

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

ALINE TEODORO DE MOURA

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

EDINILSON DONISETTE MACHADO

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 - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Aline Teodoro de Moura; Edinilson Donisete Machado; José Ricardo Caetano Costa – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-903-2

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

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Seguridade e previdência social. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Apresentação

Aos membros da comunidade de pesquisadores em Direito:

Com grande satisfação, sob a coordenação dos Professores Doutores Aline Teodoro de Moura (Universidade do Grande Rio), Edinilson Donisete Machado (Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM e Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP) e José Ricardo Caetano Costa (UNIVERSIDADE DO RIO GRANDE), apresentamos os 16 trabalhos que compõem o Grupo de Trabalho Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social I, realizado no âmbito do VII Encontro Virtual do CONPEDI. Este GT tem como objetivo a promoção da discussão aprofundada de temas relevantes para a área, reunindo pesquisadores de todo o Brasil.

O GT oferece uma oportunidade valiosa para aprofundar o conhecimento sobre temas relevantes da área. Os artigos apresentados abordam questões de grande importância para a pesquisa jurídica e para o debate acadêmico, pois promovem o diálogo entre pesquisadores, tendo como norte a sociedade e o Direito. O GT reúne pesquisadores de diferentes instituições e regiões do país, possibilitando o intercâmbio de ideias e experiências.

Convidamos a todos os participantes a lerem os artigos com atenção e a participarem dos debates. Foram apresentados 16 artigos inscritos e aprovados no GT nº 58, de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social. Segue uma sinopse de cada um dos trabalhos apresentados.

No artigo denominado **A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO QUESITO PARA A CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE**, os autores Silvio Ulysses Sousa Lima, Erich Fabrício Felisola Rocha abordam a evolução histórica e jurídica da seguridade social e do direito à previdência social no Brasil, bem como, as mudanças ligadas a sociedade buscando demonstrar que a previdência social é um instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana, contribuindo para a redução da pobreza, da desigualdade e da exclusão social, assegurando o exercício da cidadania e da autonomia dos indivíduos.

No artigo “**A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS CONTRATOS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**”, de Flávia Moreira Guimarães

Pessoa , José Tuany Campos de Menezes , Luis Felipe dos Santos Celestino, os autores analisam a possibilidade de prevalência, no contexto da previdência complementar, observando que estes tem uma natureza essencialmente contratual, do aspecto dos direitos fundamentais dos direitos previdenciários, inclusive com a adoção da perspectiva da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

No artigo denominado “A PESCA ARTESANAL NO AMAZONAS: PESCANDO CONQUISTAS E DESAFIOS, DA GARANTIA À EFETIVAÇÃO DE SEUS DIREITOS”, de Ana Maria Bezerra Pinheiro , Diana Sales Pivetta, Izaura Rodrigues Nascimento, apontam que a atividade pesqueira no Amazonas tem sido a atividade responsável pelo fornecimento de segurança alimentar à população local e mundial, bem como importante fonte de geração de renda e trabalho, buscando analisar a conquista de direitos constitucionalmente assegurados, bem como identificar os direitos a eles garantidos e os desafios que enfrentam esses trabalhadores para a comprovação de sua condição laboral e, por conseguinte, poderem usufruir de seus direitos já positivados, em busca de sua real efetivação.

No artigo “A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS PESSOAS IDOSAS E A JUDICIALIZAÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS”, de Vitória Agnoletto , Anna Paula Bagetti Zeifert, é abordado a violação dos direitos humanos das pessoas idosas, com especial atenção à judicialização internacional dos direitos sociais, utilizando a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas (CIPDHPI) como principal referência. A despeito da alegada falta de recursos, as autoras apontam a presença da seletividade na alocação prejudica a efetivação dos direitos sociais.

No artigo denominado “APOSENTADORIA DAS PESSOAS INTERSEXO: UM APAGAMENTO LEGISLATIVO-PREVIDENCIÁRIO”, de Juan Roque Abilio , Luiz Henrique Batista De Oliveira Pedrozo , Fernando De Brito Alves, os autores buscam compreender o tratamento adequado previdenciário para as pessoas intersexo em meio à luta por reconhecimento social. Tendo como os principais marcos teóricos a Teoria do Reconhecimento Social de Honneth Axel, as dimensões do princípio da igualdade de Antonio Enrique Pérez Luño e a construção do discrimen de Celso Antônio Bandeira de Mello, os autores concluem pela insuficiência da proteção previdenciária e da necessidade da criação de requisitos mais benéficos às pessoas intersexo, em especial àquelas que não realizam o procedimento de “adequação do sexo”.

No artigo “DIÁLOGO DO PRINCÍPIO ACESSO À JUSTIÇA COM O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE: O PEDIDO DE PRORROGAÇÃO NA ALTA PROGRAMADA DE AUXÍLIO POR INCAPACIDADE PREVIDENCIÁRIO E A CONDIÇÃO DE AÇÃO,

de Luana Pereira Lacerda , Sandro Marcos Godoy, é aprofundado o conceito de acesso à justiça do “Projeto Florença de Acesso à justiça” no instituto do CPC/2015, e a condição da ação, que potencializa a sua utilização como meio impulsor e de concretização do princípio da inafastabilidade. São estudados os princípios sobre a teoria da ação no CPC/2015, bem como o interesse de agir no julgamento sem resolução de mérito do pedido de prorrogação da alta programada, pugnando que o CPC/2015 apresenta os meios alternativos de solução de conflitos como incentivo, e que CF/88 em seu artigo 5º, inciso XXXV possibilita restrições, mas não o seu exaurimento da via administrativa, e ainda que a previdência tem muitos obstáculos principalmente referente à primeira onda.

