



A fundamentalidade dos direitos sociais: conciliação do “mínimo existencial” com a “reserva do possível”

Erika Daniella Rodrigues Oliveira Rabelo¹

1 CONCEITOS, CLASSIFICAÇÕES E DESAFIOS

Os direitos e garantias fundamentais quanto à natureza jurídica são caracterizados como direitos fundamentais do indivíduo, garantidos, no plano internacional, pelo art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, conforme alhures:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.²

No caso brasileiro, ditos direitos fundamentais foram organizados em um documento jurídico dotado de força normativa hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento jurídico- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Adverte, sabiamente, Gilmar Mendes que,

a inconteste evolução que o Direito Constitucional alcançou é fruto, em grande medida, da aceitação dos direitos fundamentais como cerne da proteção da dignidade da pessoa e da certeza de que inexistente outro documento mais adequado para consagrar os dispositivos assecuratórios dessas pretensões do que a Constituição.³

¹ Mestranda em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá-UNESA/RJ; Professora de Direito Constitucional e Urbanístico das Faculdades Unidas do Norte de Minas-FUNORTE/Montes Claros-MG; Advogada.

² Conforme art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.

³ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional, 2009, p. 265.

Verifica-se, pois, a perspectiva de um Estado Social de Direito, tendo como documentos marcantes a Constituição Mexicana de 1917, a de Weimar, na Alemanha, de 1919, e no Brasil, a de 1934.

Nesse contexto, destaca-se a Carta de Direitos de 1988 que, expressamente no Título II, consagrou os direitos e garantias fundamentais, organizando-os em direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos da nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos (CRFB, art. 5º -17), em rol, meramente, exemplificativo. Em razão de serem os valores mais caros à humanidade, justifica-se a estrutura e proteção aos direitos fundamentais tal qual temos hoje.

Todavia, a discussão apresenta-se, ainda, pungente na doutrina e jurisprudência, no que tange à efetividade dos direitos sociais, mesmo diante de sua incontestável fundamentalidade, essencialidade. É alcalina tal afirmação desde o preâmbulo constitucional. Senão vejamos:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar; o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. ^{4 1}

Consoante o artigo 6º da Constituição da República, alterado pelas emendas constitucionais 26/2000 e 64/2010, são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição; e os artigos 7º ao 11 que tratam dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. Tais direitos caracterizam-se como o conteúdo da ordem social, também delimitada em título

⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

próprio da Constituição da República. Ademais, temos que ao longo do texto constitucional vislumbra-se uma sucessão de categorias de direitos sociais, quais sejam: da seguridade social; da educação, cultura e desporto; da ciência, tecnologia e comunicação social; do meio ambiente; da família, da criança, do adolescente e do idoso; dos índios.

A finalidade precípua dos destacados direitos é a proteção dos hipossuficientes e dos mais fragilizados, assevera Marcelo Novelino⁵, de sorte que sua efetivação traduz a redução das desigualdades sociais – objetivo da República Federativa do Brasil (CRFB, art. 3º, inciso III). Assim, ao contrário dos “direitos de defesa” que exigem uma abstenção estatal (caráter negativo), os direitos sociais só podem ser efetivados através de ações positivas dos Poderes Públicos, seja para regulamentá-los, e/ou seja para implementá-los, daí serem tratados como direitos prestacionais ou de promoção.

Estabelece-se, portanto, um comportamento positivo para a concretização dos direitos sociais, sinalizando essa orientação para a gestão das políticas públicas, para a atuação do legislador e para o julgador no caso de resolução de litígios. O administrador atua, mediante a implementação de políticas públicas ante a “reserva do possível”; o legislador deve respeitar o núcleo essencial, dando azo à efetivação dos direitos constitucionalmente assegurados; para tal deve assentar sua conduta, de forma ativa, na fundamentalidade dos direitos sociais, para que a falta ou insuficiência de normas jurídicas escritas não impossibilite o juiz de dizer o Direito; ademais, espera-se pela atuação ativa do Judiciário tendo em vista a concretização da Justiça, inclusive diante da omissão dos demais Poderes da União.

