constituição nominal, o processo político ainda não está adaptado às normas constitucionais, porém existe um processo educativo para sanar a desarmonia social e econômica presente no sentido de fazer o legal tornar-se real. Seria uma etapa anterior à efetiva Constituição normativa. Almeja-se um amadurecimento para que vigore uma Constituição válida, harmonizada com os fatos históricos.

Acredita-se que o Estado social significa uma evolução do Estado liberal, congregando elementos do *status quo* com instrumentos de transformação social. Ele impõe estratégias de desenvolvimento social e político aos poderes públicos, que devem respeitar e promover os direitos fundamentais. De

⁴ Aconselha-se a leitura sobre as representações de inconstitucionalidade na obra de Mendes (1990).

acordo com Jorge Miranda (1992, p.198 e segs)⁵, em cada ato (qualquer ato) dos poderes públicos, a efetivação dos direitos fundamentais deve ser a baliza e referencial. Para J. Miranda (1992), juízes e tribunais estão obrigados, por meio da aplicação, integração e interpretação, a outorgar a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico às normas de direitos fundamentais.

Espera-se que as constituições modernas organizem o exercício do poder político, definam os direitos fundamentais e tracem os fins públicos a serem alcançados pelo Estado.⁶ Luís Roberto Barroso (1996, p. 53) qualifica as normas constitucionais em:

- as constitucionais de organização, aquelas que entre outras funções definem a forma de estado e de governo, a divisão orgânica do poder, o sistema de governo, definem competências dos órgãos constitucionais, criam órgãos públicos, estabelecem normas processuais ou procedimentais de revisão da própria constituição, de fiscalização;

- as constitucionais definidoras dos direitos fundamentais que podem ser agrupados em três ordens: os direitos políticos, os direitos individuais e os direitos sociais; e

- as constitucionais programáticas, que traçam linhas diretoras, estabelecem princípios e fixam programas, orientando os poderes públicos.

O direito à educação situa-se no contexto das normas constitucionais definidoras dos direitos e especificamente na categoria dos direitos sociais. Esses direitos constituem um avanço nas perspectivas individualistas do liberalismo, tentam amenizar distorções na sociedade, visando à melhoria das condições de vida e à minoração das desigualdades materiais, através da intervenção estatal, assegurando direitos ligados à segurança social, ao trabalho, ao salário digno, à educação, ao acesso à cultura, dentre outros.

CONCLUSÃO

Uma das promessas normativas da democracia é a de que os cidadãos terão respeitados os seus direitos, o que pressupõe a presença normativa e institucional

do Estado. Infelizmente, a combinação de alto índice de corrupção, fragilidade dos partidos políticos, baixa eficácia de políticas públicas incluídas, investidas indiscriminadas do Estado liberal e de crise fiscal impedem que Estado e governo democrático estejam efetivamente presentes na realidade brasileira, o que produz como resultado uma atitude ambivalente dos brasileiros que ainda têm em relação à democracia a sensação de que dela não resulta qualquer impacto positivo na qualidade econômica de suas vidas e na diminuição da extrema concentração de renda (LINZ; STEPAN, 1999, p. 203-226).

A crença na democracia e nos seus valores é tarefa de construção diuturna, a exigir empenho da sociedade que fiscaliza, denuncia e requer investigação sobre atos suspeitos de corrupção; do poder político, que assume o seu papel nas democracias representativas e realiza investigações aprofundadas, trazendo ao debate político o interesse social; do Estado, que respeita a lei e efetiva a justiça. O Estado deve superar o debate entre o ato discricionário e o ato vinculado e afirmar que todos os registros financeiros serão rotineiramente sujeitos à inspeção, e que todos os servidores no controle de verbas públicas têm o dever de usar procedimentos transparentes e serão responsabilizados pelo mau uso de verbas públicas em objetivos privados, prevendo a restituição dos valores e até a prisão.⁷

Para que se alie à democracia eleitoral, já alcançada no Brasil, à democracia cidadã, a estruturar, propõe-se neste trabalho a construção de uma hermenêutica dos direitos sociais fundamentada na Teoria do Direito, na Filosofia e Sociologia do Direito, no Direito Constitucional, no Direito Internacional e nos Direitos Humanos, bem como no Direito Processual, para que sirva de esteio e possa ser utilizado pelas comunidades, seus conselhos, pelo Ministério Público, e demais agentes do Estado, na tomada de estratégias de exigibilidades desses direitos, também, nos tribunais. A República e o Estado democrático de direito desejados erguem-se sobre os pilares da igualdade e da liberdade, ambos sustentados na efetivação dos direitos sociais. É insustentável a tese de que bastam leis para a construção de um Estado democrático de direito, uma vez que o seu artífice e a sua matéria são o próprio homem.