No artigo “DIREITO CONSTITUCIONAL E A PERSPECTIVA ECONÔMICA NA DUALIDADE DA JURISDIÇÃO PREVIDENCIÁRIA: UM OLHAR PARA A JUSTIÇA COMUM ESTADUAL DO TOCANTINS”, de Juliana Alencar Wolney Cavalcante Aires, os autores analisam as principais causas da judicialização dos benefícios previdenciários e trazem uma abordagem do direito constitucional previdenciário brasileiro como um direito fundamental e humano, sob a expressão do amadurecimento dos direitos sociais. Avaliam as consequências econômicas do fenômeno processual da competência constitucional delegada previdenciária aos Estados, prevista no §3º do artigo 109 da Constituição Federal de 1988, o impacto no Poder Judiciário a partir da interação da Justiça Estadual e Federal no Tocantins, e como essas consequências influenciam no custo do processo jurisdicional.

No artigo intitulado “DIREITOS SOCIAIS E AS CONCEPÇÕES RESTRITIVAS DE PLENA GARANTIA” de Heloisa Sami Daou, krishina Day Carrilho Bentes Lobato Ribeiro, as autoras analisam as concepções restritivas da plena garantia dos direitos sociais, a fim de saber qual a adequada garantia de direitos sociais no cenário brasileiro. São expostas concepções restritivas de plena garantia dos direitos sociais, primeiramente as que reduzem a fundamentalidade desses direitos e, em seguida, os argumentos restritivos de cunho econômico, relacionados aos custos dos direitos sociais e a reserva do possível, evidenciando-se a necessidade de superação de ambos.

No artigo “LIMITES PARA DECISÃO JUDICIAL RELATIVAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS: A PARAMETRIZAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS ENVOLVENDO AÇÕES COLETIVAS NO TEMA 698 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”, de Gilmar Bruno Ribeiro De Carvalho , Raul Lopes De Araujo Neto, os autores analisam os limites da decisão judicial para determinação de implementação de políticas públicas voltadas a efetivação de direitos sociais fundamentais, considerando a parametrização de decisões judiciais em tese de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal no tema 698. Apontam que as análises realizadas demonstram que a atuação do

Poder Judiciário na implementação de políticas públicas implica na desorganização nas previsões orçamentárias, porém passíveis de superação diante de um diálogo institucional entre os três poderes.

No artigo “O AUXÍLIO-INCLUSÃO COMO INCENTIVADOR DO INGRESSO OU RETORNO DAS PCD AO MERCADO DE TRABALHO: UM BENEFÍCIO AINDA NÃO CONCRETIZADO”, de Viviane Behrenz Da Silva Einsfeld , Luan beles Vieira da Silva , José Ricardo Caetano Costa, os autores analisam o auxílio-inclusão, criado pelo art. 94 do Estatuto da Pessoa com Deficiência previu, destinado às pessoas com deficiência grave ou moderada que recebam o benefício assistencial de prestação continuada previsto pelo art. 20, da Lei 8.742/93, e passem a exercer atividade remunerada que os enquadrem como segurados obrigatórios do regime geral de previdência social. Tal benefício só foi regulamentado no ano de 2021, apontando o trabalho as primeiras impressões da legislação, bem como a precariedade dos critérios restritivos dos benefícios assistenciais, cujo recorte de renda deve atender aos critérios da miserabilidade, além da inaplicabilidade da perícia biopsicossocial na aferição da deficiência para esse fim.

No artigo denominado “O ESCOPO DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO E A INFLUÊNCIA DO ASPECTO ECONÔMICO SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN”, de Alexandre Helvécio Alcobaça da Silveira , Olivia Brandão Melo Campelo, os autores utilizam a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, apontando que a política neoliberal busca capitalizar a previdência social e, assim, deixa o mercado financeiro ingressar no campo de atuação desse importante direito social. Verificam até que ponto a alegação meramente econômica pode desnaturar a função da previdência social.

No artigo “OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A INCLUSÃO SOCIAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: OS DESAFIOS NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – BPC/LOAS”, de Cleber Sanfelici Otero , Luiza Schiavon Girolimetto , Jarbas Rodrigues Gomes Cugula, os autores analisam os a importância dos direitos da personalidade no que se refere à inclusão das Pessoas com Deficiência na concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC/LOAS), de maneira a relacionar de forma específica as principais contrariedades, desafios e adversidades deste tema. Buscam demonstrar a aplicabilidade do Direito da Seguridade Social como uma efetivação dos direitos da personalidade para as Pessoas com Deficiência por intermédio da devida concessão de um benefício assistencial.

No artigo denominado “OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL Nº 16 E A EXCLUSÃO DIGITAL PROMOVIDA PELA DIGITALIZAÇÃO DO ACESSO AOS

SERVIÇOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL. UMA VISÃO INTERDISCIPLINAR”, de Carolina Silvestre , Liège Novaes Marques Nogueira, as autoras relatam um desafio atual no que se refere à promoção de sociedade inclusiva no contexto da utilização do ambiente digital para importantes atividades e, dentre elas, de serviços prestados pela Administração Pública. A pesquisa tem como objetivo tratar da necessária inclusão digital para o pleno acesso ao serviço público prestado pela Previdência Social, tendo em vista o surgimento de sua plataforma online, o “Meu INSS”. Para tanto, expõe a proposta de criação de uma política pública capaz de incluir o público da Previdência Social, que em grande parte sofre com a falta de informação e ausência de estrutura digital para pleitear os benefícios previdenciários.