No entanto, impende realçar que mesmo diante dessa característica predominantemente positiva, doutrinadores, como o célebre Canotilho, realçam que os direitos sociais também possuem um componente negativo, visto que o direito social ao trabalho, por exemplo, consiste na obrigação do Estado de proporcionar ou de contribuir para o surgimento de postos de trabalho (caráter positivo), ao mesmo tempo

⁵ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional para concursos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 213.

em que alcança a obrigação estatal de abstenção impedindo ou limitando o acesso dos cidadãos ao trabalho (liberdade de acesso ao trabalho).

A tudo isso, acrescenta-se que os direitos sociais podem e devem ser satisfeitos, também, pela própria sociedade, como por exemplo, os direitos sociais dos trabalhadores, que devem ser materializados não só pelo Estado, mas pelos particulares que figuram como empregadores, posto que visam melhoria da condição social daqueles; do mesmo modo os direitos sociais atinentes aos idosos, às crianças, aos adolescentes e aos jovens, dentre outros.

Assevera José Afonso da Silva⁶ que os direitos sociais “disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto”, ao passo que “os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e dos mais numerosos”.

A propósito, cumpre assinalar que os direitos sociais, classificados como direitos de segunda dimensão, ligados ao valor igualdade, traduzem normas tendentes a efetivar a isonomia substancial e social. Busca-se, então, melhor condição de vida, ou promoção da própria vida. Para tanto, aguarda-se que o Estado atue - implementando políticas públicas e/ou se abstendo de prejudicar a concretude dos direitos fundamentais sociais.

2 MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Sabe-se que muitos dos direitos sociais são indicados através de normas de efeito programático. Entretanto, adverte o Ministro Celso de Mello, que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política,

não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto

⁶ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.183.

irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.¹

Ademais, conforme estabelecido pela Constituição da República (art. 5º, §1º), os direitos sociais têm aplicação imediata, porquanto foram alocados no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Como conseqüência desta regulamentação, ditos direitos são garantidos pelas técnicas de controle de constitucionalidade, no caso de omissão legislativa, por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ou arguição de descumprimento de preceito fundamental; através das ações constitucionais, tais como o mandado de injunção, na via individual ou coletiva, o mandado de segurança, individual ou coletivo, a ação civil pública; além de outras práticas advindas da postura ativa do Poder Judiciário e do Ministério Público, como forma de instigar a efetivação das normas constitucionais, tendo em vista, sobretudo, o princípio da máxima efetividade.

Logo, em vez de destacar a liberdade de conformação (regulamentação) do legislador, impende conferir notório destaque à força normativa da Constituição, evitando que esse núcleo promocional do direito flutue ao sabor de conveniências políticas. A Constituição da República não deve ser relativizada segundo os caprichos do legislador, e sim o contrário. Se as normas constitucionais são imperativas, supremas e obrigatórias, isto significa que elas vinculam todos os Poderes Públicos, inclusive o Legislativo. Por isso, a relutância desse Poder em expedir os regulamentos necessários, tolhendo a aplicação das normas constitucionais de eficácia limitada, deve-se ligar uma conseqüência negativa, qual seja: declaração de inconstitucionalidade por omissão.

3 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Percebe-se, de forma acentuada, a compreensão de que a única forma de efetivar os direitos sociais é por meio do Judiciário. Trata-se da cultura administrativa em que o chefe do Executivo ignora o seu dever de prestar assistência aos necessitados, na forma da lei, sob a justificativa de limitação e escassez dos recursos materiais do Estado. Daí a esperança ser a judicialização dos direitos sociais. Noutra falar, tem-se que a materialização desses direitos é vinculada, somente, à reserva do possível.

Com propriedade e sapiência, Marcelo Novelino define “reserva do possível”. Senão vejamos.

Portanto, verifica-se uma estreita relação entre as circunstâncias econômicas e a efetividade dos direitos sociais, sendo que a onerosidade de sua implantação faz com que seu processo de concretização acabe condicionado por aspectos financeiros, subordinando-se às possibilidades orçamentárias do Estado. É o que se convencionou chamar de reserva do possível.⁷

Releva notar que, diante da necessidade de implementação de políticas públicas efetivadoras dos direitos sociais, com vistas à atenuação das desigualdades fáticas instaladas na sociedade, cabe ao Poder Judiciário, diante de demandas como as que postulam o direito à saúde, identificar quais as razões que instigaram a Administração a descumprir os comandos legais.

