3

Os direitos sociais

3.1

O reconhecimento constitucional dos direitos sociais

A doutrina se manifesta de formas diversas ao se referir à positivação dos direitos sociais. O conteúdo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 remete a esses direitos, mas é a Constituição Mexicana de 1917 que tem-se apresentado como a primeira Constituição a reconhecer em seu texto os direitos fundamentais sociais, na medida em que os contemplou no capítulo sobre as garantias e liberdades.

Entretanto, foi na Declaração francesa de 1793, também conhecida como Constituição Jacobina, que os direitos sociais foram positivados inicialmente. Esta Declaração é, na verdade, uma reformulação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte em decorrência da Revolução Francesa. A Constituição Jacobina, importante por seu conteúdo democrático, positivou um elenco de direitos do homem, reconhecendo, dentre eles, o direito ao trabalho, à proteção frente à pobreza e o direito à educação, normatizando a luta pelas conquistas sociais. Assim, foi a partir das declarações de direitos que se iniciou a história do constitucionalismo (Luño, 1995, p. 37-40).

À medida que o processo de industrialização avançou, o proletariado foi adquirindo um protagonismo ao longo do século XIX que despertou para o problema das desigualdades entre classes sociais, situação que havia se acentuado com a Revolução Industrial. Esta Revolução alterou profundamente a vida e o modo de trabalho, levando a classe operária a reclamar da exploração sofrida e a reivindicar melhorias nas condições de trabalho e nos salários, o que deu origem aos sindicatos, que tiveram suas primeiras conquistas após promoverem movimentos reivindicatórios por toda a Europa.

O anseio popular que esteve na base destes movimentos reivindicatórios, bem como nas Declarações de direitos motivou a luta pelo reconhecimento dos

direitos sociais para todos os cidadãos, em oposição aos clássicos direitos individuais, fruto do triunfo da revolução liberal burguesa. Os direitos sociais nasceram, portanto, conforme anteriormente descrito, como direitos de igualdade, com a pretensão de garantir a todos o bem-estar social. O direito ao trabalho, a seus frutos e à seguridade social se tornaram as novas exigências dos cidadãos, que passaram a reclamar a sua proteção jurídica.

Luño (1995) salienta que o Manifesto Comunista, redigido por Marx e Engels em 1848 pode ser considerado o documento que consagrou os direitos sociais. Nesse mesmo ano, a Constituição Francesa da Segunda República ratificou tais exigências. Os direitos sociais apresentam um caráter universal e a discussão em torno deles concentra-se na discussão acerca do direito ao trabalho, que está diretamente ligado à propriedade. Assim, “toda propriedade que não provém do trabalho não está justificada, todo trabalho que não conduz à propriedade é opressivo” (Herrera, 2010, p. 9). A Constituição Jacobina de 1793, portanto, conectada com o espírito de proteção dos princípios revolucionários de 1789, foi concebida como a Declaração da Liberdade, enquanto a Constituição Francesa de 1848 foi a Declaração da Igualdade.

O triunfo da Revolução Soviética culminou com a promulgação da Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado em 1918 cujo texto, redigido por Lênin, foi incorporado logo em seguida à Constituição Soviética, contestando as Declarações burguesas de direitos, pois ignorava o reconhecimento de qualquer direito individual, e buscava uma “socialização da propriedade e da produção” (Herrera, 2010, p. 17). Não obstante, no texto da Constituição Soviética de 1936 foram inscritos uma diversidade de direitos políticos, cuja titularidade era estendida a todos os cidadãos da União Soviética, sendo que o seu exercício estava restrito ao interesse da coletividade. Esta Constituição serviu de inspiração para o Estatuto Constitucional dos Direitos Fundamentais na maior parte dos países socialistas.

Diferentemente da Constituição Socialista da União Soviética, a Constituição do México de 1917 foi a primeira a tentar conciliar no mesmo texto os direitos de liberdade e os direitos sociais, superando a oposição entre o individualismo e o coletivismo. Contudo, o texto da Constituição Alemã de Weimar, de 11 de agosto de 1919, foi considerado o mais importante dentre os

demais, na medida em que melhor refletiu o novo estatuto dos direitos fundamentais na transição do Estado Liberal para o Estado Social de Direito. Por esse motivo, a Constituição de Weimar é considerada paradigmática no tema. Positivou direitos e deveres fundamentais para os alemães, reconhecendo junto às liberdades individuais tradicionais, direitos sociais referentes à proteção da família, à educação e ao trabalho.

Esta Constituição serviu de modelo inspirador para outras constituições da época, que procuravam conciliar em seus sistemas de direitos fundamentais as liberdades com os direitos econômicos, sociais e culturais. Tal orientação se refletiu, inclusive, na Carta Republicana de 1931 e em todo o constitucionalismo posterior à Segunda Guerra Mundial, como é o caso da Constituição Francesa de 1946, da italiana de 1947 e, como não podia deixar de ser, da Lei Fundamental da Alemanha de 1949.

3.2

Natureza dos direitos sociais: sua fundamentalidade

Há uma parcela da doutrina que utiliza a estrutura heterogênea dos direitos sociais como argumento para afirmar que não se trata de direitos dotados de fundamentalidade, pois, sob a denominação de direitos sociais estão compreendidos direitos que ora se apresentam sob a forma de direitos de liberdade clássicos, ora como direitos que refletem o conteúdo do Estado Social de Direito. Em razão da função que podem desempenhar, apresentam-se como direitos de defesa ou direitos a prestações, tendo em vista o valor que propugnam direitos de liberdade ou de igualdade, ou até, pela atividade que lhes é imposta, podem, esses direitos, caracterizarem-se por uma abstenção por parte do Estado ou uma prestação.

Carlos Miguel Herrera (2010, p. 5) traz a opinião sustentada, segundo ele, pela maior parte da doutrina estrangeira, sobretudo europeia, afirmando que os direitos sociais “não seriam autênticos direitos, exigíveis no sentido técnico-jurídico do termo, mas pelo contrário “objetivos”, “fins”, “princípios”, não justiciáveis perante (e pelos) tribunais”. Desta forma, não seriam direitos

garantidos constitucionalmente e, por conseguinte, direitos subjetivos, mas princípios dirigentes, isto é, norteadores da ação estatal. Diante disso, afirma que possuem uma natureza jurídica distinta dos direitos individuais, não se tratando, assim, de autênticos direitos fundamentais, o que se torna um obstáculo à completa caracterização jurídica dos direitos sociais e à sua realização efetiva.

Nesse sentido, pode-se afirmar que bastou o reconhecimento constitucional dos direitos sociais, especificamente os prestacionais, direitos que necessitam, para sua concretização, do investimento do Estado em políticas públicas, para que fosse questionada a sua condição como direito fundamental. Tal fato coloca-se como uma “resistência” em se atribuir fundamentalidade a essa categoria de direitos. Defender esse ponto de vista caracteriza uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, já que os direitos de defesa e os de cunho prestacional em conjunto têm por fim último a proteção daquele princípio constitucional. Trata-se de direitos sociais que se complementam para que este resultado seja atingido, de tal sorte que este argumento não se sustenta.

A maior parte da doutrina pátria reconhece nos direitos sociais a natureza de direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais, políticos e à nacionalidade. Assim, na tentativa de encontrar argumentos que contribuam para incluir os direitos sociais na categoria dos direitos fundamentais, há que se analisar a natureza daqueles direitos, no sentido de revesti-los da fundamentalidade necessária a torná-los aptos a produzirem o efeito objetivado por seu conteúdo.