No artigo “PARA ALÉM DO CONCEITO DE SEGURADO ESPECIAL: OS DESAFIOS DOS PESCADORES-AGRICULTORES NO MUNICÍPIO DE RIO GRANDE/RS, de Dandara Trentin Demiranda, Vítor Prestes Olinto e José Ricardo Caetano Costa, os autores buscam compreender os desafios enfrentados pelos pescadores-agricultores do município de Rio Grande/RS, no Brasil. Apontam estes que se caracterizam das mais variadas formas, seja pela dificuldade inerente da profissão, seja pela parte burocrática a qual estão submetidos. Ao final, foram feitas considerações acerca da desproteção e consequente injustiça social causadas pela forma de tratamento realizada com os segurados especiais, especialmente através de tardia inclusão dessa população no espectro de proteção social, bem como através da criação de estereótipos que inviabilizam a concessão de benefícios.

No artigo “PENSÃO POR MORTE NO REGIME PRÓPRIO DO ESTADO DO MARANHÃO: ENTRE O DIREITO E O EQUILÍBRIO FINANCEIRO”, os autores Viviane Freitas Perdigao Lima , Pierri Sousa Dantas analisam o Regime de Próprio de Previdência do Estado do Maranhão, com foco no benefício de pensão por morte e sua relação com o equilíbrio financeiro do regime dos servidores públicos. Apontam que há tensões vinculados a implementação de políticas públicas, como as de asseios de regimes próprios. Segundo os autores, os resultados mostraram um aumento significativo no número de beneficiários e nas despesas com o benefício de pensão por morte evidenciando um desafio para o equilíbrio financeiro do regime próprio de previdência do Maranhão, podendo comprometer a capacidade do Estado em garantir o pagamento dos benefícios no longo prazo.

No último trabalho, denominado “PROTEÇÃO SOCIAL DOS TRABALHADORES POR PLATAFORMAS DIGITAIS E DESAFIOS DA SEGURIDADE SOCIAL”, de Wilk Barbosa Pepler, o autor analisa quais são os principais limites e possibilidades de resistência do sistema de seguridade social diante das novas formas de trabalho na era digital para a garantia dos direitos sociais em face da lógica neoliberal, em especial do trabalho vinculado a

plataformas digitais. Avalia o modelo de organização capitalista imperante e seus sucessivos modos de organização produtiva, para a compreensão de como se desenvolveu o próprio projeto burguês de dominação, agora nas formas de neoliberalismo e organização produtiva flexível, potencializada pelas tecnologias da informação digitais e pelo trabalho subordinado a empresas gestoras de plataformas digitais, bem como as consequências deste panorama na garantia de direitos previdenciários à classe-que-vive-do-trabalho, com atenção e crítica à atual posição jurisprudencial e proposta de regulamentação do trabalho por aplicativos de transporte no Brasil.

Uma ótima leitura a todos(as).

Os Coordenadores.

DIREITOS SOCIAIS E AS CONCEPÇÕES RESTRITIVAS DE PLENA GARANTIA

SOCIAL RIGHTS AND THE RESTRICTIVE CONCEPTIONS OF FULL WARRANTY

Heloisa Sami Daou ¹
krishina Day Carrilho Bentes Lobato Ribeiro ²

Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar as concepções restritivas da plena garantia dos direitos sociais, a fim de saber qual a adequada garantia de direitos sociais no cenário brasileiro? Parte-se assim da hipótese de pesquisa de que as concepções restritivas são características dos direitos sociais, contudo deve-se estabelecer o que é prioridade absoluta. Tal hipótese será verificada por meio do método hipotético-dedutivo, o qual permitiu realizar a pesquisa sobre os óbices na entrega da prestação jurisdicional de direitos sociais. Inicialmente, esta investigação trata das generalidades que envolvem os direitos sociais no contexto de fortalecimento, inclusive no plano nacional, a partir da normatização Constitucional de 1988. Depois, são expostas concepções restritivas de plena garantia dos direitos sociais, primeiramente as que reduzem a fundamentalidade desses direitos e, em seguida, os argumentos restritivos de cunho econômico, relacionados aos custos dos direitos sociais e a reserva do possível, evidenciando-se a necessidade de superação de ambos. Tem-se como achados de pesquisa a confirmação da hipótese, qual seja, direitos sociais residem na fundamentalidade da ordem jurídica, e mesmo envolvendo recursos materiais finitos, devem ser manejados com o objetivo de garantir o que se apresenta necessário à realização da dignidade humana.

Palavras-chave: Garantia de direitos sociais, Normatização constitucional, Concepções restritivas, Estado, Reserva do possível

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the restrictive conceptions of the full guarantee of social rights, in order to know what is the adequate guarantee of social rights in the Brazilian scenario? We thus start from the research hypothesis that restrictive conceptions are characteristics of social rights, however it must be established what is an absolute priority. This hypothesis will be verified using the hypothetical-deductive method, which allowed research to be carried out on obstacles to the delivery of the judicial provision of social rights. Initially, this

¹ Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará. Membro do Grupo de Pesquisa Teorias da Justiça e Violência Estrutural -CESUPA/CNPq. (helo_daou@yahoo.com.br)

² Doutora em Desenvolvimento Sócioambiental, pertencente ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD-UFPA). Coordenadora do Grupo de Pesquisa Hígia – Direito à Saúde. Professora e Pesquisadora em Direito à Saúde. (krishina.ribeiro@gmail.com)

investigation deals with the generalities that involve social rights in the context of strengthening, including at the national level, based on the 1988 Constitutional regulation. Afterwards, restrictive conceptions of the full guarantee of social rights are exposed, primarily those that reduce the fundamentality of these rights and, then, the restrictive arguments of an economic nature, related to the costs of social rights and the reservation of what is possible, highlighting the need to overcome both. The research findings confirm the hypothesis, that is, social rights reside in the fundamentality of the legal order, and even involving finite material resources, they must be managed with the objective of guaranteeing what is necessary for the realization of human dignity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Guarantee of social rights, Constitutional standardization, Restrictive conceptions, State, Reservation of the possible