É cediço que, em muitos casos, a judicialização dos direitos sociais deveria acontecer, preferencialmente, por meio das ações coletivas, e não a partir de inúmeras ações individuais, pois são direitos coletivos, tradutores do valor igualdade, solidariedade; além do que ensejaria um diálogo institucional agregado à preservação da isonomia, ou seja, tratamento igualitário aos titulares de direitos em idênticas condições.

5 PRINCÍPIOS ATINENTES AOS DIREITOS SOCIAIS

Resta insofismável a abundância das demandas sociais, bem como a limitação e escassez de recursos materiais do Estado. Para resolver tal antagonismo, princípios e técnicas mostram-se favoráveis, especialmente, a “reserva do possível” e o “mínimo existencial”.

Desse modo, e tendo em vista a finalidade dos direitos sociais de atenuar as desigualdades fáticas existentes na sociedade, a materialização de tais direitos pelo Estado depende, de acordo com Celso de Mello⁸, da verificação cumulativa de dois requisitos:

⁷ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional para concursos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 214.

⁸ *apud* NOVELINO, 2007, p.215

- 1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público; e
- 2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Não obstante a vontade política dos representantes do povo ser observada, tal liberdade não é absoluta. Por isso mesmo, tanto o Poder Legislativo, quanto o Executivo devem assentar suas ações na razoabilidade, de sorte que havendo investida para neutralizar a eficácia dos direitos em estudo, atingindo o mínimo existencial - bens e utilidades básicas à promoção da vida -, aguarda-se pela atuação do Judiciário, com vistas a viabilizar a todos o acesso aos bens recusados pelo Estado.

Nesse contexto, aponta-se o ainda incipiente princípio da proibição da evolução reacionária ou da vedação ao retrocesso social, implícito na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, decorrente do sistema jurídico-constitucional pátrio, cujo escopo é a vedação da supressão ou da redução de direitos fundamentais sociais em níveis já alcançados e garantidos. Objetiva-se, pois, perscrutar se, e até que ponto, o grau de vinculação aos ditames constitucionais veda ao legislador infraconstitucional a possibilidade de, sem justificativa razoável, eliminar ou reduzir o nível de concretização alcançado por um determinado direito fundamental social.

Além disso, tem-se que a análise dos direitos sociais ante o princípio da proibição de retrocesso social de acordo com a teoria dos Direitos fundamentais, com ênfase na teoria dos quatro “status” de George Jellinek (ALE) e a teoria dos princípios de Robert Alexy (EUA), aponta que os direitos sociais são autênticos direitos fundamentais que por isso mesmo necessitam não apenas de serem concretizados, mas preservados, ao menos o núcleo essencial, contra a aniquilação legislativa. Nessa linha, impende destacar que a fundamentalidade dos direitos sociais funda-se na essência do Estado democrático de Direito, no fundamento basilar da República - dignidade da pessoa humana-, bem como nos princípios da eficácia das normas constitucionais, da segurança jurídica e da proteção da confiança do cidadão, tendo em vista o princípio da legalidade, em seu sentido alargado, conforme interpretação içada pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

Alcança relevo, ademais, o princípio da igualdade, destacado nessa segunda geração/dimensão de direitos fundamentais, a ser considerado como direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais – tal qual o direito de greve, dentre outros.

Ressalte-se, nesse ponto a assertiva da professora Flávia Bahia Martins segundo a qual,

A Constituição de 1988 consagra como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito o amparo aos menos favorecidos, proporcionando-lhes condições de vida mais decente e em harmonia com a igualdade real, na forma do art, 1º, IV.⁹

Considerações derradeiras

A dignidade da pessoa humana - fundamento básico da República Federativa do Brasil – determina ser inconcebível a negação do mínimo existencial, sob a justificativa da reserva do possível, porquanto esta não pode suprimir a vida. E, mínimo existencial traduz vida.

Ainda assim, sabe-se não ser empreitada fácil, mas possível, a conciliação do mínimo existencial com a reserva do possível – requisitos observados à promoção dos direitos sociais pelo Estado, sob o crivo material, tendentes à promoção da vida, por conseguinte da vida digna. No entanto, dignidade reflete tanto uma interpretação de cunho objetivo, quanto subjetivo. Nessa linha de análise, sobressalta-se o aspecto objetivo, pois a subjetividade traduz carga axiológica que, possivelmente, conflitar-se-ia com o objeto do presente escrito - tentativa de discernir a nota de fundamentalidade dos direitos sociais, precipuamente, sob o prisma do mínimo existencial.