Silva (2008), ao tratar do tema, afirma que:

Certa corrente concebe os direitos sociais não como verdadeiros direitos, mas como garantias institucionais, negando-lhes a característica de direitos fundamentais. A doutrina mais consequente, contudo, vem refutando essa tese, e reconhece neles a natureza de direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais, políticos e do direito à nacionalidade. São direitos fundamentais do *homem-social* (...). Caracterizam-se como prestações positivas impostas às autoridades públicas pela Constituição (Silva, 2008, p. 151).

Do ponto de vista estrutural, os direitos sociais constituem tanto obrigações de prestação positivas, em que sua satisfação fica a cargo do poder público, quanto “direitos de natureza negativo-defensiva”. Estes, por sua vez, não possuem conteúdo prestacional e têm como destinatário os cidadãos, assim como ocorre com os direitos individuais. Os clássicos direitos de defesa, entretanto, como o

direito de voto e a liberdade de expressão, requerem uma abstenção por parte do Estado, no sentido de uma não interferência do poder público, mas também obrigações de “prover a numerosas e complexas condições institucionais do respectivo exercício e garantia”. Para o direito constitucional português, da mesma forma que ocorre na Carta Magna, podem existir direitos negativos com pretensões positivas, ensejando a criação de leis prestacionais por parte do legislador, quando ocorrer falta de um objeto determinado, que possa fundamentar a realização desses direitos (Queiroz, 2006, p. 16).

Ao contrário dos direitos de liberdade, portanto, há direitos sociais que não possuem um conteúdo determinado ou determinável, impondo essa obrigação ao poder público. Desta forma, a distinção entre direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais, ou simplesmente direitos sociais, não resulta de uma diferença de natureza entre estes dois tipos de normas. Ambos são direitos fundamentais, pois a medida e a intensidade da vinculação jurídica de cada norma, seja do primeiro grupo ou do segundo, depende do caráter mais concreto ou mais abstrato da norma e da identificação dos destinatários. Identificar uma norma como pertencente ao primeiro ou ao segundo grupo acaba resultando, em alguns casos, numa decisão a critério do legislador (Queiroz, 2006, p. 17-18).

É o que se depreende da simples interpretação literal da CF/88, ao verificar que o legislador constituinte incluiu os direitos sociais entre os direitos fundamentais no Título II da Carta. Nesse sentido, Sarlet (2009, p. 66) destaca que “a acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais”.

Os objetivos traçados na CF/88 de construir uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza, fundamentada na dignidade da pessoa humana passam, inevitavelmente, pela consagração dos direitos sociais no catálogo dos direitos fundamentais. O atual Estado Democrático de Direito consubstancia-se em um Estado de abertura constitucional enraizado no postulado da dignidade do ser humano. “É, assim, uma instituição de ilimitada absorção das aspirações e conquistas sociais” (Castro, 2003, p. 18).

Mais do que positivizar os direitos sociais, cabe ao legislador conferir efetividade ao seu conteúdo, não bastando o reconhecimento formal do direito, no intuito de evitar uma desvalorização da Constituição, como adverte Karl Loewenstein (1976, p. 222). É imprescindível executá-la integralmente, e não apenas nos pontos em que se mostra conveniente à disponibilidade do poder público. Existem conteúdos dos direitos sociais que são tão essenciais em razão de seu objeto, como o direito à saúde, por exemplo, que não podem correr o risco de serem desconsiderada a sua fundamentalidade, sob pena de comprometer mais que a dignidade humana.

Nestes casos, o bem protegido é a própria vida. Ademais, a estreita relação que os direitos sociais guardam com o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República, evidencia sua importância para a construção da cidadania e a garantia de uma ordem jurídica justa. O princípio da dignidade da pessoa humana “constitui-se no direito prolífero por excelência” (Castro, 2003, p. 20), ensejando o surgimento de novos direitos que conquistaram o *status* de fundamentalidade constitucional. Assim, os direitos sociais “são também fundamentais, com todas as consequências dessa sua natureza” (Krell, 2002, p. 48-49).

3.3

A dupla perspectiva dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais apresentam, conforme salienta a doutrina, uma dupla perspectiva, sendo considerados direitos subjetivos individuais e elementos objetivos fundamentais da comunidade, tratando-se de uma das mais importantes formulações do constitucionalismo contemporâneo (Sarlet, 2009, p. 141). Do conteúdo da norma de direito fundamental social podem surgir deveres impostos ao Estado, que se referem a uma dimensão objetiva desta norma, assim como pretensões subjetivas ao cumprimento desses deveres (Novais, 2003, p. 139). Sobre esses dois aspectos, Andrade (2009) traz o seguinte esclarecimento:

Os preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida através da ação estadual (Andrade, 2009, p. 108-109).

O autor recorda que os direitos fundamentais são pressupostos essenciais para uma vida digna e livre tanto para os indivíduos quanto para a comunidade em que vivem. Nesse aspecto, ressalta a existência do duplo caráter, ou dupla função destes direitos, já que hodiernamente não constituem apenas direitos subjetivos, mas também direito objetivo.

Importa esclarecer que se optou por tratar da análise dessa dupla perspectiva dos direitos fundamentais nesse ponto da dissertação, apesar de a temática dos direitos fundamentais ter sido analisada no capítulo anterior, em razão da relação que a perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais sociais possui com os limites à eficácia desses direitos, que será tratado no item seguinte, já que exerce influência direta na realização desses direitos.

O estudo da dupla natureza dos direitos fundamentais serve como base para a compreensão da estrutura, função e eficácia desses direitos, daí a sua importância neste trabalho e, principalmente para o direito constitucional contemporâneo.

3.3.1

Perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais

Na medida em que os direitos fundamentais estão presentes na ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos, Luño (1995, p. 21) menciona o significado axiológico objetivo dos direitos fundamentais que legitima o Estado de Direito, estabelecendo as bases diretivas que irão orientar as ações estatais e a garantia dos interesses dos indivíduos. Os direitos fundamentais, portanto, além de constituírem direitos subjetivos de defesa, constituem, também, uma função legitimadora do Estado de Direito, pois representam um conjunto de valores de natureza jurídico-objetiva que indicam as diretrizes a serem alcançadas pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Esta compreensão denota a relevância da dimensão objetivo-valorativa também para os deveres do Estado e destaca outro desdobramento desta perspectiva, relativo à “eficácia dirigente” (Sarlet, 2009, p. 146) que desencadeiam em relação aos órgãos estatais, pois:

A vinculação de todos os poderes aos direitos fundamentais contém não só uma obrigatoriedade negativa do Estado de *não fazer* intervenções em áreas protegidas pelos Direitos Fundamentais, mas também uma obrigação *positiva* de fazer tudo para a sua realização, mesmo se não existir um direito público subjetivo do cidadão (Krell, 2002, p. 78).

A perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais implica, portanto, na vinculação do Estado, no sentido de atribuir a ele a obrigação permanente de concretizar os direitos fundamentais, o que não afasta, por sua vez, a existência de normas de cunho impositivo que impõem ao legislador a realização de tarefas e programas necessários à concretização do conteúdo das normas de direitos sociais.

Além de atribuir o sentido de uma ordem de valores objetivos aos direitos fundamentais, a sua perspectiva objetiva acarreta também o reconhecimento de funções distintas a esses direitos, motivo pelo qual a doutrina caracteriza essa perspectiva também como uma espécie de “mais-valia jurídica no sentido de um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais” (Sarlet, 2009, p. 144).

