

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

ELISAIDE TREVISAM

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Elisaide Trevisam, Fernando Gustavo Knoerr – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-362-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direitos Sociais. 3. Políticas Públicas.
I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

O XXV Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa em Direito – CONPEDI, ocorreu no Centro Universitário UNICURITIBA, na cidade de Curitiba/PR. Sob o tema Cidadania e Desenvolvimento: O papel dos atores no Estado Democrático de Direito, o evento reuniu pesquisadores, nacionais e internacionais, substancialmente comprometidos com a busca da efetivação de uma sociedade livre, justa e igualitária, nos parâmetros de uma verdadeira democracia.

Diante de um país que sempre esteve marcado pela histórica desigualdade social, além da atual problemática enfrentada pelo Estado brasileiro, o Grupo de Trabalho “Direitos sociais e Políticas Públicas I”, reuniu pesquisadores de diversas áreas que apresentaram, com seus trabalhos do mais alto nível científico, debates que nos levaram à reflexão e que muito irão contribuir, de maneira ímpar, para a condução de respostas significativas nos que diz respeito à efetivação dos pressupostos fundamentais do Estado Democrático de Direito, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e a vida digna de ser vivida.

Dentre os diversos temas tratados, as pesquisas se desdobraram desde as garantias do direito à educação, à saúde, à felicidade, ao transporte, à renda básica, ao desenvolvimento, ao combate à pobreza, ao mínimo existencial, ao desporto, ao envelhecimento digno, até os mais diversos temas que tratam da busca pela efetivação dos direitos sociais mais basilares na vida do cidadão do Estado Democrático de Direito.

De um modo totalmente transdisciplinar, tanto no Grupo de Trabalho, quanto no Congresso em si, ficou demonstrado que o meio acadêmico jurídico está, juntamente com outras áreas acadêmicas, avançando na busca do desenvolvimento da cidadania e da democracia, sempre objetivando alcançar uma sociedade mais justa, ética e solidária.

As apresentações dos trabalhos, os debates e as reflexões que nos foram propiciadas no Grupo de Trabalho, nos traz a certeza que, apesar dos grandes entraves encontrados no caminho dos atores comprometidos com os direitos mais basilares do ser humano, nosso esforço conduzirá a sociedade por uma via que levará a um futuro mais democrático, mais justo e mais humanitário.

O que não podemos esquecer é que: o debate continua, as reflexões continuam, as pesquisas devem continuar!

Boa leitura!

Profa. Dra. Elisaide Trevisam - PUC-SP

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr - UNICURITIBA

**DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA:
FUNDAMENTAIS, SUBJETIVOS E DEFINITIVOS**

**SOCIAL RIGHTS IN BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION: FUNDAMENTAL,
SUBJECTIVE AND DEFINITIVE**

**Eduardo Augusto De Souza Massarutti
Danilo Zanco Belmonte**

Resumo

No artigo, pretende-se abordar os direitos sociais como direitos fundamentais subjetivos e definitivos, de acordo com a forma como foram previstos na Constituição Federal brasileira, no sentido de que podem ser exigidos do Estado, inclusive por meio do Poder Judiciário, estão previstos em âmbito constitucional justamente na parte que trata dos direitos fundamentais e são definitivos, mesmo diante da escassez de recursos financeiros, podendo apenas sofrer com o descumprimento por parte do Poder Públicos, mas não perdendo o caráter fundamental, subjetivo e definitivo. Para atingir este objetivo, emprega-se o método de investigação bibliográfico e o método de abordagem dedutivo.

Palavras-chave: Direitos subjetivos, Direitos fundamentais, Direitos sociais

Abstract/Resumen/Résumé

In the article, we intend to address the social rights as subjective and definitive fundamental rights, according to the way they were provided for in the Brazilian Federal Constitution, in the sense that may be required of the State, including through the judiciary, are provided in constitutional framework, just the part that deals with fundamental rights and are definitive, despite the scarcity of financial resources and can only suffer from the non-compliance by the Public Power, but not losing the fundamental nature, subjective and definitive. To achieve this goal, it is employed bibliographic research method and deductive method of approach.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Subjective rights, Fundamental rights, Social rights

1 INTRODUÇÃO

Os direitos sociais foram erigidos à categoria de direitos fundamentais no Brasil ao serem inseridos na Constituição Federal no título que trata a respeito dos direitos e garantias fundamentais.

Em relação a esses direitos, a dúvida que sempre incomodou a doutrina e a jurisprudência foi se eles fazem parte de uma norma programática ou podem ser exigidos independentemente de políticas públicas, sendo que, nestes casos, integrariam o conjunto de normas de eficácia imediata.

A abordagem do tema se mostra relevante em razão da fundamentalidade dos direitos sociais, especialmente porque o descumprimento na efetivação dos mesmos por parte do Estado, vai de encontro aos ditames constitucionais, notadamente em afronta à dignidade da pessoa humana e ao pleno desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

O presente artigo objetiva verificar se os direitos sociais integram normas meramente programáticas e, em razão disso, não poderiam ser exigidos do Estado, ainda que por meio do Poder Judiciário, ou se eles são direitos fundamentais subjetivos e definitivos, no sentido de possuírem elevado grau de exigibilidade em face do Poder Público e de não perderem seu caráter de direito definitivo quanto ao seu conteúdo em si, mesmo diante do não cumprimento de determinado direito social, por qualquer motivo que seja.

