

OS DIREITOS SOCIAIS E SEUS ADVERSÁRIOS

THE SOCIAL RIGHTS AND YOUR OPPONENTS

Luis Fernando Severino

José Maria Ferreira

Instituição Toledo de Ensino (ITE)

Os direitos sociais e seus adversários

Resumo: Neste artigo enfocamos a problemática, que não é nova, mas atual, da efetivação dos direitos fundamentais sociais, que evocam a postura prestacional do Estado brasileiro, o qual ainda não permitiu aos brasileiros a experiência de viver sob o apanágio do modelo de Estado do bem estar social, fenômeno ora interrompido por experiências ditatoriais ora por motivo de ordem econômica. Consideramos para o presente estudo, e como adversários dos direitos sociais, a teoria da reserva do possível, teoria do mínimo existencial, teorias desenvolvidas no ordenamento jurídico alemão, que demandam mais reflexões para sua melhor consideração no ordenamento jurídico brasileiro. Entendemos que o capital financeiro se apresenta atualmente como o maior adversário dos direitos sociais, mas não descartamos a chamada falha na prestação estatal, levando em conta a crise funcional do Estado providência.

Palavras-chave: direitos sociais, efetivação, capital financeiro

Abstract: This paper focuses on the matter, which is not new, but current, of the accomplishment of the fundamental social rights, that evoke a beneficial posture of the Brazilian State, which has not yet allowed the Brazilian people the experience of living under the model of a social welfare State, fact either interrupted by dictatorial experiences or by economical issues. In this article, the principle of reserve for contingencies, the minimum existential theory and the theories developed in the German legal system – which demand further thought in order to be considered in the Brazilian legal system - are considered opponents of the social rights. It's understood that the financial capital is known nowadays as the greater opponent of the social rights, however the so called failure on the State benefit system cannot be rejected, it is necessary to take into account the functional crises of a welfare State.

Key words: social rights, accomplishment, financial capital

Introdução

Muito se fala em efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas, também, em limitadores de sua efetivação - reserva do possível, mínimo vital, conteúdo programático das normas que trazem tais direitos, a discricionariedade do administrador público para as escolhas orçamentárias, possível conformação da norma constitucional definidora de um direito social que, por juízo de ponderação, inviabilizaria, em parte, a efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição, capital financeiro -, fatores que devem ser analisados de forma mais apurada.

Não menos limitador é a crise funcional do Estado, que se apresenta atualmente como incapaz de cumprir de forma ordenada, centralizada, as funções tradicionais componentes do Poder Político, frente ao fenômeno de aumento da complexidade e litigiosidade das relações sociais, que demandam respostas em um tempo real cada vez mais instantâneo, de característica do mercado.

Isso vem causando mudança de comportamento social, inclusive forçando a mudança de paradigma do Poder Judiciário, uma vez que passou a exercer sua jurisdição cada vez mais para a materialização de projetos constitucionais, especialmente com relação à proteção dos direitos fundamentais, protegendo-os contra os possíveis arbítrios, inércias legiferantes e executivas. A sociedade acaba por traçar outros caminhos para exigir do Estado principalmente prestação dos direitos de créditos.

Devemos tratar, adiante, dos institutos originários de outros ordenamentos jurídicos, que já experimentaram o Estado do bem estar, e que estão sendo aplicados em nosso ordenamento – e noutros países considerados periféricos – sem qualquer análise de compatibilidade, sem qualquer adaptação ou consideração que nosso país demanda, como a reserva do possível e o mínimo vital.

Também é necessário saber até que ponto é possível extrair um direito subjetivo diretamente de uma norma de cunho programático constitucional, se é possível ao indivíduo postular judicialmente prestação de cunho material nesse quadro. Faz esse questionamento, num primeiro momento, levando-se em conta somente a norma originariamente constitucional que trata de um direito social.

Ilustres doutrinadores, como J. J. Gomes Canotilho, Robert Alexy (apud Nunes Junior, 2009), entendem haver, sim, normas constitucionais de direitos sociais que apresentam

natureza primariamente vinculante, garantidoras de direitos subjetivos aos indivíduos, bem como normas constitucionais de direitos sociais que apresentam um dever objetivo do Estado *prima facie*, despidas originariamente do mesmo poder vinculativo.¹

Os direitos fundamentais sociais apresentam diferentes graus de intensidade vinculativa ao legislador, alguns podem estar inseridos em normas impositivas, mais densas a ponto de permitirem o reconhecimento de um direito subjetivo individualmente considerado, outras de cunho mais brando, permitindo uma maior liberdade de conformação pelo legislador, bem como um maior grau de argumentação por parte do aplicador do direito.

Algumas normas constitucionais podem trazer apenas um dever estatal sem que vincule o Estado ao reconhecimento de um direito subjetivo a ser pleiteado judicialmente, gerando, no mais, um direito subjetivo numa perspectiva ampla, não isolada, individualizada. O direito ao trabalho, por exemplo, pode não significar um direito subjetivo individual a um posto de trabalho, mas um direito fundamental social que assegure o implemento de políticas de pleno emprego, sendo exigido do executivo ações positivas voltadas a assegurar o direito ao indivíduo de vislumbrar sua inserção, manutenção e progressão no mercado profissional, enfim, pleno exercício ao emprego². Numa visão liberal clássica, o importante é assegurar a liberdade do sujeito na escolha de seus próprios fins, ideais, propósitos.

Para o presente estudo, vale destacar que a doutrina pátria e jurisprudência, guardadas as peculiaridades relacionadas a alguns direitos sociais antes tratadas, não afastam o cunho subjetivo dos mesmos.³

¹ Grau, Eros Roberto. Direito, conceitos e normas jurídicas / Eros Roberto Grau. – São Paulo : Editora revista dos Tribunais, 1988, pg 72: “Os conceitos consubstanciam sumas de idéias que, para se realizarem como conceitos, hão de ser, no mínimo, determinadas. A mencionada “indeterminação” dos conceitos jurídicos, pois, não é deles, mas sim dos *termos* que os expressam, mercê da sua ambigüidade ou imprecisão.”