No que concerne aos direitos sociais especificamente, Canotilho (2010, p. 434) apresenta a dimensão objetiva das normas de direitos sociais, econômicos e culturais sob dois aspectos complementares e que não se confundem: a obrigatoriedade de uma atuação positiva por parte do legislador, “criando as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos”, denominada “*imposições legiferantes*” e o fornecimento de prestações “densificadoras da dimensão subjetiva essencial destes direitos e executoras do cumprimento das imposições institucionais”. Assim, os direitos sociais não se perdem em um preceito constitucional ou em uma norma programática. Utilizando o exemplo dado pelo autor, pode-se dizer que o direito à saúde é um direito social, independentemente das imposições legiferantes destinadas a assegurar a sua eficácia e das prestações fornecidas pelo poder público para assegurá-lo.

Logo, os efeitos inerentes aos direitos fundamentais devem ser considerados “sob um ângulo individualista, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade” (Sarlet, 2009, p. 145). Nesse sentido, a Constituição coloca ao poder público alguns deveres com o intuito de garantir, realizar e promover a dignidade da pessoa humana através dos direitos sociais.

A dimensão objetiva é caracterizada por uma função valorativamente vinculada dos direitos fundamentais. Sarlet (2009, p. 145-146) discorre sobre “responsabilidade comunitária dos indivíduos”, na medida em que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais se refere a uma “função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado”. Sob o aspecto objetivo, os direitos fundamentais limitam os direitos subjetivos individuais em prol do interesse comunitário, ao mesmo tempo em que contribuem para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que preservando seu núcleo essencial.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais também pode se manifestar como uma estrutura produtora de efeitos jurídicos, complementando a dimensão subjetiva, ao atribuir ao poder público alguns deveres com o intuito de “garantir, realizar e promover a dignidade da pessoa humana centrada em posições subjectivas” sem, contudo, assegurar aos beneficiários de tais imposições a atribuição dos direitos correspondentes. É o que Andrade (2009, p. 135) coloca como “deveres sem direitos”.

Há, ainda, que salientar a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, no sentido do “alargamento das dimensões objectivas dos direitos fundamentais, isto é, da sua eficácia enquanto fins ou valores comunitários” (Andrade, 2009, p. 135), pois estes direitos direcionam a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, consubstanciando-se em uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, consoante a já tradicionalmente utilizada interpretação conforme a Constituição.

3.3.2

Perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais

As normas jurídicas de direitos fundamentais, ao possuírem função normativa, trazem consigo uma série de consequências advindas dessa função, sendo que, para fins deste estudo, a mais importante delas é a aptidão para estabelecer uma presunção relativa da existência de um direito subjetivo fundamental.

Concebidos inicialmente como instrumentos de defesa dos cidadãos frente à onipotência do Estado, considerou-se que os direitos fundamentais não tinham razão de ser nas relações entre sujeitos da mesma categoria onde se desenvolvem as relações entre particulares. Essa consideração pertencia a uma concepção puramente formal de igualdade entre os diversos membros da sociedade. Na sociedade neocapitalista essa igualdade formal não supõe uma igualdade material, e a fruição plena dos direitos fundamentais se vê, muitas vezes, mitigada pela existência, na esfera privada, de centros de poder tão importantes quanto aqueles correspondentes aos órgãos públicos. É nesse contexto que a transição do Estado Liberal para o Estado Social de Direito ensejou a extensão da incidência dos direitos fundamentais a todos os setores do ordenamento jurídico e, portanto, também ao seio das relações entre particulares. As transformações vivenciadas pelo Estado de Direito determinaram uma ampliação do âmbito de eficácia dos direitos fundamentais, além do alargamento de seu conteúdo (Luño, 1995, p. 22-23).

A perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais refere-se à possibilidade do titular desses direitos fazer valer judicialmente os “poderes, as liberdades ou as competências”¹, no sentido de direito a ação, que lhe foram concedidos pela norma que consagrou o direito fundamental em questão. Assim sendo, diz respeito à possibilidade de o cidadão exigir seus interesses via ação judicial.

¹ A noção de direito fundamental relacionada à perspectiva subjetiva apresenta diversas possibilidades doutrinárias. A proposta formulada por Robert Alexy, baseada na formulação de Bentham, mostra-se adequada ao nosso sistema constitucional, na medida em que estabelece uma divisão em direitos a algo, liberdades e competências, tendo sido a adotada também pelo constitucionalista português Gomes Canotilho.

Nessa medida, os direitos fundamentais determinam, em sua dimensão subjetiva, o regimento jurídico dos cidadãos tanto em suas relações com o Estado quanto nas relações entre si. Diante disso, pode-se dizer que o direito subjetivo é uma categoria jurídica que atribui ao indivíduo a condição de ser portador de um poder, uma faculdade, pretensão, ou imunidade, podendo pleiteá-lo perante o Estado que, por sua vez, tem o dever de assegurá-lo. Dentre as categorias de direitos subjetivos estão os direitos fundamentais, que podem se apresentar como direitos fundamentais de defesa (negativos) e a prestações (positivos).

No primeiro caso, em se tratando de situações que colocam o Estado em uma posição de abstenção, dirigindo-se a um comportamento omissivo por parte deste, a realização dos direitos de defesa não depende de uma atuação estatal. A eles aplica-se o princípio da aplicabilidade imediata, enunciado na CF, no §1º do seu art. 5º, atribuindo-se plena eficácia a esses direitos, já que independem da atuação do legislador para que possam se concretizar, pois receberam dele normatividade suficiente, configurando-se, segundo a clássica concepção de Ruy Barbosa, em normas autoexecutáveis. Assim, geram para o seu titular direito subjetivo assegurando, por conseguinte, a sua plena Justiciabilidade (Sarlet, 2009, p. 274-275).

Por outro lado, quando se trata dos direitos a prestações a questão da eficácia torna-se um pouco mais complexa. Estes, podem se manifestar como direitos derivados e direitos originários a prestações. No primeiro caso, nasce um direito subjetivo de natureza defensiva para o particular, que pretende viabilizar o acesso a uma prestação já existente e da qual este particular foi arbitrariamente excluído. Assim, somente o tratamento desigual que configure uma discriminação pode ensejar um direito subjetivo derivado. Além disso, é necessário que se refira a uma prestação já existente. Tal direito tem fundamento no princípio da isonomia, de modo que, caso o Estado tenha beneficiado alguns particulares com uma prestação, esta deverá ser estendida a todos, não sendo permitida a exclusão de nenhum grupo (Sarlet, 2009, p. 301).

Em outro contexto, tem-se o reconhecimento de direitos subjetivos originários a prestações sociais. Nesse caso, Canotilho (2010) argumenta a favor desse reconhecimento, no seguinte sentido:

Com base na indiscutível dimensão subjetiva dos direitos “sociais” afirma-se a existência de *direitos originários a prestações* quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos; (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade do cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos. [...] A expressa consagração constitucional de direitos econômicos, sociais e culturais não implica, de forma automática, um *‘modus’ de normatização uniforme* ou seja, uma estrutura jurídica homogênea para todos os direitos. Alguns direitos econômicos, culturais e sociais, são verdadeiros direitos *self-executing* (ex.: liberdade de profissão, liberdade sindical, direito de propriedade); outros são direitos a prestações dependentes da actividade mediadora dos poderes públicos (exs.: direito à saúde, direito ao ensino) (Canotilho, 2010, p. 435).