Para cumprir o objetivo proposto, utilizar-se-á o método teórico de investigação bibliográfica, por meio da revisão de literaturas nacionais e internacionais e o método de abordagem dedutivo, partindo-se de uma análise dos direitos fundamentais de forma mais ampla até atingir os direitos sociais prestacionais.

2 RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, existem 5 tipos de restrições a direitos fundamentais. A primeira está relacionada ao fato de que determinados direitos somente podem ser efetivados por meio da lei. A segunda restrição refere-se à reserva legal. A terceira hipótese ocorre diante da possibilidade de restrição do direito fundamental pelo denominado direito constitucional de colisão, não sendo possível falar em direito fundamental “ilimitado”. Uma quarta hipótese está relacionada a casos excepcionais, como Estado de Defesa e Estado de Sítio. Por fim, a quinta restrição está vinculada aos limites dos limites, no

sentido de que a possibilidade de limitar um direito fundamental por meio de interferências em sua esfera de garantia não é ilimitada (2014, p. 152-167).

De acordo com J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, as restrições se dividem em colisão, concorrência e dependência de direitos fundamentais. A colisão ou conflito de direitos fundamentais ocorre quando o seu uso choca-se: a) com a utilização do mesmo ou de outro direito fundamental por outro titular (conflito de direitos em sentido estrito); b) com a proteção de bens da coletividade e do Estado constitucionalmente salvaguardados (conflito entre direitos e outros bens constitucionais) (1991, p. 135).

Segundo Robert Alexy a dificuldade parece não se encontrar na concepção de restrição a um direito fundamental, mas especificamente na determinação dos prováveis teor e dimensão dessas restrições e na diferença entre restrições e outras coisas tais como regulamentações, configurações e concretizações. Nesse sentido, restringíveis são os bens resguardados por direitos fundamentais, tais como liberdades, situações, posições de direito ordinário, etc., e as posições *prima facie* asseguradas por princípios de direitos fundamentais (2014, p. 276).

Por outro lado, de acordo com Luiz Fernando Calil de Freitas, independente da teoria assumida para embasar os limites e restrições aos direitos fundamentais, a intitulada reserva do possível sempre os atinge negativamente, especialmente e sobretudo quanto aos direitos às prestações positivas ou direitos às prestações em sentido estrito, razão pela qual não se pode evitar admitir que uma das maiores, senão a maior, barreira do respectivo implemento é a circunstância de que determinados direitos fundamentais, notadamente às prestações positivas, só efetivamente existem na precisa medida em que a lei e as políticas sociais os assegurem (2007, p. 172-173).

A concretização dos direitos a prestações positivas implica disponibilização de recursos econômicos, notadamente referentes a aqueles vinculados a prestações monetárias, tal como o direito à aposentadoria, ou impreterivelmente envolvem gastos como no caso dos direitos à saúde, à moradia, à educação, pensando-se somente nos mais evidentes, de maior ou menor valor (FREITAS, 2007, p. 173).

Nesse sentido, segundo o autor mencionado, a reserva do possível é um limitador fático, que age forçosamente sobre os direitos a prestações materiais, em razão de sua acepção econômica. O estabelecimento de recursos e sua destinação a uns e outros fins são funções de responsabilidade do legislador e do administrador, não obstante competir ao juiz a análise da conformidade de tais escolhas às disposições constitucionais (FREITAS, 2007, p. 173).

Essa ideia de limitar direitos fundamentais de acordo com as possibilidades financeiras do Estado está diretamente relacionada com a teoria dos custos dos direitos e com a análise econômica do direito, sendo que esta última não é recente, mas remonta há várias décadas.

A inserção dos custos dos direitos na observação jurídica comprova a tentativa de incluir no pensamento jurídico os inesquecíveis resultados das pesquisas econômicas, integração antiga, que teve origem com Jeremy Bentham, o qual assimilava as pessoas economicamente, como maximizadores racionais de seus desejos ou utilidades, pensamento que se desenvolveu com o realismo jurídico norte-americano a partir de 1958, com a criação do *Journal of Law and Economics* da Universidade de Chicago e, em 1973, com o lançamento do livro *Law and Economics*, de Richard Posner (GALDINO, 2005, p. 239-240).

De acordo com Richard A. Posner, apesar de o propósito costumeiro da economia ser o comportamento das pessoas e das instituições na conjuntura mercadológica, uma rápida análise a respeito do instrumento analítico fundamental do economista em sua pesquisa dos mercados sugere a possibilidade de utilizar a economia de uma forma mais ampla. Esse instrumento é o pressuposto de que cada pessoa maximize racionalmente a sua felicidade (POSNER, 2010, p. 3).

O mesmo autor pergunta se seria correto pensar que os indivíduos agiriam racionalmente apenas quando incluídos em acordos mercadológicos e não agindo assim quando estivessem inseridos em outras atividades cotidianas, a exemplo do matrimônio, demandas judiciais ou corrupção de um modo geral? Se a resposta for negativa, então isso significa que a racionalidade é uma característica do comportamento social, razão pela qual a gama de conceitos desenvolvidos por economistas em várias épocas também pode ser utilizada para esclarecer as condutas não mercadológicas (POSNER, 2010, p. 3).