(...)

“Neste sentido, talvez pudéssemos referi-los como conceitos carentes de preenchimento com dados extraídos da realidade. Daí a afirmação, que introduzo, de que os parâmetros para tal preenchimento – quando se trate de conceito aberto por imprecisão – devem ser buscados na realidade, inclusive na consideração das concepções políticas predominantes, concepções essas que variam conforme a atuação das forças sociais.”

² Trata-se, também, de disposição aos demais meios de preparação do indivíduo para tanto, através de educação básica e profissionalizante, assistência à saúde, enfim, promoção de outros direitos sociais que, conjugados, possibilitam ao indivíduo o exercício de outros direitos, como o direito ao trabalho em tela)

³ Grau, Eros Roberto. Direito, conceitos e normas jurídicas / Eros Roberto Grau. – São Paulo : Editora revista dos Tribunais, 1988. Pg. 153: “Muito a propósito, anoto, neste passo, que tanto Fábio Konder Comparato, quanto Celso Antônio Bandeira de Mello sustentam, face ao que dispõe o art. 160, VI, do vigente Texto Constitucional – no qual se contempla o ideal do pleno emprego como fim a ser alcançado – a inconstitucionalidade de política econômica recessiva, que conduza à redução

A realidade, pois, apresenta aos direitos sociais vários institutos durante seu processo de materialização, que ficam entre a própria Constituição e seus destinatários, sendo o objetivo do presente estudo tratar de alguns dos mais significativos adversários, contribuindo com algumas reflexões e proposições para os estudiosos do Direito.

Da reserva do possível

Todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão econômica. Alguns e maior grau, que demandam do Estado atividades prestacionais voltadas para destinação, distribuição (redistribuição) de bens materiais. Os direitos sociais possuem uma dimensão econômica maior, principalmente se comparados aos direitos de primeira geração, que estão mais voltados à postura negativa por parte do Estado.

Não há maiores discussões acerca da impossibilidade de negar certa prestação estatal de cunho negativo com ênfase no custo desse direito, ao contrário de quando se trata dos direitos sociais, cuja doutrina e jurisprudência vêm entendendo que o fator econômico tem relevância no aspecto de sua materialização, efetivação.

A reserva do possível é uma teoria concebida no ordenamento jurídico alemão, quando do julgamento de um processo de reivindicação de acesso universal em vagas para curso superior público de medicina⁴. O argumento da reivindicação dos estudantes era afronta ao direito da livre escolha e exercício de profissão.

Foi estabelecido pelo direito alemão, portanto, a partir daquela ocasião, a possibilidade de certa limitação no campo de aplicação dos direitos sociais fundamentais sempre que sua realização extravasasse a seara do chamado “*mínimo vital*”.

Logo de plano surge o primeiro problema de sua aplicação cruamente no nosso ordenamento, vez que foi desenvolvida num ordenamento jurídico que se distingue do nosso

de oportunidades de emprego produtivo. A postura de Celso Antonio a tal respeito, aliás, é incisiva: “Trabalhador prejudicado por ela pode propor, com base naquele preceptivo, ação anulatória de atos administrativos que diretamente concorrem para o resultado proibido”.

Pensamos, então, que o mesmo raciocínio pode ser levado em conta para o trabalhador postular ação anulatória de cláusulas de convenção coletiva ou de acordos coletivos limitadoras, e que não estejam em direção ao fim principal do pleno emprego, como, por exemplo, cláusulas que convencionam possibilidade de firmamento de contratos de trabalho temporários em atividades de risco acentuado, que podem acarretar em curto prazo doenças profissionais ou ocupacionais de caráter irreversível, reduzindo sua capacidade laborativa de forma permanente, não havendo qualquer garantia de emprego nessa situação, nenhum dever do beneficiário da força de trabalho em assegurar pleno e permanente tratamento médico, fornecimento de medicamentos.

⁴ BVerfGE n° 33, S. 333

quanto ao modo de tratar dos direitos sociais, já que a Constituição alemã não traz um rol de direitos sociais, ao contrário do nosso ordenamento, que apresenta taxativamente tais direitos em seu corpo, de forma sistematizada. E mais, sequer em nosso país houve a plena vivência do Estado do bem estar, cujo processo de democratização sofreu interrupções de ordem ditatorial e constantemente sofre de ordem econômica.

O ordenamento alemão, portanto, está calcado ao princípio do Estado Social (Art. 20, “1”, *in verbis*: “1. *A República Federal da Alemanha é um Estado Federal, democrático e social.*”).

Eis o princípio basilar que permite as atividades públicas voltadas a assegurar a todos a materialização dos direitos sociais, permitindo a participação de todos nos benefícios da vida em sociedade. Trata-se, pois, de norma programática de alto grau de abstração, que permite ao legislador infraconstitucional ampla margem de discricionariedade para a atividade de concreção dos direitos sociais.

Adreas J. Krell (2000, p. 36), quando da análise acerca da possibilidade ou não de transpor a doutrina alemã dos direitos fundamentais de defesa como direitos a prestações positivas para o Brasil, cita a história do povo alemão acerca da situação de ridicularização a que os direitos sociais antes estampados no corpo da Constituição de Weimar (1919) foram submetidos. Na prática, acabaram como instrumento de persuasão em massa pelos nazistas para a imporem seu radical modelo político, tendo como resultado as maiores atrocidades mundialmente assistidas. Foi adotado, então, posteriormente, a não inclusão taxativa dos direitos sociais no corpo da Constituição de Bonn, especialmente aqueles dependentes de fatores de ordem econômica e política para sua implementação.