1 INTRODUÇÃO

Logo nas primeiras linhas do texto constitucional fica evidente que, desde 1988, a dignidade da pessoa humana é o valor fundamental da ordem jurídica brasileira, princípio-matriz que deve nortear toda atuação estatal, elencada como fundamento do Estado brasileiro¹, razão pela qual se pode afirmar que o povo é o elemento central de todo agir do Estado, ou seja, este somente existe para servir à pessoa humana em todas as suas necessidades.

Quando o constituinte eleva o ser humano à condição de elemento central, impõe igualmente ao Estado o dever de garantir a mais variada gama de direitos e liberdades, com vistas ao bem-estar da pessoa. Essa ideia se materializa mais à frente, quando a CRFB/88 traz um catálogo de direitos sociais (art. 6º), inseridos no rol dos direitos fundamentais (art. 5º a 17). A formação desse catálogo é fruto da luta de grupos sociais que almejavam, em cada momento da história da sociedade, o reconhecimento e a garantia de suas necessidades fundamentais. Consoante art. 6º da CRFB/88 são direitos sociais fundamentais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Não obstante o mandamento constitucional, o que se observa é que a efetivação dos direitos sociais ainda encontra óbice, não só pela ineficácia do Estado na realização de políticas públicas, mas também em razão de ainda existir resistência por parte da doutrina à plena e incondicional realização desses direitos, a partir da força de dois argumentos principais: os que reduzem a fundamentalidade dos direitos sociais e aqueles que atribuem ao orçamento o local de excelência para realização desses direitos. Desse modo, o presente artigo objetiva analisar esses dois argumentos restritivos de direitos. Para tanto, está dividido em três seções.

Inicialmente, tratar-se-á das generalidades que envolvem os direitos sociais no contexto de fortalecimento, inclusive no plano nacional a partir da normatização Constitucional de 1988. Depois, serão expostas as duas concepções restritivas da plena garantia dos direitos sociais, primeiramente as que reduzem a fundamentalidade desses direitos e os argumentos restritivos de cunho econômico, aqueles relacionados aos custos dos direitos sociais, da reserva do possível e prevalência de leis orçamentárias, evidenciando-se a necessidade de superação de ambos.

¹Art. 1º da CRFB/88 - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...); III - a dignidade da pessoa humana; (...).

2 DIREITOS SOCIAIS: DE UM ESTADO SANCIONADOR A UM ESTADO PLANEJADOR

Os direitos sociais fazem parte de um conjunto de direitos inseridos na CRFB/88 no rol dos direitos fundamentais, assim como são classificados tradicionalmente como integrantes da segunda dimensão dos direitos humanos, também chamados de direitos de igualdade (BARRETO, 2013).

Alguns doutrinadores utilizam a expressão “direitos humanos” como sinônimo de “direitos fundamentais”; havendo, ainda, quem utilize a expressão “direitos humanos fundamentais”, como uma somatória de conceitos. Oliveira (2000, p. 2) afirma que “São os direitos essenciais, porque decorrem da própria essência do ser humano”. E Sarlet (2015) por outro lado, enfatiza a necessidade de se encontrar um critério unificador entre direitos humanos e fundamentais:

Em que pese os dois termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) sejam comumente utilizados como sinônimos, (...) o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional (...) (SARLET, 2015, p. 29).

Desse modo, embora o conceito de Direitos Humanos seja universal e possa ser relacionado ao conceito de direitos fundamentais, a noção de direitos humanos está relacionada ao conjunto de direitos essenciais para garantia de dignidade em qualquer lugar do mundo, ao passo que os direitos fundamentais devem ser considerados como aqueles reconhecidos na ordem interna do Estado, ou seja, nem sempre ambos serão coincidentes².

No século XIX a ideia dominante era a de que a acumulação e distribuição mais justa de riquezas poderia ser alcançada pela simples liberdade de mercado, sem intervenção do Estado. Nesse contexto, acreditava-se de modo prevalente que valia a pena proteger os direitos individuais, tidos como meios de proteção contra do Estado.

Observa-se assim, nesse contexto (Séc XIX) que a vivência em sua máxima desses ideais, acabou gerando contradições, pois nem todas as pessoas estavam protegidas de igual forma. A estrutura de grande valorização da propriedade privada, a exploração da classe operária, a ausência de intervenção estatal em prestações positivas, dentre outros fatores,

² Mas podem coincidir. Um exemplo de coincidência entre direitos humanos e direitos fundamentais ocorreu recente no cenário da crise sanitária pelo vírus Sars-COV 2. Haja vista que, nesse contexto específico, todo o contingente populacional teve acesso a saúde, ou seja, o direito à saúde nessa condição pontual representou a coincidência, ao mesmo tempo, de direito humano e fundamental.

somados à luta dos movimentos sociais já por demais contidos, resultaram na necessidade de aprimorar o sistema então vigente. Essa foi a tendência durante o século XX.