Asseverar que as pessoas são maximizadoras racionais de seus próprios desejos ou utilidades, significa dizer que as suas eleições estão atreladas ao maior benefício particular que possam adquirir delas. Nesse sentido, o ponto principal da análise econômica do direito é a eficiência econômica ou, mais especificamente, a maximização da eficiência dos organismos sociais e do direito (GALDINO, 2005, p. 240).

Sob o ponto de vista da escassez (ou do custo dos direitos), o propósito principal é atingir a maior eficiência possível na distribuição material para a sociedade, a qual pode ser aferida por meio da maximização das utilidades pessoais (regra de Pareto) e da maximização da riqueza social (GALDINO, 2005, p. 240).

Assim, eficiência passa a ser o mesmo que justiça, razão pela qual a decisão mais justa será aquela que se mostrar mais os critérios de eficiência elegidos, notadamente no sentido de maximizar a riqueza social geral.

Conforme Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, os direitos possuem custos porque os remédios que os asseguram também possuem. A determinação legal demanda provisões financeiras, sobretudo se pretende ser homogênea e justa; [...]. Praticamente todos os direitos implicam um dever correspondente e os deveres somente são levados a sério quando seu descuido é punido pelo Estado com recursos do poder público (2015, p. 64).

Apesar da possibilidade de os direitos fundamentais se sujeitarem a restrições, especialmente pelo fato de que nenhum direito é absoluto, no caso dos direitos sociais eles estão previstos na Constituição Federal na condição de direitos fundamentais subjetivos, notadamente pelo fato de que as normas desta espécie são de aplicabilidade imediata e consequentemente exigíveis em face do Estado, bem como são definitivas quanto ao seu conteúdo, ou seja, não perdem este caráter mesmo diante de um eventual descumprimento estatal ou perante uma limitação fática, motivo pelo qual sempre manterão suas características de exigibilidade, conforme se verificará nos próximos tópicos.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS SUBJETIVOS

O direito subjetivo não indica nenhum conteúdo necessário, ou seja, não existência de conteúdo essencial ao qual ele faça referência, mas ele é unicamente um meio de representação que opera a conexão sistemática entre situações e consequências jurídicas dispostas pelo ordenamento jurídico. Dito de outra maneira, o teor da ideia de direito subjetivo é estabelecido, em cada período da história, pela utilização que dele se faz, conforme os valores presentes, razão pela qual o conceito jurídico de direito subjetivo não pode ser corretamente estruturado sem que se leve em conta o campo de sua aplicação (GALDINO, 2005, p. 144).

O direito subjetivo deve ser compreendido como a representação de diversas posições jurídicas que se traduzem em pretensões, escolhas, poderes e imunidades. Assim, para os direitos fundamentais, o direito subjetivo atua na condição de posição jurídica, motivo pelo qual se poderia dizer que eles são situações jurídicas (GALDINO, 2005, p. 145).

Outrossim, o direito subjetivo é uma categoria jurídica e as categorias jurídicas, entre as quais o direito subjetivo, são utilizadas para caracterizar fenômenos jurídicos, dentre os

quais os direitos fundamentais. Nesse sentido, caracterizar os direitos fundamentais como direitos subjetivos consiste afirmar que a eles aplica-se o regime jurídico dos direitos subjetivos (GALDINO, 2005, p. 145).

Se em um certo ordenamento jurídico, como no caso do brasileiro, todos os direitos subjetivos fundamentais são compostos de exigibilidade perante o Judiciário, também esse caráter deve ser levado em conta em sua conceituação (GALDINO, 2005, p. 145).

É possível entender os direitos fundamentais como direitos subjetivos, representando posições protegidas positivamente pelo sistema jurídico, compostas de exigibilidade em face do Estado, para que este torne adequada a realidade ao dever-ser jurídico, protegendo pretensões, escolhas, potestades e imunidades dos indivíduos (GALDINO, 2005, p. 146).

Aqui é importante destacar a análise da subjetividade jurídica e da teoria dos status abordadas pelo alemão Georg Jellinek, em sua obra Teoria Geral do Estado, que guardam relação direta com a questão da exigibilidade dos direitos fundamentais por parte dos indivíduos.

Georg Jellinek esclarece que a subjetividade jurídica se estabelece em oposição ao Estado e se exterioriza por meio do reconhecimento que se faz, por parte do Estado, ao indivíduo na condição de membro da comunidade popular, o que implica reconhecê-lo como pessoa que detém uma esfera de direito público. Assim, todo indivíduo que está submetido ao Estado é ao mesmo tempo pessoa diante dele (JELLINEK, 2000, p. 380).

A capacidade que o Estado dá ao indivíduo de acionar o aparato judicial motivada pelos seus interesses pessoais cria um direito subjetivo, razão pela qual a personalidade corresponde a direito público; e a condição do direito privado e de todo o ordenamento jurídico estão intimamente ligados com a existência dos direitos públicos individuais (JELLINEK, 2000, p. 387).

Tais direitos se diferenciam notadamente do direito privado, os quais se fundamentam imediatamente na personalidade, mas não recaem sobre nenhum objeto, como ocorre no direito privado, mas sobre a própria pessoa. As exigências que nascem desses direitos originam-se diretamente das faculdades que o ordenamento jurídico reconhece ao indivíduo. Assim, toda exigência de direito público nasce de uma certa posição que a pessoa ocupa diante do Estado, a qual pode ser designada como status (JELLINEK, 2000, p. 387-388).