Nesse entrevero, ressalta-se o clamor social pela concretização dos direitos sociais, tendo em vista a realidade fática brasileira apontar um quadro agoniado de pobreza e desigualdades sociais. Daí a efetividade dos direitos prestacionais traduzirem esperança atinente à observância de um dos objetivos da República Federativa do Brasil

⁹ MARTINS, Flávia Bahia. **Direito Constitucional**. 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011, p. 190.

– “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (CRFB, art.3º, inciso III).

De toda forma, não há espaço para que justificativas evasivas, bem como desarrazoadas, como a indevida manipulação da atividade financeira e/ou política pelo Poder Público, bem como a separação dos Poderes, condicionem a garantia do mínimo existencial. Ao contrário, é de esperar que a política possa respeitar o ideal moral como critério para cumprir, sobretudo, as promessas constitucionais. Porquanto, as mudanças mais importantes que atravessam a sociedade são representadas por realizações, não por ideais; além do que são de ações e não de ideais que o povo vive.

Para tanto, é devida uma interpretação constitucional moderna, com vistas a permitir que a Constituição da República não sucumba numa realidade instável como a que vivemos. Porquanto o Direito antes revelado, apenas, pelas normas, deve ser envolvido pelos contornos necessários à promoção da Justiça, como a ética e as ciências filosóficas e sociais. Verifica-se, pois, uma superação da cultura positivista, ao passo que o Direito hodierno torna-se maior do que as ordens e normas legais.

Tudo isso é salutar no que tange à conciliação dos requisitos básicos à promoção dos direitos sociais- reserva do possível e mínimo existencial. Ponto positivo: o ordenamento jurídico brasileiro conta com normas, constitucionais e legais, envolvidas pelo dever ético, sob o manto filosófico e social. Ponto negativo: verifica-se crescente a judicialização dos direitos fundamentais sociais sob o argumento da colisão de seus requisitos basilares.

Assim sendo, Estado e sociedade devem estar atentos à importância dos direitos fundamentais sociais. E, todos têm o dever de lutar pela sua correta regulamentação – por intermédio dos orçamentos participativos, iniciativa popular, dentre outros mecanismos de democracia participativa -, eficácia – a interpretação das normas constitucionais há de ser moderna, evolutiva, rompendo-se com velhos paradigmas - e concretização – os Poderes devem ser ativos, e o povo, se necessário, deve reclamar de forma ordeira pela efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Por derradeiro, ressalte-se que resta indubitável a relevância do princípio da reserva do possível no cenário jurídico brasileiro, porém, invocá-lo como forma de

esquivar da responsabilidade maior do Estado – efetivar os direitos constitucionais fundamentais - é molestar a dignidade do homem, que não pode ser observada de forma restrita e camuflada, porquanto, o mínimo a que faz jus qualquer pessoa, hoje, ainda é privilégio de poucos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert; SILVA, Luis Virgilio Afonso da (tra). **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 87-118.
- BOBBIO, Norberto, 1909; COUTINHO, Carlos Nelson (tra); LAFER, Celso (apres.). **A era dos direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto, 1909; NOGUEIRA, Marco Aurélio (tra). **Elogio da serenidade e outros escritos**. São Paulo: Editora UNESP, 2002.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Metodologia fuzzi e camaleões normativos na problemática actual dos direitos econômicos, sociais, e culturais**. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira (tra). **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Faris Editor, 1991.
- LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARTINS, Flávia Bahia. **Direito Constitucional**. 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.
- MASSON, Nathalia. **Direito Constitucional**. Niterói, RJ: Impetus, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. atual. - São Paulo: Saraiva, 2013.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional para concursos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

- SANTOS, Izequias Estevam dos. **Manual de métodos e técnicas de pesquisa científica**. 9. ed. rev., atual. e ampl. – Niterói, RJ: Impetus, 2012.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SINGER, Peter. **Ética prática**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- STRECK, Lenio. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- VASCONCELOS, J. **Democracia pura**. São Paulo: Nobel, 2007.