A normatização heterogênea dos direitos sociais, que os coloca como direitos autoexecutáveis por um lado e dependentes de atuação estatal de outro, implica na circunstância de que as peculiaridades de cada caso, isto é, a norma que será aplicável em cada situação, é que determinará a derivação um direito subjetivo ao titular do direito.

Em contrapartida, há uma argumentação que leva em conta a reserva do possível e que se mostra contrária ao reconhecimento dos direitos subjetivos a prestações. Nesse ponto, há que mencionar o fato de que a realização dos direitos sociais depende, em grande medida, de recursos financeiros que são subordinados ao orçamento estatal. Todavia, o Poder Público não está autorizado a recorrer à cláusula da reserva do possível com o intuito de se eximir dolosamente da sua responsabilidade de cumprimento das obrigações constitucionais, correndo o risco de, caso o faça, entrar em um “preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita”. É o que se depreende da parte da decisão publicada no acórdão retirado do informativo n. 582 do STF:

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...] O desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado.

A questão discutida neste estudo se refere ao princípio da separação dos poderes e à indisponibilidade orçamentária, de modo que esta argumentação encontra apoio na alegação, por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, a quem cabe a criação e implementação de políticas públicas de concretização dos direitos sociais, de não haver disponibilidade orçamentária para tal. Além disso, sob a justificativa de não estar incluída no âmbito das funções do Poder Judiciário a implementação destas políticas, este também não poderia suprir essa falha, na medida em que os juízes não dispõem de critérios seguros, já que não possuem conhecimento técnico suficiente a respeito de fatores macroeconômicos que a questão orçamentária envolve, para decidir a respeito, devendo ser observada a separação dos poderes.

No que tange à titularidade dos direitos subjetivos, Andrade (2009, p. 116-118) menciona a essência dos direitos fundamentais, destacando que se trata de atributos da personalidade, na medida em que os direitos individuais devem ser estendidos às pessoas coletivas, pois, atrelada à personalidade coletiva está sempre “essa realidade mais profunda que é a pessoa humana, a pessoa de direito”. Sendo assim, um dos elementos caracterizadores do direito subjetivo fundamental seria a sua “*individualidade*, a possibilidade da sua referência a homens individuais”, característica essencial desses direitos, que não se altera em relação aos direitos fundamentais de titularidade coletiva.

3.4

Efetividade, eficácia e aplicabilidade dos direitos sociais

3.4.1

Breve distinção conceitual

Antes de adentrar no estudo em torno da eficácia dos direitos fundamentais sociais, é necessário verificar no que consiste a noção de efetividade, eficácia e aplicabilidade desses direitos, apontando as distinções entre os conceitos. Tais conceitos estão diretamente relacionados com o plano da eficácia da norma jurídica, que se distingue em eficácia jurídica e eficácia social.

No que se refere a essa distinção, a clássica concepção de Silva (2010, p. 65) aponta que: “A eficácia social designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada”. Está relacionada com a efetividade, que consiste na materialização do direito no mundo dos fatos, na sua concretização. Assim, uma norma é efetiva quando cumpre sua finalidade. A efetividade da norma, portanto, está relacionada com o cumprimento da lei por seus destinatários.

Por sua vez, a eficácia jurídica refere-se à produção de efeitos jurídicos por parte da norma. Segundo José Afonso Silva (2010):

Designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. O alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade. Esta é, portanto, a medida da extensão em que o objetivo é alcançado, relacionando-se ao produto final. Por isso é que, tratando-se de normas jurídicas, se fala em eficácia social em relação à efetividade, por que o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a acontecer (Silva, 2010, p. 66).

O doutrinador estabelece uma relação entre eficácia (jurídica) e aplicabilidade da norma, de modo que não é possível se falar em norma eficaz que não seja aplicável. Desta forma, a eficácia possui como característica a potencialidade de realização da norma.

O autor estabelece ainda, no contexto de sua doutrina tradicional, uma teoria acerca da eficácia das normas constitucionais que até hoje é muito difundida entre os juristas brasileiros e que tem por objeto a classificação dessas normas em: a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, porém sujeitas a restrição pela atuação do legislador e; c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que dependem de intervenção do legislador para que produzam efeitos².

Nesse contexto, enquadra as normas definidoras dos direitos sociais no grupo das normas constitucionais de eficácia limitada, sendo que os direitos

² A respeito da conceituação e das características das normas constitucionais segundo a tradicional classificação de Silva (2010, p. 88-163).

sociais a prestações são considerados normas de princípio programático, em razão de seu conteúdo social e por objetivarem uma atuação por parte do Estado através de prestações positivas. Assim, justifica a importância do estudo da eficácia e aplicabilidade das normas programáticas, na medida em que afirma estar a CF/88 repleta de intenções, como se tais normas não fossem normas jurídicas e dotadas de imperatividade, as normas programáticas descrevem os elementos socioideológicos da Carta, contendo os direitos sociais em sentido amplo e, por último, elas apontam os fins e objetivos do Estado.

Em uma interpretação mais recente do que a trazida pela teoria tradicional exposta alhures, Sarlet (2009) opta por adequar a teoria formulada por Silva (2008) à atual realidade do contexto socioeconômico brasileiro, além de ressaltar a discussão em torno do art. 5º, §1º, da CF/88. Define a eficácia da seguinte forma:

A eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação (Sarlet, 2009, p. 240).

Nota-se que o autor apresenta uma definição similar àquela trazida por José Afonso, o que ocorre em razão de ter desenvolvido seus argumentos baseado na teoria acerca das normas constitucionais daquele constitucionalista. Diante disso, Sarlet destaca a existência de uma relação muito próxima entre a forma de positivação da norma e a sua eficácia jurídica, de modo que as normas que constituem direitos e garantias fundamentais não se apresentam como um grupo homogêneo. Daí a necessidade de se verificar mais detidamente o significado e alcance do art. 5º, §1º, da CF/88, que trata da aplicabilidade das normas definidoras desses direitos e garantias.

3.4.2

O art. 5º, §1º, da CF/88 e a eficácia (jurídica) dos direitos sociais a prestações

Convém recordar que os textos constitucionais trazem, como visto anteriormente, os direitos fundamentais de liberdade, que têm por fim colocar limites à atuação do Estado frente ao indivíduo, e direitos fundamentais sociais, de caráter positivo, cuja finalidade é obter uma prestação por parte do poder público para se garantir um mínimo de igualdade. Têm como pretensão a realização de uma atividade por parte do Estado.

Verifica-se, por conseguinte, uma relação de complementaridade entre os direitos de primeira e os de segunda dimensão, já que as liberdades individuais referem-se a uma liberdade perante o Estado, uma liberdade formal, por isso, não são instituídas pelo direito, apenas asseguradas, enquanto os direitos sociais mostram-se como direitos por intermédio do Estado. Cuidam da obtenção de bens materiais, com igual distribuição dos recursos, visando conquistar a igualdade material por intermédio do Estado, sendo carecedores, para tanto, de normas para instituí-los e assegurá-los. Assim, o conjunto formado pela igualdade, a liberdade e a dignidade pode ser considerado o fundamento teórico-jurídico dos direitos sociais. Nesse contexto, a primeira regra especialmente destinada aos direitos econômicos, sociais e culturais encontra-se relacionada com a tarefa fundamental do Estado de promovê-los, tornando-os efetivos.

O art. 5º, §1º, da CF/88 dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, expressando uma formulação genérica referente a todos os direitos e garantias fundamentais. O legislador constituinte buscou em outros textos constitucionais a inspiração para inserir em nossa Constituição o preceito em análise, entretanto, parte da doutrina pátria ainda não concedeu a este dispositivo a importância que ele merece.