O ordenamento brasileiro sistematizou em seu artigo 6º Constitucional, através do Título II, os direitos e garantias fundamentais, estabelecendo-os juntamente com as instituições garantidoras, o que, salvo melhor juízo, inviabiliza seja invocado a reserva do possível para a limitação desses direitos fundamentais.

Percebe-se que as normas acerca dos direitos fundamentais sociais não estão no âmbito do legislador ordinário, estão estabelecidas no corpo da própria Constituição Federal, ao contrário do ordenamento alemão.

As regras normativas orçamentárias estão definidas no âmbito infraconstitucional, o que inviabiliza, em tese, a aplicação da reserva do possível no nosso direito positivo da forma como concebida, não superando, assim, um controle de constitucionalidade.

Assim, a aplicação da reserva do possível no nosso ordenamento - através de regras orçamentárias estatais de limitação da efetivação dos direitos sociais- estaria maculada pelo vício de inconstitucionalidade.

As atividades prestacionais do Estado demandam recursos públicos. Tais ações, por emanarem de regime jurídico administrativo, estão vinculadas ao princípio da legalidade.⁵ A lei orçamentária autoriza a utilização de créditos, mas não vincula, ou seja, o Estado não está obrigado à sua realização, mas se assim fizer, deverá se atentar para os termos por ela estabelecidos.

A reserva do possível vem sendo pulverizada em nosso ordenamento como motivo justificador estatal de restrição à materialização de direitos sociais fundamentais previstos na Constituição de 1988, supostamente por condicionar a prestação desses direitos à viabilidade orçamentária de cada entidade pública responsável.

Alguns estudiosos explicam que os direitos sociais, também chamados de direitos de crédito (educação, saúde, seguridade social, dentre outros), quando de sua aplicação em menor ou maior grau, *“a elevação do nível de realização está sempre condicionada pelo volume de recursos susceptível de ser mobilizado para esse efeito, pelo que a sua realização (para além de um nível mínimo necessário) está sempre sob a reserva das possibilidades da coletividade.”*⁶

Podemos extrair uma idéia inicial: a reserva do possível está mais ligada à possibilidade ou não de expansão do grau prestativo estatal dos direitos fundamentais sociais do que com a própria concretização dos mesmos em sua condição basilar, nuclear, minimamente vital aceito, intrínseco à própria dignidade humana, para a sociedade.

Krell (2000, p. 41) bem disse:

⁵ “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “poder fazer assim”, para o administrador público significa “dever fazer assim”.” Meirelles, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles. – São Paulo, SP: Malheiros Editores Ltda, 2008, pg. 89.

⁶ (CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 130).

“Os defensores de uma interpretação progressiva dos Direitos Fundamentais Sociais alegam a qualidade como direitos subjetivos perante o Poder Público, obrigando-o a prestar determinados serviços de bem-estar social, os quais devem ser realizados de maneira progressiva. Nesse contexto, os direitos sociais programáticos representam “mandados de otimização” (Robert Alexy) que devem ser “densificados”; o seu cumprimento pode ser negado por parte do Estado somente temporariamente em virtude de uma impossibilidade material evidente e comprovável.”

Importante destacar que uma das características dos direitos fundamentais é a autogeneratividade, a qual, em suma, ensina que o Estado estabelece sua Constituição - na qual estão inseridos os traços de sua organização e estruturação- que serve para inserir e assegurar a proteção e efetivação desses direitos fundamentais.

Logo, os direitos fundamentais são constitutivos da própria razão de ser das Constituições, e o processo de positivação dos direitos fundamentais não pode desnaturá-los, separá-los de seus pontos característicos fundantes. Mais um fundamento capaz de demonstrar que a reserva do possível deve ser encarada com temperamento em nosso ordenamento.

O próprio STF vem apresentando decisões nesse sentido, sustentando decisões pelas quais previsões orçamentárias, por exemplo, não possam obstaculizar o implemento do que previsto na Constituição Federal.⁷

Diz o professor Nunes Junior (2009, p. 182):

Em outras palavras, a liberdade de conformação legislativa, enquanto não atendidos os direitos apontados, não existe, de tal modo que não é lícito ao legislador, por exemplo, aportar valores em gastos com publicidade institucional enquanto faltarem recursos para gastos com saúde e educação.

O que dirá o autor quanto aos aportes com eventos como Olimpíadas e Copa do Mundo, sem levar em conta as exigências atendidas prontamente quanto a isenções fiscais e alterações normativas que beneficiam tão somente uma maior arrecadação por parte da entidade internacional organizadora.

⁷ RE 195192/RS, rel. Ministro Marco Aurélio “(...) No caso, restou constatado enfermidade rara e que alcança cerca de vinte crianças do Estado do Rio Grande do Sul, com sérios riscos para a saúde e o desenvolvimento das mesmas. O Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente.”

Estão sendo empregados valores equivalentes em prol da efetivação de outros direitos sociais, como educação e saúde, trabalho, seguridade social (sempre denominada como deficitária, mas que sofre desfalque constante permitido pela chamada “DRU” – Desvinculação de Receita da União).

São os mesmos valores tributários que deixaremos de arrecadar, e efetivamente gastos em obras claramente superfaturadas, com a falácia de um legado a toda a sociedade, enquanto pessoas travam verdadeiras batalhas judiciais para obterem ordens de fornecimento de remédios de alto-custo, vagas em leitos de hospitais, vagas para crianças de até seis anos de idade em escolas e creches?

É possível perceber que a reserva do possível, diante do nosso contexto atual social, não apresenta sustentabilidade suficiente para ser aplicada em face de direitos fundamentais sociais.

Pelo exercício de ponderação, quando da apreciação de cada caso levado ao judiciário, é que se deve verificar a razoabilidade ou não da pretensão do indivíduo frente ao Estado e sua comunidade, se trata de otimização ou superação do mínimo vital de cada postulante individualmente considerado, não deixando de lado que o mínimo vital de cada indivíduo pode variar, eis que somos todos diferentes, com necessidades que podem variar.