Para Jellinek, o reconhecimento do indivíduo como pessoa é a base de todas as relações jurídicas. O reconhecimento como pessoa e membro do Estado é o fundamento de todas as exigências público-jurídicas que englobam também aquelas com que o Estado busca a segurança de todos os integrantes da esfera de atuação de seu poder, tais como aqueles que

vivem em seu território permanentemente na qualidade de cidadãos (JELLINEK, 2000, p. 388).

Essas exigências são divididas por Jellinek em três grandes categorias que, segundo ele, guardam relação direta com as diferentes posições do status da personalidade do indivíduo.

A primeira categoria de status coloca o indivíduo em submissão a um poder limitado, de acordo com o que o direito determina. Nesta, a pessoa deve prestações ao Estado. A segunda categoria consiste numa posição positiva, na qual a pessoa possui pretensões positivas perante o Estado, o qual deve atuar a favor de interesses individuais. A terceira categoria, por fim, admite que o Estado consegue, de acordo com um determinado ordenamento, a participação das vontades individuais para realizar suas funções. Trata-se de um status ativo, no qual a pessoa exerce seus direitos de participação política no Estado (JELLINEK, 2000, p. 388).

Jellinek reconhece à personalidade posição central e pública, no seu ordenamento jurídico. E é por meio dela que o Estado qualifica o indivíduo tornando-o titular de direitos, razão pela qual ela não pode ser separada da pessoa humana, ao contrário dos direitos privados, que seriam destacáveis da pessoa sem modificação de seu caráter de sujeito de direitos, ou seja, do seu *status* (GALDINO, 2005, p. 79).

A partir do instante em que se modifica a noção de Estado o qual passa a ser visto como meio de concretização da personalidade humana, interferindo na sociedade por meio de prestações sociais, o interesse legítimo precisa acompanhar essa alteração. Em resumo, no Estado Social, a ideia de interesse legítimo atende a fins diversos, apresentando-se cristalinamente insuficiente a sua caracterização como mero instrumento de retificação da ilegalidade. A inclusão do indivíduo na condição participante ativo da administração pública, acompanhada da correspondente instrumentalização do Poder no Estado Social, proporciona novo caminho para o interesse legítimo da pessoa. O interesse da pessoa humana sempre é o principal (GALDINO, 2005, p. 95-96).

Por outro lado, alguns doutrinadores, a exemplo de Flávio Galdino, temem que o retorno à ideia de *status*, sem qualquer critério ou crítica, implique sérios riscos para a liberdade individual ou autonomia da vontade e, conseqüentemente, para o direito subjetivo ou à subjetividade.

De qualquer forma, em relação ao desenvolvimento de Jellinek a respeito do *status*, Flávio Galdino esclarece que apesar de, à primeira vista, parecer que a construção do autor alemão vá de encontro com o direito subjetivo ou à subjetividade, na verdade, ela apenas

aponta uma posição jurídica do indivíduo em face do Estado e não se confunde com a teoria da posição jurídica enquanto condição do indivíduo no organismo social, ideia desenvolvida por Karl Larenz, segundo o qual *status* e direitos subjetivos se excluíam mutuamente, mas em Jellinek *status* guarda relação com direitos subjetivos (GALDINO, 2005, p. 80).

Inclusive, nas sociedades atuais, é possível verificar diversas formas de *status*, sem que isso implique exclusão de direitos subjetivos, mas somente relacionando-se com certo regramento jurídico, como ocorre com o *status* determinado pela idade cronológica e o estabelecido por determinada situação familiar, os quais sobrevivem em total harmonia com os direitos subjetivos (GALDINO, 2005, p. 80).

Além disso, importante destacar que os direitos fundamentais outorgam ao indivíduo verdadeiras posições jurídicas subjetivas, ante ao seu caráter de exigibilidade prestacional frente ao Estado e particulares.

Conforme ensina Gilmar Ferreira Mendes, entre os múltiplos significados desta categoria de direitos na ordem jurídica, é possível citar sua função de defesa, através das pretensões de abstenção, revogação, anulação, consideração e de defesa ou proteção, que se destinam à proteção da liberdade individual, também como garantias positivas para o exercício da liberdade, através garantia de não limitação do Estado dos direitos fundamentais, prestações positivas para o exercício da liberdade entre outros (2004, p. 131-142).

4 DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS E DEFINITIVOS

A partir do desenvolvimento industrial do século XIX, a necessidade por reconhecimento de direitos sociais passou a ser fortemente reivindicada, sobretudo em virtude da grande exploração da mão-de-obra, com trabalhos análogos à condição de escravos em favor do enriquecimento dos detentores de capital, o que proporcionou densos questionamentos sobre a justiça das irrestritas liberdades públicas diante de um novo contexto social (SERVEGNINI e OLIVEIRA, 2011, p. 219).

Neste contexto de exploração, que desemborcou em misérias e péssima qualidade de vida sob a ótica social, surgiu-se fundamental necessidade de se reconhecer direitos que pudessem amenizar este panorama, sobretudo para que o sistema capitalista continuasse funcionando. O desenvolvimento dos chamados direitos sociais interessava não só a classe operária, mas, sobretudo, àqueles que se beneficiavam do sistema, pois o modelo socialista poderia colocar em xeque o capitalismo em várias partes do mundo.