Pela simples razão da existência desse dispositivo no texto constitucional, a primeira afirmação que se pode fazer é a de que todos os direitos dotados de fundamentalidade estejam eles inseridos na Constituição ou não, conforme se depreende da regra do art. 5º, §2º, constitui direito imediatamente aplicável, estando aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos.

Nesse sentido, os direitos de liberdade podem ter aplicabilidade imediata, uma vez que representam pretensões jurídicas concretas facilmente identificáveis. Os direitos sociais, por outro lado, não costumam apresentar um conteúdo facilmente identificável, fato que pode dificultar a sua concretização. Essa natureza aberta e a “vagueza” de seu conteúdo podem remeter à conclusão de que, a princípio, não seriam direitos imediatamente aplicáveis. Esclarecendo melhor a distinção entre estas categorias de direitos, o constitucionalista português Jorge Reis Novais (2003) traz a seguinte definição:

Os direitos de liberdade, em confronto com os direitos sociais, como direitos que constituem na esfera jurídica do titular um espaço de autodeterminação através da garantia constitucional de um conteúdo juridicamente determinável de acesso ou fruição de um bem de direito fundamental. (...) Diferentemente, os direitos sociais não constituem na esfera jurídica do titular uma autodeterminação no acesso ou fruição de um bem jurídico, mas antes uma pretensão, *sob reserva do possível*, a uma prestação estatal, de conteúdo indeterminado e não directamente aplicável, sendo o correspondente dever que é imposto ao Estado de realização eventualmente diferida no tempo (Novais, 2003, p. 148-149).

Diante da argumentação do constitucionalista português, tendo em vista que os direitos sociais não possuem um conteúdo constitucionalmente determinado, apenas aos direitos de liberdade se poderia atribuir a característica da aplicabilidade imediata. A própria Constituição Portuguesa consagrou a regra da aplicabilidade como um regime especialmente destinado a uma proteção privilegiada dos direitos, liberdades e garantias, excluindo deste grupo, portanto, os direitos sociais de um modo geral.

Outro aspecto que pode ser considerado como um obstáculo à sua aplicabilidade refere-se à multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que os classifica em direitos de defesa e direitos a prestações. O problema se manifesta ao tratar da eficácia e aplicabilidade dessas diferentes categorias de direitos, surgindo aí a necessidade de se verificar, inicialmente, o sentido que pode ser atribuído à norma do art. 5º, §1º, da CF/88.

Considerando que grande parte dos direitos fundamentais sociais caracteriza-se por serem direitos de defesa, de cunho negativo, não há que se falar em problemas para a sua concretização, sendo considerados, deste modo, normas autoaplicáveis e, conseqüentemente, plenamente eficazes, produzindo todos os seus efeitos jurídicos.

Entretanto, não é o que ocorre com as normas de direitos sociais que configuram direito a prestações. A esse respeito, Andreas Krell (2002, p. 38) esclarece que o dispositivo em análise adquire outra função, visto que tais normas se comportam de maneiras distintas conforme o grupo a que pertença. Em razão do seu modo de positivação e por se referirem a pretensões que têm como destinatário o Estado, possuem aplicabilidade distinta dos direitos sociais de defesa, na medida em que são comumente positivadas como normas de cunho programático, o que interfere diretamente na sua aplicabilidade, pois, no caso desses últimos, esta é imediata e a sua eficácia é plena, enquanto os direitos a prestações necessitam de uma atuação por parte do legislador para produzirem efeitos.

Ainda que parte da doutrina queira negar a existência das normas de princípio programático da Constituição Brasileira, não se pode contestar a existência de preceitos que estabelecem finalidades e programas e que reivindicam uma atuação estatal para sua concretização, “visando à realização dos fins sociais do Estado” (Silva, 2010, p. 138). As normas programáticas consistem em uma exigência do Estado Social, representado compromissos políticos de natureza ideológica que objetivam atender às necessidades dos diversos grupos sociais. Deste modo, os direitos sociais prestacionais constituem verdadeiramente programas e tarefas de ação social, sendo instrumentos de defesa dos menos favorecidos, que objetivam a fruição das garantias de liberdades, assegurando a existência digna e, conseqüentemente, a justiça social. Pode-se citar como exemplos de normas programáticas elencadas na Constituição Brasileira os arts. 6º e 7º, incisos II, III, IV, XI, XII e XIV, além dos arts. 194, 196, 205 e 215.

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social repercutiu no texto das constituições contemporâneas, inclusive na brasileira, ao se preocupar em manter o compromisso com as conquistas do liberalismo e, ao mesmo tempo, estabelecer uma evolução política e social, atribuindo fins ao Estado esvaziado por aquele conjunto de ideias de liberdade. Por esse motivo, contém normas caracterizadas por uma considerável imprecisão, na medida em que reivindicam providências posteriores por parte do legislador ordinário e do poder público. São normas de eficácia limitada. Tais enunciados traduzem-se em princípios que contemplam os fins e objetivos do Estado, dificultando a sua imediata aplicabilidade. Nesse

contexto, a afirmação do caráter jurídico e positivo destas normas não se mostra suficiente para que produza os efeitos pretendidos em seu conteúdo (Silva, 2010, p. 137-139).

As normas programáticas estão localizadas na categoria das normas de eficácia limitada, o que poderia conduzir à ideia de que o texto da Carta Magna estaria repleto de normas que configuram intenção, como se não fossem normas jurídicas dotadas de imperatividade, pois não geram por si só os efeitos pretendidos em seu conteúdo. Entretanto, apesar de possuírem sua eficácia limitada dependendo de uma lei ordinária para que os efeitos produzam seus efeitos, as normas programáticas não perdem o seu caráter jurídico e o seu valor.

Os direitos fundamentais sociais em sua dimensão de normas programáticas desempenham importante papel, ao representarem a positivação das esperanças e objetivos do povo de uma nação. Possuem uma “função sugestiva, apelativa, educativa e, acima de tudo, conscientizadora”, consolidando-se em uma real necessidade que se consubstancia em apontar valores e fins a serem buscados e cumpridos pelo Estado (Krell, 2002, p. 28).

Como já se afirmou, não há que se falar em norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade, todavia, a medida da eficácia de cada direito a prestação depende, além das características de seu objeto (conduta positiva por parte do Estado), de sua forma de positivação no texto constitucional e, também de circunstâncias de natureza econômica.

No que concerne ao alcance do disposto na norma, cada vez mais a doutrina vem uniformizando entendimento no sentido de que o argumento que pretende limitar o alcance do dispositivo que trata da aplicabilidade das normas de direitos fundamentais não se sustenta mais, restando claro, que o legislador constituinte não pretendeu limitar este alcance a determinadas categorias de direitos ou garantias ou, até mesmo, excluir de sua abrangência os direitos sociais, cuja fundamentalidade não cabe mais questionar. Logo, não há que se falar em interpretação restritiva do âmbito de aplicação do dispositivo. Uma aplicação restrita a apenas determinadas categorias de direitos fundamentais não corresponde, nesse sentido, à literalidade do dispositivo, devendo este abranger inclusive aqueles direitos que se encontram expressos em outras partes do texto

constitucional e em tratados internacionais, conforme determina o art. 5º, §2º, da CF/88.