Torna-se evidente a mudança do papel do Estado. Antes se pretendia proteção contra o Estado e os direitos de primeira geração eram instrumentos para isso, agora a pretensão era utilizar o Estado no papel de protetor. Os direitos sociais ou de segunda geração serão utilizados justamente para assegurar atuação planejada do Estado. É o que Bastos (2007) esclarece, um Estado Social que deixa de ser apenas o mero *government by law* se transformar no complexo *government by policies*, preocupar-se com certos fins a serem alcançados, metas sociais e não apenas econômicas.

“A garantia dos direitos individuais clássicos tornou-se insuficiente, na medida em que o Estado deixou de ser o único opressor” (BARCELLOS, 2011, p.136), ou seja, a dinâmica do livre mercado, dentre outros fatores, fez crescer as desigualdades sociais. O que nos leva a pensar como o Estado deve garantir direitos sociais, direitos da políticas públicas, que dele exigem uma atitude positiva?

3 CONCEPÇÕES RESTRITIVAS DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

O aspecto social da Constituição representa a sua verdadeira essência, voltada para a justiça material. Contudo, a concreta garantia de direitos sociais ainda encontra óbices, pois subsistem argumentos restritivos da plena realização desses direitos, tais como os que reduzem a fundamentalidade.

A fundamentalidade do direito diz respeito à possibilidade de lhe atribuir características peculiares que fazem total diferença no momento da sua proteção, concretização e exigibilidade, isso porque a fundamentalidade relaciona o direito ao princípio da dignidade da pessoa humana e todo seu conteúdo, o que acarreta a absorção de níveis máximos de força normativa.

Nesse diapasão, há divergência na doutrina, sendo que, para alguns, os direitos de segunda geração não são iguais aos de primeira ou, pelo menos, não são tão iguais. Assim, são diversas as teses que, de um lado, atribuem fundamentalidade aos direitos sociais e, de outro, a negam.

Atria (2005) destaca que a noção de direitos sociais seria uma contradição, quando se leva em consideração a noção de direito subjetivo no sentido jurídico do termo, isso porque os direitos individuais têm seu fundamento no autointeresse, são direitos anteriores ao Estado e, desse modo, absolutamente independentes de algo externo ao próprio indivíduo, ou seja, não

há fundamento de Direito Subjetivo fora de um ideal individual. Nesse sentido, sustenta o autor (ATRIA, 2005, p. 15) que noção de direitos é entendida por referência à ideia de direito subjetivo no sentido jurídico do termo, a noção de direitos sociais é uma contradição em seus termos.³

Desse modo, para Atria (2005), os direitos sociais não seriam humanos, pois o traço distintivo desses direitos é que eles dependeriam de solidariedade e esta é algo que se constrói na vida em sociedade, portanto não nasce com o indivíduo. Além do que, para o autor, a justificativa normativa dos direitos sociais faria, necessariamente, referência à comunidade.

Em contrapartida, os direitos sociais seriam totalmente diferentes, pois não especificariam com precisão seu conteúdo, tampouco revelariam, de plano, em face de quem seriam exigíveis, ou seja, não informariam, de imediato, qual sujeito estaria obrigado, destacando-se que a resposta a estas perguntas só seria possível na vida em sociedade.

Sabe-se que a noção de direito subjetivo pode ser compreendida de forma intuitiva: se uma pessoa tem um direito, isso significa que possui a prerrogativa de exigir algo de alguém, ou seja, alguém deve adimplir a obrigação correspondente a esse direito. Assim a natureza subjetiva dos direitos sociais nasce se alguém tem o poder de exigir forçosamente de outrem uma conduta.

Nesse sentido, a tese de Atria (2005) estabelece que, à medida que os direitos teriam a função de justificar a existência do Estado, estes só poderiam ser os naturais, ou seja, os de primeira geração, uma vez que os direitos sociais não poderiam ser completamente exigíveis, eis que em uma medida importante dependeriam de sistemas que os Juízes não poderiam criar; em outras palavras, os direitos sociais dependeriam de uma atuação positiva do Estado por meio das políticas públicas.

Assim, para Atria (2005, p. 47) “Os direitos sociais não podem ser exigíveis como direitos subjetivos”⁴. Contudo, importante destacar que Atria (2005) não defende a retirada dos direitos sociais do texto das Constituições, pois para ele não há essa necessidade, desde que, todavia, os direitos sociais sejam entendidos apenas em seu sentido político, como objetivos de importância para o Estado.

No Brasil, no mesmo sentido é Torres (2003), para o qual a fundamentalidade dos direitos sociais somente se justifica quando estes direitos forem tocados pelo interesse fundamental, isto é, pelo núcleo intangível da fundamentalidade. Esclarece:

³ No original: *Sostendré que si la noción de derecho es entendida por referencia a la idea de derecho subjetivo en el sentido jurídico del término, la noción de derechos sociales es una contradicción en los términos* (ATRIA, 2005, p. 15).

⁴ No original: *Los derechos sociales no pueden ser exigibles como derechos subjetivos* (ATRIA, 2005, p. 47).

A jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres.

.....
Os direitos sociais se transformam em mínimo existencial quando são tocados pelos interesses fundamentais ou pela jusfundamentalidade (TORRES, 2003, p. 1-2).

Verifica-se mais uma tentativa de reduzir o grau de fundamentalidade dos direitos sociais, neste caso a uma fração mínima de conteúdo. Para Torres (2003), há um conteúdo essencial nos direitos sociais e somente ele possui um grau de fundamentalidade capaz de gerar direitos subjetivos aos seus titulares. Logo, se a pretensão reclamada estiver fora desse mínimo existencial, o reconhecimento de direitos subjetivos passa a depender de legislação infraconstitucional que o regulamente.