Assim, a ordem social conquistou espaço jurídico quando as Constituições começaram a regulá-la criteriosamente, o que ocorreu na Constituição mexicana de 1917. A primeira Constituição brasileira a inserir um tópico a respeito da ordem econômica e social foi a de 1934, sob o influxo da Constituição alemã de Weimar, o que permaneceu nas Constituições seguintes (SILVA, 2014, p. 287).

No Brasil, os direitos sociais deixaram de fazer parte do capítulo que trata da ordem econômica, para aderir a um capítulo próprio que se refere aos direitos sociais, mas não se distanciam tanto ao ponto de parecer que não mais fizessem parte da ordem social. O artigo 6º revela com clareza que os direitos sociais integram o conteúdo da ordem social, quando mostra que são *direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição* (SILVA, 2014, p. 287).

Pode-se afirmar que os direitos sociais, como integrantes dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas promovidas pelo Estado, dispostas em textos constitucionais, que viabilizam melhores meios de vida aos mais necessitados, direitos que pendem para o lado da concretização da igualização de situações sociais desiguais, razão pela qual estão atrelados ao direito de igualdade. Atuam como fundamento para efetivação dos direitos individuais, uma vez que geram meios materiais mais eficazes ao alcance da igualdade real, o que, por consequência, implica condição mais correlata com o uso concreto da liberdade (SILVA, 2014, p. 288-289).

Os direitos sociais surgiram, notadamente os direitos sociais básicos, a partir de processos de reivindicações gerados na esfera dos movimentos sociais, a título de direitos resguardados com fundamento na dignidade da pessoa humana de cada indivíduo considerado particularmente (SARLET, 2015, p. 222).

Através dos direitos sociais “tornam-se deveres do Estado o assistir à velhice, aos desempregados, à infância, aos doentes, aos deficientes de toda sorte etc.”, pois as previsões constitucionais impõem ao Estado verdadeiras prestações, em busca do pleno desenvolvimento da personalidade humana, em especial daqueles que possuem limitações materiais para conquista-lo (BASTOS, 2002, p. 436).

Os direitos fundamentais sociais não são direitos contra o Estado, mas sim por meio do Estado, obrigando o Poder Público a efetivar determinadas prestações materiais, por meio de normas, a exemplo da saúde, proporcionando o gozo concreto dos direitos constitucionalmente protegidos (SARLET, 2015, p. 27).

O problema enfrentado pelos direitos fundamentais sociais prestacionais está relacionado com a sua eficácia jurídica subjetiva, em razão de sua estrutura normativa vaga e aberta, onde se insere a dúvida quanto à definição do seu conteúdo, que precisaria de uma interpretação legislativa anterior, bem como em face das dificuldades de implementação de seu objeto, ou seja, a prestação, em que se questiona a necessidade de uma escolha política anterior para a sua efetivação (QUEIROZ, 2011, p. 42).

Não por outro motivo que Celso Ribeiro Bastos destaca que “nenhuma norma jurídica coloca tantos problemas relativos à sua vigência e eficácia quanto as constitucionais. É que há um fosso mais profundo entre as disposições inseridas na Constituição e as realidades concretas (...)”, o que denota a dificuldade que o texto constitucional encontra no campo da eficácia de suas normas, bem como, quanto à efetividade de concretização das prestações previstas (2002, p. 127/128).

Parte da doutrina, contendo nomes de relevo, tais como Robert Alex, Ingo Wolfgang Sarlet e Canotilho, tem muita dificuldade em asseverar que existam direitos individuais de exigibilidade das prestações objeto dos direitos fundamentais sociais prestacionais, diretamente das normas constitucionais. A não ser em situações extremas para garantir condições mínimas de existência digna, quando, então, aceitam o direito do particular exigir esses bens (QUEIROZ, 2011, p. 96).

Alexy aborda a noção de direitos fundamentais na condição de princípios dispostos e com a ponderação para asseverar que não se pode afirmar quais direitos fundamentais sociais prestacionais a pessoa tem, mas quais direitos pode ter, apontando motivos para sua existência e teor. Nos casos dos direitos fundamentais prestacionais, o princípio da liberdade fática deve ser ponderado entre os princípios da competência do legislador e da separação dos poderes, bem como outros princípios materiais, como o da liberdade jurídica de outros indivíduos, outros direitos fundamentais sociais e outros bens jurídicos (ALEXY, 2014, p. 511-519).

Para o autor existe uma garantia imediata e definitiva de direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos quando se está diante de uma necessidade urgente, como nos casos de mínimos vitais, tais como a moradia, educação, desenvolvimento profissional e recursos básicos de saúde, os quais devem prevalecer sobre a exigência de qualquer princípio oposto. Apesar desse entendimento, não isenta a necessidade de um certo grau de ponderação (ALEXY, 2014, p. 511-519).

No mesmo viés segue Canotilho, ao asseverar que tais direitos dependem da intermediação dos poderes públicos para sua concretização, a qual somente será indispensável

no caso de resguardo de condições mínimas para uma existência digna (CANOTILHO, 2001, p. 343-478).

Ingo Wolfgang Sarlet, por sua vez, admite que existem direitos subjetivos definitivos originários a prestações em sentido forte sempre que os princípios da competência do legislativo e da separação dos poderes colidirem com a dignidade da pessoa humana. Porém, acima do mínimo existencial, só existe direito subjetivo *prima facie* (2015, p. 362).