Diante destes argumentos, entende-se que o princípio da aplicabilidade imediata enunciado no art. 5º, §1º, da CF/88 alcança todas as normas de direitos fundamentais, independentemente de se referirem a direitos de defesa ou direitos a prestações e, também, de sua forma de posituação, estando, portanto, aí incluídas as normas que constituem princípios programáticos, devendo, entretanto, ser aplicado de forma distinta conforme a categoria a que pertence a norma. Nesse sentido, opta-se pela interpretação segundo a qual o dispositivo da aplicabilidade “impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais e criar condições materiais para sua concretização” (Krell, 2002, p. 38), considerando, portanto, que este postulado pode ser compreendido como um “mandado de otimização” de sua eficácia, impondo ao Poder Público a “aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível” (Sarlet, 2009, p. 366).

Assim, é a própria CF/88 que, utilizando-se da disposição expressa no art. 5º, §1º resolve a questão, ao dispor que as normas de direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata.

Tendo em vista as conceituações terminológicas expostas alhures, importa agora consignar a dimensão da eficácia tratada no presente estudo. Apesar da íntima relação entre a eficácia jurídica e a eficácia social, será dada atenção especial à primeira delas, haja vista que o presente estudo discute os principais argumentos apresentados pela doutrina para justificar a não aplicabilidade ou a falta de produção de efeitos por parte das normas de direitos fundamentais sociais prestacionais, verificando as restrições sofridas por esses direitos no âmbito de sua concretização e o posicionamento do STF a esse respeito.

3.5 Limites à eficácia dos direitos sociais

Até o momento foram apresentados três argumentos colocados pela doutrina como limites à eficácia jurídico-constitucional dos direitos sociais. O primeiro

deles foi a natureza desses direitos, tendo sido comprovado pelos posicionamentos doutrinários, especialmente de autores nacionais, que se tratam de autênticos direitos fundamentais. Tal fato pôde ainda, ser corroborado pela estreita relação que os direitos sociais guardam com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, sem o qual não é possível uma existência digna.

Além da discussão em torno da fundamentalidade dos direitos em estudo, a estrutura heterogênea que possuem, a qual varia em torno do valor que expressam, da atividade imposta ou da função que lhes é atribuída, mostra-se como mais um fato a dificultar a concretização e produção de efeitos por parte desses direitos. O terceiro argumento apresentado é a forma de positivação dos direitos sociais, pois, apesar da aplicabilidade imediata determinada pelo art. 5º, §1º, da CF/88, falta aos direitos a prestações uma especificação concreta de seu conteúdo, já que este não é constitucionalmente determinado, sendo necessária a existência de uma lei ordinária para que produzam seus efeitos.

Seguindo nesse contexto, existem outros argumentos que apresentam um peso considerável na tentativa de impedir ou limitar a eficácia dos direitos fundamentais sociais. São eles os mecanismos processuais utilizados para a tutela desses direitos, o “elevado *quantum* utópico” dos textos legais, além da restrição que o próprio Poder Judiciário coloca para si, tendo em vista o Princípio da Separação dos Poderes. Tendendo mais para o aspecto social da argumentação, a doutrina coloca o custo dos direitos sociais, a limitação trazida pela reserva do possível e a existência de um direito ao mínimo existencial.

O abismo existente entre o ideal de transformação da CF/88 e a inércia demonstrada pelos costumes políticos e sociais da história recente do Brasil, ressaltam o quanto o Estado e a sociedade estão falhando ao garantir as condições mínimas de existência humana digna, sem as quais se torna inviável o gozo e a fruição dos direitos fundamentais, frustrando-se a efetividade da maioria das normas constitucionais.

Cinde-se a eficácia social da Constituição, que passa a operar seletivamente: efetiva-se para uma minoria em condições de desfrutar em plenitude os direitos básicos à dignidade humana, mas esmorece para aqueles destituídos de meios para viver no cotidiano o padrão existencial idealizado pela Lei Maior. É como se os fatos e as diferenças sociais discriminassem a Constituição, debilitando sua força normativa, para utilizar a expressão de Konrad Hesse (Castro, 2003, p. 281).

Sem alimentação suficiente, sem saúde adequada, sem educação, sem trabalho e sem condições de satisfazer as necessidades essenciais de sua família, o ser humano acaba materialmente impedido de conseguir se inserir no meio social dignamente, além de não ser possível a fruição das expressões naturais do homem, como a expressão livre do pensamento, a Constituição de uma família, inserção no mercado de trabalho, manifestação de opinião, viajar dentro e fora do território nacional, dentre outras. Além de todas essas limitações, fica também impedido de exercer alguns deveres constitucionais, dentre os quais, a obrigação atribuída aos pais de educar, assistir e criar os filhos menores e o dever de amparo aos familiares idosos, conforme determinam os arts. 220 e 230, da Carta Magna (Castro, 2003, p. 282).

Hoje em dia, dados concretos relacionados a fatos que ocorrem dentro do Brasil e que, há alguns anos não chegava ao conhecimento da grande maioria da população é amplamente divulgado nos novos meios de comunicação, principalmente a *internet*. Da mesma forma, campanhas feitas por órgãos de proteção dos direitos humanos se utilizam de *sites* e *blogs* para divulgar estatísticas e atrair adeptos da causa. Assim, a facilitação do acesso à informação trazida pelas novas tecnologias tem despertado nos indivíduos uma maior preocupação em relação à proteção dos direitos fundamentais.

Tal fato pode ser comprovado pela redução da taxa de analfabetismo entre pessoas com 15 ou mais anos, segundo informa o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Entre 1992 e 1999, reduziu de 17,2 para 13,4. A mesma pesquisa mostra que a taxa de analfabetos funcionais, aqueles que possuem nível de escolaridade inferior a quatro anos, nessa mesma faixa etária, também vem reduzindo, mas ainda continua em níveis alarmantes, mesmo na área urbana (24% em 1999). A proporção de pobres, que compreende pessoas que vivem com até meio salário mínimo de renda familiar *per capita* reduziu cerca de 7% entre 1992 e 1999, sendo que a região Nordeste do País apresenta a maior proporção de pessoas pobres, seguida da região Norte (Brasil, 2005).

As liberdades públicas, de conteúdo negativo, concretizadas pelos direitos civis e políticos, e as liberdades de conteúdo positivo, que concebem os direitos sociais, econômicos e culturais, representam constitucionalmente o mínimo existencial para se exercer a condição humana dignamente, na medida em que se

relacionam com a pobreza. Entretanto, as inúmeras Declarações de Direitos e, posteriormente, Constituições, ainda não conseguiram erradicar a violação destes direitos fundamentais, conforme se pôde perceber nas informações do IBGE já descritas.

3.5.1

O problema dos custos dos direitos sociais a prestações e a reserva do possível

Inicialmente cumpre deixar registrada a hipótese apresentada na tese desenvolvida por Flávio Galdino (2005, p. 200) ao analisar a questão dos custos dos direitos com base na obra *The cost of rights*, dos autores americanos Cass Sunstein e Stephen Holmes. O autor identifica, como ele próprio relata, um “objetivo fundamental: demonstrar que todos os direitos são positivos, e, portanto, demandam algum tipo de prestação pública (em última análise, por parte do Estado) para sua efetivação”. Nesse sentido, a concepção relativa aos direitos fundamentados na liberdade, baseada em sólido entendimento doutrinário, segundo a qual seriam direitos negativos, os quais não demandam qualquer tipo de atuação positiva por parte do Estado deve ser superada, pois todos os direitos são positivos. A partir desta consideração, o autor faz uma releitura dos direitos fundamentais, para comprovar tal hipótese.