Entretanto, é majoritária entre os autores a defesa de fundamentalidade ampla dos direitos sociais com base em vasta argumentação, grande parte dela no sentido de que os direitos sociais são meios necessários para que o indivíduo possa gozar de autonomia, isso porque a vida em sociedade só se justifica se cada pessoa tiver suas necessidades existenciais garantidas. Assim, todos os direitos são fundamentais, pois todos são necessários para a vida digna.

Nesse sentido é que Pulido (2008) contrapõe-se ao que defende Atria (2005), primeiro para desconstruir a ideia de que buscar fundamentos para os direitos sociais na solidariedade significa dizer que não se pode fundamentar direitos sociais como subjetivos, depois para rechaçar a ideia de que a existência de diferenças estruturais entre os direitos individuais e os sociais tornam estes últimos indeterminados.

Pulido (2008) reconhece que o ideal coletivo por si mesmo não consegue oferecer fundamentação adequada para direitos subjetivos, e reafirma que a noção de subjetividade do direito deve partir da posição do indivíduo, o qual deve ser protegido até para que possa bem interagir em comunidade ou face a ela. Nesse ponto, identifica-se uma convergência de pensamento entre os autores. Contrapondo-se a Atria (2005), destaca:

Como consequência, nada se pode objetar à crítica de Atria contra a possibilidade de fundamentar o caráter de direitos subjetivos dos direitos sociais na concepção socialista. Não obstante, o problema da perspectiva de Atria consiste em derivar desta crítica uma licença para sustentar a tese segundo a qual os direitos sociais não podem ser considerados de nenhuma maneira como direitos subjetivos e somente podem ter valor enquanto ideais políticos. (PULIDO, 2008, p. 144).

Pulido (2008) destaca que o Estado Social não nega as bases do Estado Liberal, mas pretende reformulá-las, ou, pode dizer-se, pretende conceder legitimidade às liberdades públicas, tanto quanto ao aparato que as impõe. O autor esclarece que o Estado Social de

direito fundamenta os direitos sociais de duas formas, a primeira de forma independente, e a segunda como meios para garantia de exercício real das liberdades.

Assim, a crença burguesa acaba por criar a imagem de um ser humano autossuficiente, aquele que necessita apenas de direitos compostos por obrigações de abstenção, ou seja, necessita apenas ver respeitada sua esfera particular e sua liberdade, pois se pressupõe que este ser é dotado de toda capacidade de satisfazer a si mesmo e suas necessidades. Ao contrário, há que se mostrar a necessidade de mudança dessa crença liberalista que acaba por esquecer de grande parte da sociedade que não possui condições de fazer valer-se por si própria, ou seja, parte da sociedade que precisa de ajuda externa.

Para Pulido (2008, p. 149), “da crítica à fundamentação socialista dos direitos fundamentais não se pode derivar uma negação do caráter jurídico desses direitos”, pois o fato dos direitos sociais possuírem o objetivo de satisfazer o conjunto de necessidades básicas do indivíduo importa no caráter de prioritários desses direitos, diante dos correlatos deveres de solidariedade, face aos demais indivíduos e ao próprio Estado, de forma independente.

Portanto, observa-se que ambos os direitos (de primeira e de segunda geração), têm prioridade substantiva em face dos deveres correlacionados e ambos compõem a estrutura do Estado social, uma vez que objetivam a satisfação das necessidades básicas. Assim, os direitos de primeira geração procuram satisfazer as necessidades de exercício de liberdade privada e autonomia política, enquanto os direitos sociais a necessidade de dispor de meios para existência, é dizer: meios para o exercício das liberdades reais (PULIDO, 2008, p. 150).

Por fim, Pulido (2008) destaca que todos os direitos que estão na Constituição são, em certa medida, indeterminados, dependem de interpretação e a prestação está ligada à luta ideológica. Desse modo, a diferença entre os direitos sociais e os civis e políticos é estrutural, o que não descaracteriza nenhum dos elementos de fundamentalidade de ambos os direitos.

Logo, o fato de haver indeterminação é fruto da linguagem principiológica, característica não só dos direitos sociais, mas de todos os direitos. É o que esclarece:

Nos direitos sociais, a indeterminação se apresenta porque a disposição que estabelece o direito não fixa com clareza em todos os casos qual é a prestação mediante a qual se satisfaz o direito. (...). Esta indeterminação peculiar do objeto não se apresenta do mesmo modo nos direitos de liberdade, porquanto nestes últimos a conduta devida é uma abstenção e o constitucionalmente contrário ao direito é qualquer tipo de conduta (PULIDO, 2008, p. 150-151).

Para Sarlet (2015, pg. 67) os direitos fundamentais possuem uma dupla fundamentalidade, e, ainda, afirma o autor que os direitos fundamentais são “parâmetros hermenêuticos e valores superiores a toda a ordem constitucional e jurídica”. Acrescenta que:

Direitos fundamentais são (...) todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da constituição e, portanto, retiradas da esfera da disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo) (SARLET, 2015, p. 78)

Pela lógica do autor, a fundamentalidade formal é decorrente da constitucionalização dos direitos. Assim, tratando-se de normas constitucionais, inicialmente, tem-se que elas – as normas de direitos fundamentais-, têm superior hierarquia em relação às demais normas do ordenamento jurídico; depois, estão sujeitas aos limites formais e materiais de revisão e emenda constitucional previstos no art. 60 da CRFB/88 e; por fim, possuem aplicabilidade imediata e vinculam todos os poderes públicos, em razão do disposto no § 1º do art. 5º da CRFB/88.