Cabe ao legislador e demais autoridades públicas o efetivação de políticas públicas e outras ações destinadas a assegurar a todos acesso aos benefícios de uma vida em sociedade, mas sempre numa perspectiva de sintonia com a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil – Artigo 1º, da CF/88.

Outro fator a ser levado em conta é se a reserva do possível pode ser invocada em face daquele que pretende uma prestação positiva do Estado para ter assegurada a materialização de algum direito social, para o que ele teria condição própria e plena de satisfação, sem a necessidade de socorrer-se do ente estatal. Ou seja, a justiça social se faz com ou sem a distinção entre os que possuem recursos próprios para a satisfação de direitos sociais daqueles que não têm meios próprios para o mesmo fim?

Se considerarmos necessária, seria essa a melhor forma de sintonia com o princípio distributivo? Feriria o princípio da igualdade no sentido material? Seria esse o modelo ideal de justiça, utilitarista, pois beneficiaria o maior número de pessoas necessitadas, diante da exclusão daqueles que podem por si satisfazerem certos direitos sociais?

Se considerada não necessária, pois é dever do Estado assegurar a todos, independente de condição financeira, credo, raça, ou qualquer outro critério, prestações positivas, seria essa a justiça da forma imaginada por John Rawls (1997), numa condição inicial vinculada ao véu da ignorância, ou seria uma afronta ao modelo de justiça dos utilitaristas clássicos, pois não se extrairia o melhor resultado possível, beneficiando o maior número de pessoas, mas não maior número de necessitados, diante da escolha adotada?

Entendemos que o Estado deve assegurar os direitos e garantias fundamentais a todos, independentemente de condição e posição social ocupada, claro que dando o tratamento diferenciado para os casos que assim exigem, sem aqui querer abrir discussão ampliada acerca do conteúdo do princípio da igualdade.⁸

Em suma, entendemos que há evidente relação entre os direitos sociais e uma maior ou menor disponibilidade de recursos financeiros, mas que a reserva do possível não pode ser considerada como fator impeditivo da efetivação dos direitos prestacionais sociais.

Do mínimo existencial

A teoria do mínimo existencial também surgiu na Alemanha pós-guerra, ligada inicialmente para assegurar os Direitos Fundamentais de Liberdade, eis que, naquele momento, existia um vácuo protetor de tais direitos. Assim a jurisprudência alemã consolidou entendimento, com base no princípio do Estado Social da Lei de Bonn, da existência de um mínimo essencial, o qual deveria ser desvendado pelo Judiciário mediante critérios casuístas e cautelosos, reconhecendo-se verdadeiros direitos subjetivos do indivíduo perante o Estado quando desrespeitados esse piso, teoria ainda carente de maior atenção pela doutrina brasileira.

⁸ O estado e suas crises / Angela Araújo da Silveira Espindola ... [et AL.] ; org. José Luis Bolzan de Moraes – Porto Alegre : Livraria do Advogado. Ed., 2005, pg 18: “Deve-se salientar, sobretudo, que um aspecto assume grande importância, qual seja, o de que desaparece o caráter assistencial, caritativo da prestação de serviços e estes passam a ser vistos como direitos próprios da cidadania, inerentes ao pressuposto na dignidade da pessoa humana, constituindo, assim, um patrimônio do cidadão, aqui, ainda, tido como aquele que adquire tal característica em razão de sua relação de pertinência a uma determinada comunidade estatal aos moldes tradicionais do Estado.”

(...)

“Assim é que não se poderia falar em “o Estado do Bem-Estar”, mas em suas diversas expressões, muito embora este possa ser compreendido como aquele Estado no qual o cidadão, independente de sua situação social, tem o direito a ser protegido, através de mecanismos/prestações públicas estatais, contra dependências e/ou ocorrências de curta ou longa duração, dando guarida a uma fórmula onde a questão da igualdade aparece – ou deveria aparecer – como fundamento para a atitude interventiva do Estado.”

Será esse o mínimo da dignidade humana? A grande dificuldade é justamente estabelecer onde tem início esse piso existencial para o ser humano, bem como o limite desse mínimo, a partir do qual se considera como transcendência social a um patamar de dignidade além, o que não estaria, num primeiro momento, inserido no rol de obrigações prestacionais estatal, patamar este vinculado absolutamente à conjuntura de ordem econômica, e de segundo plano, passando a ser apenas um direito subjetivo *prima facie*.⁹ Há, ainda, a problemática da reserva de competência parlamentar no âmbito dos direitos sociais prestacionais e a possível afronta ao princípio da separação dos poderes, se proteções jurídicas diante de um momento de crise Estatal são necessárias e legítimas.

O professor Alexy (2008, p. 512) entende, dentro do ordenamento alemão, que o princípio da competência orçamentária do Legislativo não é absoluto, e direitos individuais podem ter um peso maior que razões político-financeiras.¹⁰ Ensina que os próprios direitos fundamentais trazem restrição à competência do legislador, e que em momentos de crise pode haver pouco a ser distribuído. Assim, nem tudo aquilo que fosse considerado, em certo momento, como integrante do mínimo essencial, continuasse sendo noutra momento.

Ainda de acordo com o ilustre doutrinador (2008, p. 518), “*aos direitos prima facie correspondem deveres prima facie. Esses deveres são deveres estatais prima facie de zelar para que às liberdades jurídicas dos titulares de direitos fundamentais correspondam liberdades fáticas.*” É aceitável, então, que um legislador seja obrigado pelo Poder Judiciário quando não dá cumprimento em seu dever de promover normativamente os direitos fundamentais.