Percebe-se que, de acordo com a doutrina apontada, a negação de existência de direitos subjetivos originários nos direitos fundamentais sociais prestacionais está relacionada ao medo de invasão de competências constitucionais e à perturbação do princípio da separação dos poderes exigida pelo fim do próprio direito, que não se resolve de forma definitiva sem que se invada a competência de outros poderes.

Tal idéia, entretanto, não está de acordo com a realidade brasileira, se considerado o fato de no caso da Alemanha não há direitos fundamentais sociais expressamente previstos na Constituição, sendo indispensável num primeiro momento verificar quais direitos os indivíduos possuem, antes de se fixar os limites de sua subjetividade. No Brasil, os direitos sociais já estão previstos na Constituição Federal, ninguém pode negar, razão pela qual reconhecer o direito de exigí-los somente a partir de lei editada pelo Congresso, seria o mesmo que negar a existência de tais direitos no ordenamento jurídico constitucional.

Diante desta expressa previsão constitucional de direitos sociais prestacionais, a única dúvida que resta está relacionada aos seus limites, na medida em que seu conteúdo é definitivo, mas pode ser limitado em situações concretas diante das possibilidades jurídicas e fáticas, a exemplo da reserva do possível.

Boa parte da doutrina encontra na “cláusula da reserva do possível”, importada da Alemanha e aplicada no Brasil com outro sentido, um dos maiores, senão o maior, impedimento para implementação e concretização dos direitos fundamentais, na medida em que somente poderiam ser efetivados de acordo com a capacidade econômico-financeira do Estado, ou seja, somente nos casos em que é financeiramente possível atender as demandas atreladas a direitos fundamentais.

Essa idéia de limitar direitos fundamentais de acordo com as possibilidades financeiras do Estado está diretamente relacionada com a teoria dos custos dos direitos e com a análise econômica do direito, sendo que esta última não é recente, mas remonta há várias décadas.

Segundo (HOLMES e SUNSTEIN, 2015, p. 64-65), um Estado desprovido de recursos financeiros não pode resguardar as liberdades individuais, nem ao menos as que aparentam ser totalmente “negativas”, a exemplo do direito de não sofrer tortura por parte de

agentes penitenciários, uma vez que um poder público que não consegue prover fiscalizações periódicas nos presídios por meio de profissionais da saúde pagos pelos contribuintes e prontos para apresentar provas inequívocas diante do Poder Judiciário, não pode assegurar de maneira efetiva a proteção dos detentos no sentido de impedir que eles sejam submetidos a torturas. Todos os direitos possuem custos porque todos dependem de uma fiscalização eficiente, custeada pelos contribuintes.

De fato, a proteção das liberdades públicas, ainda que sejam as negativas, ou qualquer direito fundamental, dependem da existência de recursos financeiros para sua concretização, especialmente, aqueles adquiridos por meio da arrecadação de impostos. Porém, conforme se verificará no decorrer deste artigo, os direitos sociais não perderão seu caráter de direito fundamental subjetivo e definitivo, apesar desta possível limitação fática.

Conforme grande parte da doutrina, as dificuldades citadas anteriormente obstam esses direitos de serem requeridos diretamente perante o Poder Judiciário, com fundamento nas regras inseridas na Constituição Federal brasileira, por exigirem programas legislativos e/ou executivos prévios para sua caracterização como direitos pleiteáveis (QUEIROZ, 2011, p. 42), inclusive, em razão das limitações fáticas, notadamente, em razão da restrição dos recursos financeiros.

Apesar desta característica, em tese programática, dos direitos sociais, é preciso verificar se, de fato, esses direitos podem ser exigíveis tanto quanto outros que não guardam a qualidade de norma programática.

Para que se confirme essa força das normas de direitos sociais, considerados fundamentais e prestacionais, é indispensável admiti-las como imperativos autorizantes que possibilitem a sanção, a fim de que o indivíduo possa almejar subjetivamente o objeto do direito, mesmo diante da ausência de instrumentos eficazes de coerção. Contudo, este não é o entendimento majoritário da doutrina, inclusive quando boa parte admite a ideia de imperativos autorizantes, na medida em que afirmam a existência de níveis distintos de intensidade imperativa e, conseqüentemente, distintos níveis de obrigações e autorizações (QUEIROZ, 2011, p. 50).

Nesse sentido, é fundamental perguntar de que tipo são as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais. São normas que estabelecem direitos ou somente programas a serem confeccionados e concretizados pelo Estado, sem que o indivíduo tenha o direito de exigi-los? (QUEIROZ, 2011, p. 50).

A questão é relevante porque a Constituição Federal brasileira não estabelece expressamente um direito do indivíduo a exigir do Estado, administrativamente, ou por meio do Poder Judiciário, de forma coercitiva, a concretização dos direitos sociais prestacionais.

Diante da ausência de previsão do direito de exigir a efetivação de determinados direitos, poderia se pensar que ele não existe, mas, na verdade, as normas inseridas na Constituição possuem um mandamento, uma prescrição, uma ordem com força jurídica e não somente moral. Por isso, se descumprida o sujeito de direito poderá forçar a sua efetivação, inclusive, com a disponibilização de sanções (BARROSO, 2003, p. 78).

Mesmo diante desta imperatividade, os autores que a admitem também aceitam a idéia de que há uma graduação no conteúdo das normas de direitos sociais fundamentais prestacionais, razão pela qual esta característica não é suficiente, sendo necessário afastar a condição de mero programa para as referidas normas.