Por sua vez, a fundamentalidade material está diretamente relacionada ao fato de que as normas que instituem direitos fundamentais possuem correspondência com o núcleo valorativo que informa a Constituição, especialmente relacionadas à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido é que bem esclarece Olsen (2012, p. 1) “os direitos fundamentais representam, sob o aspecto material, as decisões axiológicas fundamentais adotadas pelo constituinte a respeito das relações travadas entre o Estado e a Sociedade, e dos cidadãos entre si”.

Ademais, não basta a positivação dos direitos fundamentais nas ordens constitucionais para serem fundamentais, devem esses direitos trazerem características que os diferenciam, por isso falar-se em fundamentalidade formal e material. E, ainda, não basta a fundamentalidade formal, pois o constituinte inseriu cláusula de abertura quando tratou do regime de direitos fundamentais no § 2º do art. 5º da CRFB/88, ou seja, ele mesmo admite como fundamentais direitos decorrentes dos princípios e dos regimes constitucionais, bem como os previstos em tratados internacionais.

Desse modo, no sentido formal, a própria Constituição estabelece que as normas de direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º) e, ainda, trata-se de normas protegidas não só pelo legislador originário, mas também pelo poder constituinte reformador, pois são insculpidas como cláusulas pétreas, presentes no art. 60 da CRFB/88.

A determinação contida no § 1º do art. 5º da CRFB/88 releva a consagração expressa do princípio da máxima efetividade, inerente às normas constitucionais, especialmente as definidoras de direitos fundamentais. Desse modo, as normas tidas como programáticas

revestem-se de um mandato, estabelecendo ao Poder Público que reconheça e efetive com a máxima prioridade todos os direitos fundamentais, dentre eles os sociais.

De fato, o constituinte de 1988 elegeu determinados direitos, todos relacionados a determinados valores, e os positivou como fundamentais. Dentro dessa categoria, não cabe à doutrina discutir sua fundamentalidade, elegendo parâmetros materiais exclusivos e excludentes, como a dignidade da pessoa humana, porque já está determinado que todos os direitos fundamentais são essenciais.

Assim, é preciso reconhecer que o conceito material de direitos fundamentais será sempre relativo, na medida em que deverá respeitar as posições filosóficas, políticas e éticas de cada constituinte, em cada país. De todo modo, independentemente de em que ordenamento jurídico estejam inseridos, esses direitos sempre estarão relacionados aos valores eleitos como superiores em cada nação e à dignidade da pessoa humana.

4 OS CUSTOS DOS DIREITOS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL

Conforme exposto, os direitos de primeira geração estão relacionados à igualdade formal e à liberdade como espaço livre de intervenção estatal. Logo, o Estado os protege não agindo. Por isso, são chamados de direitos negativos, pois se pretendia, de forma ideológica, que esses direitos importassem em um não fazer do Estado para garantia de proteção. Por outro lado, os direitos sociais exigiriam um fazer do Estado e por isso são chamados de direitos positivos.

O Estado protege, por exemplo, a saúde com a criação de hospitais, a educação com a criação de escolas, e assim por diante. Essa divisão entre direitos negativos e positivos criou a falácia de que a proteção dos Direitos Sociais exige um custo maior; em outras palavras, criou-se a enganosa ideia de que proteger um direito por um não fazer é menos dispendioso do que proteger por um fazer.

Assim, sendo os direitos sociais geradores de maiores custos, o Estado tem, em tese, “desculpas” para não os efetivar. Ou seja, diante das necessidades sociais infinitas “há um limite de possibilidades materiais para esses direitos” (BARCELLOS, 2011, p. 277). Esse argumento leva à possibilidade de realização dos direitos sociais na medida da disponibilidade de recursos, ou seja, da *reserva do possível*. A reserva do possível é uma construção teórica de origem alemã e, segundo explicam Sarlet e Figueiredo (2008, p. 16-17):

De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financeiras pelos cofres públicos. A partir disso, a “reserva do possível” (*Der Vorbehalt des*

Möglichen) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem de real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.

O argumento foi aplicado pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no paradigmático caso *numerus clausus*⁵, que versava sobre o direito de acesso às vagas no ensino superior no curso de medicina. Em dois processos, os estudantes não foram aceitos nas universidades de Hamburgo e Munique, pois faltava vagas no curso, quando, então, recorreram ao Poder Judiciário sob o argumento de que a Lei Fundamental da Alemanha concedia a todos o direito a escolha livre da profissão.

Nesse caso, o Tribunal Alemão negou o pedido dos estudantes, alegando que só se pode exigir do Estado aquilo que se pode esperar, dentro dos limites da possibilidade e da razoabilidade. A Corte Alemã considerou não ser razoável esperar do Estado o oferecimento de vagas ilimitadas para o curso de medicina. Eis que, então, surgia a teoria da reserva do possível, segundo a qual só é possível à sociedade exigir do Estado nos limites do que razoavelmente se possa esperar.

Juristas investigadores observam que “a transmutação da teoria da reserva do possível para o Brasil deu-se de forma equivocada” (HONÓRIO, 2006, p. 147). A reserva do possível, da forma que é utilizada no Brasil, traz um conceito econômico para a discussão jurídica e transfere para a esfera da disponibilidade daquele responsável pela destinação dos recursos orçamentários a garantia de direitos sociais, o que pretere o próprio mandamento constitucional, privilegiando aspectos meramente econômicos.

É preciso observar que a realidade social brasileira se apresenta distante da realidade da Alemanha, Estado que não vive em permanentes crises sociais, com um número enorme de cidadãos excluídos da garantia seus direitos mais básicos. Importante ressaltar, ainda, que o argumento ganhou força no contexto histórico e social que surgiu com a CRFB/88, a partir do amplo catálogo de direitos sociais trazidos pela Carta Magna.