A nossa Constituição, segundo o Nunes Júnior (2009, p. 71), traz alguns dispositivos norteadores para referida tarefa. Vejamos:

Primeiro, indicação da cidadania como fundamento do Estado (art. 1º, III); segundo, a previsão da erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais como objetivo do Estado (art. 3º, III); terceiro, a identificação de que nossa ordem econômica, calcada na

⁹ Para o autor, isso não é o mesmo que dizer que não se trata de um direito em si. É, sim, um direito vinculante, não um simples enunciado programático, mas que sua validade normativa depende de um maior ou menor grau de possibilidade de realização.

¹⁰ Citou a decisão do Tribunal Constitucional Federal, que causou impacto financeiro, ao ampliar o rol dos que teriam direito ao auxílio moradia para os beneficiários da assistência social, com a intenção de não permitir um tratamento desigual (BVerfGE 27, 220 (228 e ss.)).

propriedade privada e na livre iniciativa, deve ter por objetivo propiciar dignidade a todos, segundo os ditames da justiça social.

O que dizer acerca da definição do constituinte de salário mínimo, em seu artigo 7º, inciso, IV. Há evidente proteção do indivíduo, mas, também, proteção à instituição família, pois o salário mínimo deve atender às necessidades básicas tanto do indivíduo quanto de sua família, quanto à moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

Assim, e segundo os termos estabelecidos na própria Constituição, o mínimo vital deve abarcar todos os fatores acima mencionados, mas não podemos desconsiderar outros direitos fundamentais, principalmente quando visem à melhoria da condição social de todos, não deixando de lado a necessidade de consideração individualizada para os casos em concreto, e a ligação permanente com o postulado e fundamento constitucional dignidade da pessoa humana.

Fica patente que cada direito fundamental tem seu núcleo essencial, sem o qual perde sua própria razão de ser, fica despido de qualquer conteúdo mínimo de eficácia. Não pode, portanto, haver afronta a esse conteúdo nuclear, mesmo que alguns direitos sociais dependam de uma maior conformação do legislador. É preciso estabelecer esse parâmetro nuclear de cada direito fundamental, em especial a dignidade da pessoa humana, eis que é nesse limite que eles se fortalecem, devem ser reconhecidos como intangíveis.

Outros fatores também são influenciadores para uma efetivação maior ou menor dos direitos sociais fundamentais, como o político, histórico e cultural de cada sociedade, além do econômico. Cabe a cada sociedade definir o que se enquadra como sendo integrante desse mínimo essencial, embora saibamos que há alguns direitos fundamentais de valoração absoluta, indispensável para o ser humano, podendo ser encontrado em quase todos os ordenamentos como integrantes desse conceito vital.

Isso emana de algumas das próprias características dos direitos fundamentais, o caráter absoluto e universal. Com relação ao critério universal, há direitos fundamentais que são inerentes ao próprio ser humano, mas há outros que, também fundamentais, são inerentes a apenas uma camada social, como o direito ao trabalho (que interessa para quem está apto para tanto, mas não a uma criança, que tem como direito fundamental a educação, de não trabalhar enquanto estudar, ao menos até certa idade).

Também o caráter absoluto merece atenção especial, uma vez que alguns direitos fundamentais não podem, a princípio, apresentar aplicabilidade desenfreada, principalmente pelo fato de poder haver confrontação de dois ou mais direitos dessa natureza, como a intimidade e liberdade de imprensa. Outros podem se apresentar de modo absoluto, como o direito de não ser escravizado, torturado, o direito de não ser tratado como coisa, o direito a não ser submetido a penas cruéis, dentre outros.

Assim, podemos extrair como conclusão, que razão assiste à Sarlet (2009, p. 349, quando comunga das opiniões doutrinárias de Alexy e Canotilho, de que sempre que uma reserva de competência do Legislativo, ou outras objeções aos direitos sociais, esbarrar no valor maior da vida e no fundamento da dignidade humana, ou mesmo no caso de colisões de direitos fundamentais ou não, e cujo resultado seja a prevalência do direito social, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá que se reconhecer um direito subjetivo a prestações, sendo admitido um direito *prima facie* somente quando esse mínimo for ultrapassado.

Ainda sim, é de se ressaltar que esse mínimo pode ser superado quando se postula judicialmente uma prestação social necessária para a proteção de uma vida digna, o que pode e vai variar em cada situação apreciada.

Das normas programáticas

Questão interessante é saber se é possível atribuir *prima facie* ao parágrafo primeiro do artigo 5º, da CF/88 caráter absoluto. Assim, doutrinadores entendem que os termos do artigo 5º, parágrafo 1, da CF, são termos de uma norma-princípio, da qual resulta na necessidade, ou melhor, obrigatoriedade, de buscar a melhor aplicabilidade de um direito fundamental, sempre que possível.

Nunes Junior (2009) alerta que há certa confusão doutrinária no sentido de falar em direitos sociais é o mesmo que falar em normas programáticas. Entende haver clara distinção entre elas, do que resulta que os direitos sociais não são apenas positivados pelas normas programáticas, que é apenas uma de suas formas de positivação.

Ensina ser possível conhecer a extensão e o alcance de uma norma de direito social ao entender qual a estratégia, técnica ou forma pelo qual foi positivado. Apesar disso, direitos sociais advêm de uma mesma origem e compartilham de um mesmo objetivo, de modo que cada uma das normas deve ser interpretada à luz dos objetivos maiores do subsistema do qual fazem parte.

Mesmo assim, fica evidenciado que a Constituição inscreve fins que enxerga mais distantes, e direitos cujo reconhecimento, exigência e aplicabilidade não possam ser postergados, sempre, e principalmente, quando viola o princípio da dignidade da pessoa humana. Para seus fins estabelece a prática de políticas públicas e outras ações necessárias. Evidente que, para os direitos sociais, por se tratarem de direitos eminentes, voltados a preservar a existência vital, minimamente digna, não há como deixar exclusivamente nas mãos dos políticos e partidos o implemento desses direitos, ficando à mercê de interesses setorializados, disputas políticas, e fatores de ordem econômica.