Considerando o fato de o objeto deste estudo estar estritamente vinculado aos direitos sociais prestacionais, no sentido de sua eficácia jurídica e exigibilidade, não cabe aqui discutir a hipótese trazida pelos autores norteamericanos que visa desfazer a dicotomia direito positivo/negativo, apesar de esta tese apresentar uma visão diferente daquela já solidificada doutrinariamente em relação aos direitos fundamentais, pois o seu exame demandaria um maior aprofundamento em torno da questão trazida, o que desvirtuaria o foco do estudo.

Ressalte-se que, conforme já afirmado anteriormente, os direitos fundamentais sociais objetivam precipuamente a consagração da igualdade, mas não apenas uma igualdade formal, no sentido de equiparação no tratamento jurídico, mas, principalmente, no sentido material, buscando uma distribuição

equitativa dos recursos. Nessa medida, o valor da igualdade tem sido considerado, ao lado dos valores da liberdade e da dignidade, o postulado fundamental da construção dos direitos fundamentais sociais.

Ocorre que existem pretensões baseadas nos direitos fundamentais cuja satisfação depende da disponibilização de recursos financeiros. Todavia, esses recursos não são suficientes para satisfazer a todas as necessidades. Vem daí o problema da eficácia dos direitos sociais a prestações, já que a sua positivação no texto constitucional tem como consequência a sua proteção, mas não significa que tais direitos se tornaram “realidades jurídicas efetivas”. Assim, o que se nota na verdade, é uma enorme distância entre a positivação dos direitos sociais nas constituições ocidentais mais recentes e a eficácia e aplicabilidade desses direitos, esperadas pelos cidadãos.

Para que as determinações constitucionais não se esgotem em um texto vazio, sem concretude, é necessário interpretar a norma resgatando a imperatividade da Constituição e atribuindo a ela o máximo de eficácia e aplicabilidade, pautando-se na circunstância de que o legislador constitucional se mostra, na maioria das vezes, mais progressista do que o legislador ordinário. Com efeito, um direito fundamental não pode sofrer uma limitação a ponto de ser privado de um mínimo de eficácia, pois a garantia de proteção de seu núcleo essencial designa uma parcela de conteúdo que garante essa eficácia. A esse respeito, o STF proferiu decisão na qual determinou ao município de Porto Alegre, em solidariedade com o estado do Rio Grande do Sul, que forneça gratuitamente medicamentos a pacientes portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV):

Paciente com HIV/Aids. Pessoa ‘destituída’ de recursos financeiros. ‘Direito’ à vida e à saúde. Fornecimento gratuito de medicamentos. ‘Dever’ constitucional do Poder Público (CF, arts. 5º, *caput*, e art. 196). Precedentes (STF). Recurso de agravo improvido. O ‘direito à saúde representa consequência constitucional ‘indissociável’ do ‘direito à vida’. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência

constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento institucional. A ‘interpretação’ da norma programática ‘não pode’ transforma-la em promessa constitucional ‘inconseqüente’. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria lei Fundamental do Estado. Distribuição gratuita de medicamento a pessoas carentes. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF (Brasil – STF – 2ª T. – Ag. Reg. em Rec. Ext. 271.286- 8/RS – Agte.: Município de Porto Alegre – Agda.: Diná Rosa Vieira – Rel. Min. Celso de Mello – Votação unânime – Brasília – 12.9.2000).

No julgado apresentado acima, o direito à saúde foi aceito como norma dotada de subjetividade, permitindo êxito ao conferir ao seu conteúdo a efetividade de que necessitava, haja vista que o Estado foi compelido a fornecer os medicamentos pleiteados judicialmente. Entretanto, o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações está diretamente relacionado à questão dos limites do Estado, na medida em que constitui uma exigência deste na busca pela realização da justiça social, ao mesmo tempo em que se vincula à questão da escassez de recursos para prover esses direitos.

Assim, a questão primordial é encontrar um equilíbrio entre aquilo que determina a Constituição, por exemplo, a questão de a saúde ser um direito de todos e dever do Estado, e a capacidade financeira do Estado de tornar real essa pretensão. Sobre essa questão, Sarlet (2009) faz a seguinte afirmação:

Como dá conta a problemática posta pelos “custos dos direitos”, por sua vez, indissociável da assim designada “reserva do possível”(que, consoante já visto, não pode servir como barreira intransponível a realização dos direitos a prestações sociais) a crise de efetividade vivenciada com cada vez mais agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação,

o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral, seja no plano da atuação do legislador, seja na esfera administrativa, como bem destaca Rogério Gesta Leal, o que também diz respeito à ampliação do acesso à justiça como direito a ter direitos efetiváveis e efetivados (Sarlet, 2009, p. 354-355).

A “reserva do possível” demonstra um significativo relevo notadamente no que se refere à eficácia e dos direitos sociais prestacionais, cujo adimplemento impõe ao Poder Público uma atuação no sentido de fornecer prestações estatais positivas aptas a concretizar as prerrogativas contidas naqueles direitos, mas depende de recursos financeiros, estando, portanto, subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado. Conforme preceitua referida cláusula, esta não pode ser utilizada para eximir o Poder Público da responsabilidade constitucional de cumprir suas obrigações, exceto no caso de ocorrência de motivo justo, principalmente se desse fato resultar comprometimento do núcleo básico dos direitos fundamentais.

Todavia, a Constituição da República não contém dispositivo que tenha por finalidade impedir a efetividade dos direitos sociais prestacionais baseada na falta de previsão no orçamento. Pelo contrário, o próprio legislador constitucional criou mecanismos para impedir a omissão do poder público, como é o caso da Ação Direta de inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção. Senão vejamos parte da decisão proferida no RE 594.018-7 – AgR/RJ, 2 Turma, que teve como Relator o Ministro do STF Eros Grau, julgado em 23 de junho de 2009 e publicado no DJU em 07 de dezembro de 2000 que trata da questão:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível. Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Nesse contexto, não se pode deixar de mencionar a teoria “Pensamento do Possível” sobre a Constituição na sociedade moderna, que se apresenta como uma “teoria constitucional das alternativas”. O pluralismo das sociedades atuais, que é composta por indivíduos com objetivos, reflexões e interesses distintos, mas sem força suficiente para se sobrepor em relação aos demais, atribui à Constituição a tarefa, melhor dizendo, mais do que isso, na verdade o desafio de realizar o seu conteúdo da melhor forma possível, de modo a alcançar a igualdade material objetivada. Em razão disso, o pensamento do possível surge como alternativa a ser adotada na interpretação e realização constitucional.

Trata-se da hermenêutica adotada pelo Ministro do STF Gilmar Mendes, na Suspensão de segurança n. 3154/RS que teve como Relatora a Ministra Presidente, no julgamento de 28/03/2007, publicado no DJU em 09/04/2007, na qual o Estado do Rio Grande do Sul requereu a suspensão da execução da liminar deferida pelo desembargador relator do Mandado de Segurança n. 70019045624, que garantiu aos associados da impetrante o pagamento integral de suas remunerações até o último dia útil daquele mês, com base na justificativa de uma exaustão de sua capacidade orçamentária em relação a todas as suas obrigações.