⁵ Para o entendimento do processo evolutivo dos direitos fundamentais nas cartas constitucionais, é recomendável a leitura das obras de Miranda (1992).

⁶ No pensamento de José Adércio Leite de Sampaio (2002, p. 682): "Essa idéia de evolução, de 'complementariedade tensa', se mostra evidente se enxergarmos que o Estado social, notadamente em seu paradigma societário, não só aperfeiçoa a estrutura de garantia e tutela dos direitos, como intenta realizar 'as condições para tornar efetiva a participação política e a fruição da liberdade' (Carlassare). Aparecem, assim, os direitos sociais como uma síntese entre liberdade e igualdade ou como forma imprescindível de afirmação de uma liberdade 'igual' e de garantia da realização efetiva do princípio democrático".

⁷ Cada um desses componentes já esteve presente quando do impeachment do Presidente Collor. As acusações vieram a público através da sociedade civil. O Congresso Nacional assumiu as investigações, o procurador-geral da República realizou inquérito, o Ministério Público e a Polícia Federal desempenharam o seu papel e, na agenda democrática do Brasil foi inserida a questão da impunidade das autoridades públicas e legisladores, julgamento e condenação.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. Pressupostos e diferenças de um direito dogmaticamente organizado. *Boletim da Faculdade de Direito-Stvdia Ivridica*, Coimbra, n. 48, p. 155-173, 1999/2000.
- ALEXY, Robert. Grundrechte als subjektive rechte und als objective normen. *Der staat*, n. 29, p. 49-52, 1990.
- ALEXY, Robert. *Theorie der grundrechte*. 2. ed. Frankfurt: A. M. Suhrkamp, 1994.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BENDA, Ernst et al. *Manual de derecho constitucional*. Tradução de Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- BREUER, Rüdiger. Grundrechte als anspruchsnormen. In: *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlass des 25. jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts*. München: C.H. Beck, 1978. p. 89-91.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.
- LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. *A transição e consolidação da democracia: a experiência do sul da Europa e da América do Sul*. Tradução de Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- LUHMANN, Niklas. The self reproduction of law and its limits. In: TEUBNER, Güther (Org.). *Dilemmas of law in the welfare state*. Berlin: De Gruyter, 1986. p. 227-245.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Briefe über das kapital*. Tradução Martônio Mont'Alverne B. Lima. Berlin: Dietz Verlag, 1954.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais: sua dimensão individual e social. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 1, p. 198-200, 1992.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Gráfica Coimbra, 1993. 4. v.
- MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Paris: Editions Garnier Frères Flammarion, 1973.
- NASCIMENTO, Milton Meira do. *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 2001. v. 1.
- PINA, Antonio Lopez. *La garantía de los derechos fundamentales*. Madrid: Civitas, 1991.
- RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Tradução de Edmir Missio e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Flammarion, 2001.
- SALDANHA, Nelson. Parcela do texto da palestra pronunciada na faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, em 30 de março de 1984. In: _____. *Constituição e crise constitucional*. Recife: OAB/Fundação Antônio dos Santos Abranches, 1986.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SELZNICK, Philip; NONET, Philippe. *Law and society in transition: toward responsive law*. New York: Harper and Row, 1978.
- STARCK, Christian. Die grundrechte des grundgesetzes. *Revista JuS*, München, p. 237-241, 1981.
- TEUBNER, Günther. Evoluzione giuridica ed autopoiesi. In: TREVES, Renato (Org.). *Crisi dello stato e sociologia del diritto*. Milano: Franco Angeli, 1987.