O ilustre professor destaca que a consagração dos direitos sociais não ocorre somente de forma horizontal, mas se dá entre as relações jurídicas privadas. A necessidade de o Estado estabelecer condição de equilíbrio entre partes em situações de desigualdade econômica, como o Direito do Trabalho, é um exemplo dessa consagração. O reconhecimento do desequilíbrio entre o capital e trabalho, bem como nas relações de consumo, comprova que não se trata apenas de exigência de um direito subjetivo frente ao Estado, mas entre particulares, o que atrai a proposição doutrinária de Alexy (2008, p. 409) “*Se não houver razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento de tratamento igual, então, é obrigatório um tratamento desigual.*”

Grau (1988, p. 126) sustenta que as normas constitucionais programáticas, em especial as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis, vinculando imediatamente os três Poderes.

Canotilho (apud Grau, 1988; p. 126) defende a deslocação da doutrina dos “*direitos fundamentais dentro da reserva de lei para a doutrina da reserva de lei dentro dos direitos fundamentais.*”

Bobbio (apud Krell, 2000, p. 30) pergunta se “um direito ainda pode ser chamado de “direito” quando o seu reconhecimento e sua efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar um “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política. A Constituição, no dizer de Konrad Hesse, não configura apenas expressão de um *ser*, mas também de um *dever ser*; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas, procurando imprimir ordem e conformação à realidade política e social.”

Efetivamente não há razoabilidade em conceder tamanho poder àqueles que, no máximo, possuem obrigação política para a elaboração de legislação ordinária, bem como promoção de programas públicos de prestação material de direitos sociais.

Devemos compreender e difundir as principais lições dos ilustres doutrinadores citados, que os direitos sociais não são positivados somente pelas normas consideradas programáticas, que os direitos sociais são diretamente aplicáveis e vinculam imediatamente os três Poderes, que a doutrina da reserva de lei deve ser deslocada para a doutrina dos direitos fundamentais, não o contrário. Por fim, um direito realmente não pode ser chamado como tal se seu reconhecimento e sua aplicabilidade dependem da postura ativa de membros de cujo compromisso com a sociedade é, no máximo, de cunho político, não moral.

Do capital financeiro

Talvez o maior adversário dos direitos sociais, que constantemente força a própria alteração de sua dinâmica, atualmente, é o chamado capital financeiro. Concebido diante de um modelo capitalista liberal aceito atualmente pela sociedade civil, poderoso instrumento de modificação e redução dos espaços públicos políticos e econômicos, sempre buscando sua maior circulação globalizada, numa ruptura com qualquer modelo de proteção social estatal, fazendo uso das chamadas “desregulamentação” e “flexibilização” principalmente dos direitos fundamentais sociais, os quais, para os grupos formadores desse tipo de capital, é o entrave para a suposta aceleração do crescimento, desenvolvimento da economia.

Vivemos, desde a parte final do século XX, momento de monopolização capitalista, sempre com base financeira, pelo qual o capital acabou por vestir outra roupa, tanto na forma de produção quanto na forma de distribuição, mas, salvo melhor juízo, a maior transformação se deu nos modos de circulação (a velocidade e virtualidade de informações, conhecimento) e operação (a “mundialização” do capital, abertura de mercados nacionais, privatizações), sempre calcado num modelo econômico supra-nacional.

Cada vez mais os Estados se vêem forçados, muitas vezes dispostos – aos menos aos olhos dos representantes políticos responsáveis por negociarem -, a promoverem alterações fundamentais constitucionais, despindo direitos basilares sociais do manto protetor, jogando-os ao próprio dinamismo do modelo capitalista atualmente praticado, mercantilizando-os.

Especificamente no Brasil, o que se vê é um desmanche das conquistas sociais da classe trabalhadora, para que se franqueie livre acesso ao capital, cada vez mais formado pela

apropriação privada dos fundos públicos, numa constante transferência dos recursos sociais para outras áreas que beneficiam os grupos formadores dos grandes capitais (contra-reformas das políticas sociais e repasse dos mesmos para o pagamento principalmente das dívidas formadas pelo capital portador de juros).

Essa alteração da forma de atuação do Estado, dando ênfase às nuances de mercado econômico, vem minando gradualmente referidas conquistas sociais consolidadas e estampadas como valores principais da maioria das Constituições, em especial a do Brasil.

O momento atual é de pressão da esfera econômica na própria regulação da prestação social por parte do Estado, com visíveis tentativas de alterações nos principais instrumentos de proteção e promoção de direitos fundamentais, tidos assim para os cidadãos, mas não fundamentais para os componentes dos grandes blocos de capital financeiro.

Ainda sim, é pelo Estado, e somente pelo Estado, que as conquistas fundamentais sociais serão protegidas e materializadas, mesmo que parte de seus representantes insistam em dar permissão para a intromissão econômica dos grandes blocos, migratórios, no âmbito das regulações sociais, dependentes da garantia dos valores fundantes, os quais passam por evidente e contínuo processo agressivo de compressão, de achatamento normativo, através das chamadas desregulamentações, flexibilizações.

Se acompanharmos a evolução do Estado Moderno desde sua concepção e até sua atual roupagem, vamos perceber sempre uma minoria detentora dos grandes e maiores meios de influência política econômica, cultural e social, que tenta extrair maiores benefícios em detrimento da maioria historicamente detentora de uma condição de submissão, normalmente detentora somente de sua força produtiva.

O que se altera é apenas a forma como procedem, acompanhando as mudanças principalmente tecnológicas, mas também as culturais e sociais, modificando as formas de agressão aos direitos, especialmente os de liberdade e sociais, tanto no aspecto individual quanto no aspecto coletivo, difuso (clima, meio ambiente, segurança nacional, ou melhor, mundial).