Percebe-se, assim, que admitir a imperatividade das normas que preveem direitos sociais e continuar considerando-as como meros programas, não basta para assegurar o direito de exigir do Estado a concretização daqueles direitos, uma vez que pouca força é atribuída aos mesmos quando se trabalha com esta ideia.

Nesse sentido, as normas-princípio, atuando como mandamentos de otimização, determinam que algo seja realizado em sua maior capacidade possível; o teor do direito é o máximo diante das possibilidades jurídicas e fáticas, a exemplo das situações financeiramente possíveis perante a necessidade de concretização de outros direitos igualmente fundamentais. Os direitos sociais, na condição de princípios que possuem a sua máxima *prima facie*, eles são mandamentos de otimização para que algo seja realizado da melhor maneira possível (por programas de ação) (QUEIROZ, 2011, p. 69).

A própria Constituição Federal, em seu artigo 5, parágrafo primeiro, deixa claro que as normas a respeito de direitos fundamentais são de aplicação imediata, ou seja, pode ser imediatamente exigida a sua concretização, mesmo diante da ausência de lei. Seu teor não depende de lei para efetivação e, caso exista uma normatização pelo legislativo, não incluirá nada indispensável, mas apenas servirá para proporcionar segurança quanto aos meios de exercícios dos direitos e às demarcações diante de outros direitos (KRELL, 2000, p. 34).

Contudo, mesmo atribuindo imperatividade às normas de direitos sociais e vinculando-os à teoria dos princípios, no sentido de poderem ser exigíveis à primeira vista, independentemente de programas públicos, a doutrina continua encontrando dificuldades em atribuir exigibilidade dos direitos sociais, a não ser nos casos em que esteja em jogo a proteção de condições mínimas para uma existência digna, como defendem Robert Alexy e Ingo

Wolfgang Sarlet, os quais admitem a existência de direitos subjetivos definitivos originários às prestações que servem ao mínimo existencial, sendo que o que vai além desse mínimo, existem apenas um direito subjetivo *prima facie*.

Esse entendimento, porém, não está de acordo com a realidade brasileira, se considerado o fato de que o problema apontado por Robert Alexy, na Alemanha, não se relaciona com o problema enfrentado no Brasil, uma vez que, na Constituição Alemã, não existem direitos fundamentais sociais positivados, sendo necessário antes de alegarem razões para sustentar quais direitos fundamentais sociais os indivíduos possuem, estabelecer os limites de sua subjetividade. Admitir direitos subjetivos positivos a prestações apenas após a confirmação por meio de lei ou depois de um processo de ponderação, é negar que esses direitos existam na Constituição, posto que, diferentemente da Alemanha, os direitos sociais estão expressamente previstos na Constituição brasileira.

Se Robert Alexy, na Alemanha, parte da questão de saber quais direitos sociais as pessoas podem possuir, no Brasil a análise iniciasse a partir do problema de saber em que medida as pessoas podem obter os direitos sociais. Quando ao conteúdo dos direitos ele é definitivo, sendo *prima facie* somente seus limites que, à primeira vista, são amplos, porém, podem ser restringidos em situações concretas em razão das possibilidades jurídicas e fáticas.

Nesse sentido, sequer a reserva de competência e a afetação do princípio da separação dos poderes podem ser alegados como fundamentos a serem sopesados no caso de pleitos diretos para aquisição dos direitos sociais prestacionais, uma vez que é a própria omissão do Estado que implica a decisão judicial interferir nas outras esferas de poder. Igualmente, a cláusula da “reserva do possível” não entra em confronto com os direitos, mas atua como limite fático, que pode apenas refrear o tamanho do direito perante outros direitos ou bens, obrigando a realização de uma ponderação, mas sem descaracterizá-los como direitos subjetivos no seu teor em si. A ausência de recursos financeiros é uma barreira fática que dificulta a concretização espontânea do direito, mas não a sua qualidade de direito subjetivo.

Ainda que o Estado conseguisse demonstrar objetivamente que não possui recursos financeiros para atender a determinadas demandas relacionadas a um direito fundamental, isso não implicaria a extinção daquele direito, mas apenas se verificaria na prática o descumprimento, por parte do Estado, de um dever constitucional. Até porque, se as condições financeiras atuais não são favoráveis, isso não quer dizer que elas não podem melhorar ou que o Estado não deva envidar todos os esforços para que as políticas públicas se tornem cada vez mais eficientes.

Até mesmo o Supremo Tribunal Federal brasileiro já se manifestou a respeito do argumento da cláusula da reserva do possível, normalmente utilizado pelo Estado, por meio da análise de um Agravo em Recurso Extraordinário, no qual, apesar de considerar que a concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais, dependem necessariamente da questão financeira atrelada às possibilidades orçamentárias do Estado, afirma-se que há necessidade de comprovação a respeito da ausência de recursos financeiros.

Afirma-se também, na mesma decisão colegiada, que não é lícito ao Estado estabelecer barreiras artificiais que demonstrem, a partir de sua má gestão financeira e político-administrativa, o ilegítimo, arbitrário e censurável fim de fraudar e impedir a concretização e manutenção, em benefícios dos indivíduos, de condições materiais mínimas de existência.