A reflexão sobre o caso em análise avivou-me a memória para o “pensamento do possível”, na reflexão de Gustavo Zagrebelsky sobre o ethos da Constituição na sociedade moderna. Diz aquele eminente professor italiano no seu celebrado trabalho sobre o direito dúctil – il diritto mitte: “As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma”(Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón . 3 ed. Madrid: Trotta; 1999, p.13). Em seguida, observa aquele eminente Professor: “No tempo presente, parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, porém altamente desejável na prática: a não-prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente. O imperativo teórico da não-contradição – válido para a scientia juris – não deveria obstaculizar a atividade própria da jurisprudencia de intentar realizar positivamente a “concordância prática” das diversidades e, inclusive das contradições que, ainda que assim se apresentem na teoria, nem por isso deixam de ser desejáveis na prática. “Positivamente”: não, portanto mediante a simples amputação das potencialidades constitucionais, senão principalmente mediante prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias que conduzam os princípios

constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto (Zagrebelsky, El Derecho Dúctil, cit. P. 16), **Por isso, conclui que o pensamento a ser adotado, predominantemente em sede constitucional, há de ser o “pensamento do possível.** (...) Em verdade, talvez seja Peter Haberle o mais expressivo defensor dessa forma de pensar o direito constitucional nos tempos hodiernos, entendendo ser “o pensamento jurídico do possível” expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta (Haberle, P. Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken, in: Die Verfassung des Pluralismus, Konogstein/TS, 1980, p. 9). Nessa medida, e essa parece ser uma das mais importantes consequências da orientação perfilhada por Haberle, “uma teoria constitucional das alternativas pode converter-se numa “teoria constitucional da tolerância” (Haberle, Die Verfassung des Pluralismus, cit., p. 6). (...) O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (fragendes Denken). (...) É a perspectiva da realidade (futura) que permite separar o impossível do possível. (...) **O ato da Chefe do Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul enquadra-se numa situação excepcional, em que as finanças públicas estaduais encontram-se em crise. As garantias constitucionais da irredutibilidade e do pagamento em dia da remuneração dos servidores públicos devem ser interpretadas, nesse contexto fático extraordinário, conforme o “pensamento do possível”. Neste juízo sumário de deliberação, portanto, entendo que a medida adotada pela Governadora do Estado do Rio Grande do Sul não desborda dos parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade,** tendo em vista a situação excepcional em que se encontram as contas públicas estaduais.

Para o Ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes, a lei deve ser interpretada “de acordo com o possível”, diante da realidade em que se apresenta o caso concreto. Assim, utilizou o “pensamento do possível” para atender ao pedido do governo do estado do Rio Grande do Sul, que requereu a suspensão da liminar que determinava o pagamento dos salários dos delegados daquele estado-membro até o último dia útil do mês.

Vale & Mendes (2009) ressaltam que a doutrina de Peter Haberle tem sido incorporada no desenvolvimento da teoria constitucional moderna no Brasil, desde o âmbito acadêmico até a jurisprudência dos tribunais. Nesse contexto, a adoção da teoria do pensamento do possível sugere uma interpretação da Constituição de forma aberta, alcançando novas alternativas na medida em que, como esclarece o Ministro:

Incentiva a adaptabilidade do texto à evolução social constante de uma sociedade complexa e plural, constitui também um modo de pensar sobre a relação entre tempo e Constituição (*Zeit und Verfassung*) e, desse modo, sobre o fenômeno da mutação constitucional, cujo tratamento pela obra de Peter Haberle tem sido incorporado pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil (Vale, Mendes, 2009, p. 7).

É possível que se reconheça nessa teoria constitucional moderna fundamentada no “pensamento do possível” um caminho alternativo e promissor para se chegar a soluções, por parte dos tribunais, mais próximas da realidade social e capazes de conceder aos particulares a fruição e o efetivo gozo dos direitos sociais prestacionais, na medida em que acompanha o fenômeno da mutação constitucional, bem como as transformações sociais.

3.5.2 Teoria do direito ao mínimo existencial

O conceito de direitos fundamentais é composto também pelo mínimo existencial, também denominado mínimos sociais, conforme a lei 8742/1993 que dispõe sobre a organização da assistência social, direitos constitucionais mínimos, ou ainda, mínimo social. Não se trata de um valor ou princípio, portanto, mas de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

O mínimo existencial está diretamente relacionado com a pobreza e a sua proteção remete à época do Estado Patrimonial. Como explica Ricardo Lobo Torres (2009, p. 3-7), era incumbência da Igreja e dos cristãos ricos assistir e ajudar os pobres, o que acabou incentivando a mendicância. Diante disso, a partir do iluminismo e do liberalismo a situação se modifica, passando ao Estado essa assistência. A partir daí nasce a imunização do mínimo existencial contra os tributos, situação que vai se adaptando às mudanças na legislação e às alterações na forma de Estado, até chegarmos ao mínimo existencial sob a ótica do constitucionalismo atual.

Por direito ao mínimo existencial entende-se “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas” (Torres, 2009, p. 8). Nesse aspecto, “a ideia de mínimo existencial, por conseguinte, coincide com a de direitos fundamentais sociais em seu núcleo essencial” (Torres, 2009, p. 42). O mínimo existencial relaciona-se diretamente, portanto, com o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que objetiva estabelecer condições

básicas para um desenvolvimento social ao menos razoável. A esse respeito, Canotilho (2010) traz a seguinte contribuição:

Das várias normas sociais, económicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem económico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (*minimum core of economic and social rights*), na ausência do qual o estado português se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas. Nesta perspectiva, o ‘rendimento mínimo garantido’, as ‘prestações de assistência social básica’, o ‘subsídio de desemprego’ são verdadeiros direitos sociais originariamente derivados da Constituição sempre que eles constituam o standart mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito (Canotilho, 2010, p. 470).

Existem conteúdos insertos no texto da Constituição que são tão essenciais que não podem correr o risco ter sua importância diminuída, sob pena de se colocar em risco o mínimo existencial, conseqüentemente, a possibilidade de fruição de qualquer direito e até, em último caso, a própria vida humana. Constitui tarefa fundamental do Estado, deste modo, promover os direitos sociais, concretizando-os, pois a razão de ser da atuação estatal que irá fazê-lo é a natureza social dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, o conceito atribuído ao mínimo existencial pode ser encarado, de certa forma, como uma possível solução para o problema da eficácia social dos direitos sociais a prestações, ao garantir uma existência humana com o mínimo necessário à sobrevivência e o exercício dos deveres constitucionais, como o amparo à família.

Diante da realidade orçamentária e do contexto econômico e financeiro que se conhece, a abertura aos interessados em participarem, parece corresponder à melhor forma de promover a efetivação dos direitos sociais prestacionais, estabelecendo uma maior abertura democrática, conforme salienta Siqueira Castro (2003):

A questão da efetividade das normas constitucionais é, no fundo, uma questão das relações entre democracia e Constituição ou, se se preferir, de operacionalidade do regime constitucional democrático em cada país, de que depende a força normativa da Constituição, segundo a conhecida expressão de KONRAD HESSE. Constituição e democracia são, assim, categorias de imbricações sócio-político-jurídicas, que interagem e reciprocamente se condicionam para a consecução de projetos de organização social. A Constituição define princípios, organiza metas e

distribui tarefas, que a instituição estatal deve pôr em execução junto ao tecido social, como condição de realização da democracia (Castro, 2003, p. 284).

Nesse sentido, a efetividade, isto é, a eficácia social da Constituição depende da efetividade da democracia e vice-versa, conforme a maior ou menor integração entre as normas constitucionais e a realidade social. Os indivíduos têm direito às prestações positivas por parte do Estado, pois é por meio delas que serão satisfeitas as suas necessidades mínimas, sem as quais não é possível ter uma vida humana digna.