É o mesmo que se aceitar que a justiça se promova pela imposição do mais forte perante o mais fraco. O que antes se dava no âmbito apenas físico, atualmente se dá dentro do próprio ordenamento, ou seja, os grandes blocos capitalistas tentam impor seus interesses através do próprio ordenamento jurídico, introduzindo seus representantes políticos, ou

patrocinando aqueles que foram eleitos inicialmente para ser a voz ativa da sociedade, com campanhas eleitorais cinematográficas, iludindo seus eleitores com promessas fantasiosas, mas que se apresenta com alto poder de persuasão. É a lei do mais forte (capital) frente ao mais fraco (trabalho, minorias sociais).

A falha na consolidação dos serviços sociais basilares

Paralelo a todos os adversários antes destacados, é de se questionar como o Estado, em especial o brasileiro, cumpre seu dever prestacional basilar, em especial os relacionados aos direitos sociais fundamentais, como educação e saúde.

Há autores¹¹ dizendo que o maior problema da efetivação dos direitos sociais previstos na constituição não são exatamente por falta de complementação legislativa infra-constitucional, mas, sim, na notória falha onde já foi implantado o serviço público necessário para a satisfação dos direitos sociais, em especial a educação e saúde.

É de se questionar atualmente se esse tipo de situação gera direitos subjetivos passíveis de tutela jurisdicional, não somente para fins de sua efetivação, mas, também, para reparação de danos, que impedem o cidadão de retornar ao estado anterior, como o caso de um indivíduo que percorreu os caminhos do ensino básico e fundamental público e não consegue dar continuidade em seu plano de cursar uma universidade, e, como conseqüência, não consegue vislumbrar a mesma condição para o ingresso no mercado profissional, por falta de qualificação técnica adequada, além de ter que enfrentar a discriminação por parte dos donos dos postos de trabalho em face de sua idade, já considerada avançada pelo mercado profissional, o que ocorre, para algumas profissões, a partir dos 40 anos de idade.

Da mesma forma em relação à saúde, se bem que o Poder Judiciário, em regra, vem dando a devida guarida àqueles que buscam o socorro jurisdicional, especialmente diante de uma negativa estatal por falta de recurso financeiro.

A falha na prestação não está ligada somente ao aspecto qualitativo, mas, também, ao fato de que, em muitos casos, não ter havido a utilização dos valores aportados no orçamento para a implementação de políticas e programas públicos em benefício de direitos sociais. Não

¹¹ Adreas J. Krell, em “A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado / José Luis Bolzan de Moraes...[ET AL.]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. Pg. 32”: “A eficácia social reduzida dos Direitos Fundamentais sociais não se deve à falta de leis ordinárias; o problema maior é a não-prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público. A grande maioria das normas para o exercício dos direitos sociais já existe. O problema parece estar na formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos Estados e dos Municípios.

é incomum notícia de que o governo reservou bilhões de reais para a construção de escolas, hospitais, investimento em obras de prevenção e até contenção em face de fatores naturais (chuvas torrenciais, seca), mas, na prática, referidos valores não foram gastos.

Entendemos que deve haver a responsabilização, inclusive criminal, dos representantes estatais que teriam a competência para por em prática o que permitido pela legislação orçamentária.

Conclusão

É fato que várias teorias jurídicas foram criadas e desenvolvidas em vários países para a formulação, garantia e promoção dos direitos sociais, cada qual com base em realidades sociais, econômicas, culturais, e grau de desenvolvimento democrático distintos. Entendemos que há necessidade das devidas adaptações de tais teorias a tais realidades.

Os problemas de exclusão social no Brasil de hoje se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparados à situação social dos países-membros da União Européia.¹²

A reserva do possível está mais ligada à possibilidade ou não de expansão do grau prestativo estatal dos direitos fundamentais sociais do que com a própria concretização dos mesmos em sua condição basilar, minimamente vital aceito, intrínseco à própria dignidade humana, para a sociedade. E mesmo, assim, numa interpretação progressiva dos direitos sociais, a negativa de prestação estatal deve assumir natureza temporária para que se considere aceita a indisponibilidade de recursos financeiros.

Além disso, se o argumento primário de defesa apresentado pelo Estado para a redução ou não promoção de um direito social for de ordem econômica (reserva do possível, por exemplo) ou política (falta de complementação legislativa), deve o Poder Judiciário não

¹² A elevação do nível da sua realização estaria sempre condicionada ao volume de recursos suscetível de ser mobilizado para esse efeito. A limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais. Perceptível, pois, que referido limite possui caráter secundário, não podendo ser invocado como justificador de negativa do próprio direito social. É compreensível que a disponibilidade de recursos está intimamente ligada à própria prestação material estatal de direitos sociais, mas o fato é que é dever do Estado prover recursos para isso, e sua disponibilização está, sim, centrada na discricionariedade estatal quando da composição orçamentária. Mas, da forma como no governo alemão, o que se compreende por razoável e racional que um indivíduo pode esperar do governo deve estar inserido nessa composição. Só que discricionariedade implica na confrontação das várias possibilidades de materialização desses serviços públicos, mas dentro da perspectiva do próprio Direito, não dentro da perspectiva da legalidade em sentido estrito, e o administrador tem o dever-poder de escolher a melhor das possibilidades, não a que lhe convém ou que mais lhe agrada.

aceitá-lo como plausível, principalmente se tal argumento não vier acompanhado com prova absoluta de que o ente público responsável pelo âmbito social em que vive quem recorre a ele efetivamente pratica políticas públicas e programas sociais que asseguram o mínimo essencial, alcançando a todos da localidade, e somente o que será capaz de demonstrar a falta de interesse de agir desse indivíduo.