Percebe-se, assim, que a posição do Supremo Tribunal Federal, caminha no sentido de admitir que mesmo diante da cláusula da reserva do possível, as condições mínimas existenciais somente poderiam ser obstadas se houvessem provas de que o Estado realmente não possui condições financeiras de arcar com determinadas prestações materiais.

Por outro lado, mesmo que o Estado demonstrasse a ausência de recursos financeiros, o Poder Público poderia, com o fim de melhorar a qualidade do atendimento das demandas sociais, amparadas pela Constituição Federal brasileira, não somente aumentar impostos para atingir esse fim, mas também poderia readequar a alocação de recursos ou até mesmo, como defendem alguns, alterar a Constituição na parte que prevê a vinculação de verbas públicas, em saúde e educação, por exemplo, para fixar outros percentuais mais favoráveis a esses direitos fundamentais sociais.

Entretanto, mesmo para aqueles que defendem ser as normas fixadoras de direitos sociais fundamentais como normas programáticas, vale destacar o rompimento que J.J. Canotilho faz com a doutrina tradicional de seu tempo, ao destacar o seguinte:

(...) pode e deve dizer-se que hoje não há normas constitucionais programáticas. É claro que continuam a existir normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que “impõem uma actividade” e “dirigem” materialmente a concretização constitucional. Mas o sentido destas normas não é o que lhes assinalava tradicionalmente a doutrina: “simples programas”, “exortações morais”, “declarações”, “sentenças políticas”, “aforismos políticos”, “promessas”, “apelos ao legislador”, “programas futuros”, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às “normas programáticas” é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição. Mais do que isso: a eventual mediação da instância legiferante na concretização das normas programáticas não significa a dependência deste tipo de normas da *iterpositio* do legislador: é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes (1991, p. 132).

Desta forma, é certo que os direitos sociais previstos na Constituição Federal Brasileira, ainda que se venha a classificá-los em normas definidas doutrinariamente como programáticas, devem ser garantidos e prestados pelo Estado, conforme destaca Canotilho, uma vez que se configuram verdadeiras prestações impostas ao poder político, o que se afigura iminentemente uma gama de direitos subjetivos garantidores do exercício da liberdade do indivíduo, como forma de promoção ao livre desenvolvimento da personalidade e garantidores da preservação da dignidade da pessoa humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais não são absolutos. Na verdade, nenhuma direito é absoluto. Nesse sentido, todos os direitos, sejam fundamentais ou não, podem sofrer restrições, motivo pelo qual até mesmo os direitos sociais mais básicos podem sofrer limitações, especialmente as fáticas relacionadas à escassez de recursos financeiros. Quanto a isso, não restam dúvidas.

Apesar desta possibilidade de restrição, o presente estudo conclui que os direitos sociais são direitos fundamentais, subjetivos e definitivos. Quanto ao fato de serem definitivos, isso significa que mesmo diante de um descumprimento do Estado ou de uma real impossibilidade financeiro para cumprimento das promessas constitucionais, os direitos sociais não perdem o seu caráter definitivo quanto ao seu conteúdo em si, ou seja, não são descaracterizados.

Mesmo que o Poder Público obtivesse sucesso em demonstrar objetivamente, por meio de provas, que não possui recursos financeiros para atender a determinadas demandas relacionadas a um direito fundamental, isso não implicaria a extinção daquele direito, mas apenas se verificaria na prática o descumprimento, por parte do Estado, de um dever constitucional. Até porque, se as condições financeiras atuais não são favoráveis, isso não quer dizer que elas não podem melhorar ou que o Estado não deva envidar todos os esforços para que as políticas públicas se tornem cada vez mais eficientes.

Inclusive, com o fim de melhorar a qualidade do atendimento das demandas sociais, amparadas pela Constituição Federal brasileira, o Poder Públicos poderia ou poderá não somente aumentar impostos para atingir esse fim, mas também readequar a alocação de recursos ou até mesmo, como defendem alguns, alterar a Constituição na parte que prevê a vinculação de verbas públicas, em saúde e educação, por exemplo, para fixar outros percentuais mais favoráveis a esses direitos fundamentais sociais.

Portanto, nenhuma restrição, seja no aspecto da ponderação de princípios ou relacionada à ausência de recursos financeiros, será capaz de descaracterizar os direitos sociais quanto ao seu caráter fundamental, subjetivo e definitivo, razão pela qual sempre poderão ser exigidos do Estado, ainda que por meio do Poder Judiciário, sob pena de afronta à Constituição Federal e até mesmo de torná-la mera folha de papel sem qualquer força normativa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014 (Coleção Teoria e Direito Público).

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Bastos, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.> Acesso em: 30 mar. 2016.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56636-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>.> Acesso em: 12 jan. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GIACOMONI, James. **Orçamento público**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1996.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos:** por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015 (Colección Derecho y Política).

KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **A constituição concretizada:** construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreria. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 8, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição.** 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça.** Tradução de Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução de Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos direitos sociais prestacionais:** a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na constituição brasileira. Curitiba: Juruá, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SERVEGNINI, A. P; OLIVEIRA, M. B. A efetividade dos direitos sociais diante da atual conjuntura econômica: a reserva do possível e o mínimo existencial frente ao direito à moradia e o direito à alimentação. **Revista Jurídica do Cesumar:** mestrado. Maringá, v. 11, n. 1. 2011. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/issue/view/95>> Acesso em: 25 set. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.