Entendemos que o mínimo vital não pode ser taxativamente considerado pelo legislador, sequer pelo aplicador do Direito, devendo ser estipulado quando da apreciação de cada caso a ser considerado, claro que alguns direitos podem, e devem, ser considerados como universalmente compositores do rol mínimo, mas outros serão incluídos, dependendo do que for preciso para melhorar ou transformar a condição social de quem necessitar.

Não pode haver afronta ao conteúdo nuclear de um direito social, mesmo que alguns deles dependam mais de uma maior conformação do legislador.

O poder Judiciário vem sendo constantemente aclamado para decidir em questões acerca de realinhamentos de leis orçamentárias à própria Constituição Federal de 1988, relacionadas a tutelas de direitos sociais. Podemos compreender como sendo uma situação de efetiva interpretação conforme a Constituição, princípio constitucional instrumental, quando se remaneja através de parâmetros constitucionais normas orçamentárias, excluindo a forma pré-estabelecida de aportes para área de publicidade, por exemplo, para o deslocamento individualizado a favor de quem está postulando.

A par disso, também pensamos que não pode o Estado se defender numa lide, em que se pleiteia a prestação de um direito fundamental social, apresentando como defesa a suposta indeterminabilidade conceitual de um direito social, seja por estar inserido numa norma tida como programática, ou por uma norma que clama por completude ordinária. Qualquer direito social já apresenta um motivo de ordem prática para sua inserção no ordenamento jurídico, até porque o Poder Judiciário, mesmo diante de um conceito onde o legislador não apresenta termos determináveis, tem o dever-poder de extrair a devida significação atribuível à situação enfrentada, o que afasta totalmente a força de tal argumento.

O que se lamenta, com relação à mercantilização dos direitos fundamentais, e se trata de fato perigoso em relação às conquistas sociais estampadas na Constituição, em especial os direitos sociais, é a inversão de valores, com a supervalorização do de ordem econômica, regulatórias do mercado, a desvalorização social e cultural, com a preferência estatal por

políticas denominadas atualmente de flexibilização, também de desregulamentação, praticamente retornando ao negociado entre os atores sociais, diminuindo a proteção ou busca de equilíbrio na relação capital/trabalho.

Possível perceber a ocorrência de uma reversão de direitos sociais já consolidados constitucionalmente como fundamentais, sua mercantilização (saúde, educação, o mesmo que já consolidado em face da propriedade em geral) acaba sendo o caminho desviado utilizado por muitos para a promoção de atos de afronta e superação das próprias cláusulas pétreas. É o poder do dinheiro colocando em risco a própria liberdade das pessoas, pois, sem a promoção dos direitos sociais, não há promoção pessoal, não há acessibilidade ao bem comum, não há, portanto, qualquer possibilidade de viver, tão somente sobreviver, mesmo que abaixo das condições mínimas inerentes à dignidade humana, e tudo isso sob vista do modelo atual de Estado, mais importando com as políticas de mercado e fiscais do que com a social.

Os vários programas de integração social, de assistência social, inclusive, estão sendo apresentados como padronizadores da pobreza, uma vez que trazem rol de requisitos necessários para qualquer pessoa ser considerada pobre (a renda *per capita* familiar é o pior de todos, pois é um requisito de apuração coletiva, eis que leva em conta a renda de todos os familiares, mas para a concessão de um benefício assistencial individual)

Não menos importante é sabermos o que está abaixo do piso considerado vital e intrínseco com o postulado da dignidade humana.¹³ Também devemos saber o que deve ser feito com o que está abaixo do conteúdo do chamado mínimo existencial, se os direitos fundamentais devem ser implementados nessa seara, se são alcançados por quem vive abaixo dessa linha mínima considerada digna, em situação de miséria ou pobreza absoluta, se outras medidas de cunho assistencial, meramente compensatórias devem ser intentadas, deixando o resto ao crivo do próprio mercado econômico.

¹³ “A pobreza tem sido largamente explicada pelo paradigma liberal que assume diferentes posturas, destacando-se as correntes ortodoxas, neoclássicas, as explicações economicistas, contratualistas, dualistas e o liberalismo de matizes radical e social. Todavia, interessa aqui ressaltar que a centralidade da explicação da pobreza pelas abordagens liberais é identificada no próprio indivíduo que também indica o mercado como espaço natural de satisfação das necessidades econômicas e sociais. Isso significa que as políticas só devem intervir marginalmente e numa perspectiva meramente compensatória para correções de situações de pobreza extrema.” Revista de Políticas Públicas, vol. 9, n. 1, p. 253-254, jan./jun. 2005, Maria Ozanira da Silva e Silva.

Referência Bibliográfica

- BUSTAMANTE, T. (2005) *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar.
- DWORKIN, R. (2011) *A virtude soberana : a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2ª ed.
- ESPINDOLA, A. A. da S. .[et ali.] (2005) *O estado e suas crises*. Porto Alegre : Livraria do Advogado.
- GARGARELLA, R. (2008) 1964- As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política. São Paulo : WMF Martins Fontes.
- GRAU, E. R. (1988) *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo : Editora revista dos Tribunais.
- _____ (2010) *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 14ª Ed.
- LOPES, J. R. de L. (2006) *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método.
- MARTINS FILHO, I. G. & MEYER –PFLUG, S. R. (coord.). (2011) *A intervenção do Estado no domínio econômico: condições e limites*. São Paulo: LTr.
- MORAES, J. L. B. [et. ali] (2000) *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- NUNES JÚNIOR, V. S. (2009) *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégia de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Editora Verbatim.

PIMENTA, P. R. L. P. (1998) *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas* / Salvador: Max Limonad.

PIMENTEL JÚNIOR, P. G. (Coord.) (2005) *Direito constitucional em evolução perspectivas*. Curitiba: Juruá.

REIS, J. C. V. (2003) *As normas constitucionais programáticas e o controle do estado*. Rio de Janeiro.