A essência do Estado Social surgido na época trouxe à tona uma série de problemáticas, tanto porque sua principal atuação está voltada à justiça material, o que implica na realização prática do ideal de igualdade e não somente de liberdade, quanto porque o Estado interventor no domínio econômico com vistas a garantia de direitos fundamentais sofre profundas ameaças, especialmente diante do fenômeno da globalização e do neoliberalismo.

⁵ Ver: BVerfGE 33, 303 – *numerus clausus* I. Disponível em: < <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html>>. Acesso em 02 de nov. 2017.

O que se percebe é que, apesar da natureza eminentemente social, a CRFB/88 surgiu em um ambiente de crise do Estado de Bem-Estar Social, diante da ineficiência da atividade estatal em razão dos dispendiosos gastos públicos com programas sociais e a grande intervenção nos mecanismos de mercado. Nesse contexto, as ideias neoliberais, na década de 90, tornaram-se influentes (OLSEN, 2012). Sobre essas ideias, Olsen (2012, p. 180) segue destacando que:

[...] as ideias neoliberais passaram a influenciar a estrutura jurídico-política brasileira na década de 90, na qual foi implementada uma série de emendas constitucionais que modificavam significativamente a feição do Estado. O Brasil enfrentou um intensivo processo de privatização, primeiramente verificou-se a abertura da economia interna para os mercados internacionais, de modo a possibilitar a instalação de uma série de agentes econômicos multinacionais em território brasileiro.

Em resumo, em relação a todas essas mudanças, tem-se que elas:

[...] acabam por colocar O Estado brasileiro em uma posição esquizofrênica: por um lado permanece vinculado aos objetivos sociais, em virtude das disposições constitucionais; por outro, em muitos aspectos perdeu as rédeas da economia, desmontou boa parte da estrutura responsável pela prestação de serviços, levando à inefetividade dos direitos fundamentais (OLSEN, 2012, p. 181).

Nesse contexto de crise do modelo de Estado Social, tornou-se interessante um argumento jurídico capaz de restringir a responsabilidade do Estado na garantia de direitos fundamentais, ou seja, surgia um ideário que colocava os direitos sociais em um patamar de onerosidade excessiva para o Estado, portanto, a garantia desses direitos representava um entrave para o desenvolvimento econômico do país. A reserva do possível, desse modo, está diretamente relacionada à necessária adequação das pretensões sociais aos recursos orçamentários.

Mas, qual a natureza do argumento da reserva do possível? Como se pode conceituá-lo? Olsen (2012) aponta que existe um razoável consenso sobre seu conteúdo, este sempre relacionado à existência de limites presentes na realidade fática, os quais condicionam a aplicação do Direito. Contudo, a autora destaca que “não existe acordo com relação a sua natureza e significado de sua atuação na aplicação das normas constitucionais” (OLSEN, 2012, p. 199).

Embora registre a divergência existente em torno da natureza da reserva do possível, para Olsen (2012, p. 200), ela é uma “condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais”. Nesse sentido, a reserva do possível é uma condição fática que acaba influenciando na aplicação de Direitos. Ademais, Olsen (2012) registra duas maneiras de se

conceber a reserva do possível: a primeira como limite interno dos direitos sociais fundamentais; e a segunda, como limite externo.

Para a autora, a reserva do possível como limite interno pode ser compreendida a partir das lições dos estadunidenses Cass R. Sustein e Stephen Holmes, consagrados na célebre obra *O custo dos direitos* (2011), para os quais todos os direitos têm um custo. Nesse sentido, a colaboração dos autores possui essencial papel na desconstituição da falácia a qual se fez referência no início deste tópico, qual seja, de que os direitos individuais e civis possuem custos menores que os direitos sociais, econômicos e culturais. Os autores evidenciam que tanto os direitos “de liberdade” quanto os direitos “de prestação” implicam em gastos públicos por parte do Estado para serem realizados.

Portanto, para os autores, a clássica divisão entre direitos negativos e positivos não faz sentido algum. Isso porque:

À verdade evidente de que os direitos dependem dos governos é preciso agregar um corolário lógico, rico em implicações: os direitos custam dinheiro. É impossível protegê-los e exigí-los sem fundos e apoio públicos. (...). Tanto o direito de bem-estar como a propriedade privada têm custos públicos. O direito à liberdade de contratar supõe custos, não menos que a atenção médica, o direito à liberdade de expressão ou a uma vida decente. Todos os direitos recebem algo do tesouro público (SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 33).⁶

Ademais, para os autores, “Os direitos em sentido geral têm dentes” (SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 35)⁷. Ou seja, eles argumentam no sentido de que não há direitos com custos e direitos sem custos, isso porque todos os direitos exigem um fazer, uma prestação positiva do Estado, pois o direito para ter força precisa que outras pessoas o reconheçam como um dever e isso só acontece quando o direito é capaz de causar certa ameaça de castigo ou punição nas pessoas diante da sua lesão.

Desse modo, somente o aparato institucional que o Estado possui é capaz de conceder ao direito força de exigibilidade, ou seja, o Estado é quem concede ao Direito “os dentes” necessários para causar o temor de descumprimento na sociedade. Assim, “Na prática, os direitos passam a ser algo mais que meras declarações somente se conferem poder a organismos cujas decisões sejam legalmente vinculantes” (SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 37)⁸.

⁶ No original: *A la verdad evidente de que los derechos dependen de los gobiernos es preciso agregar un corolario lógico, rico en implicaciones: los derechos cuestan dinero. Es imposible protegerlos o exigirlos sin fondos y apoyo públicos. (...). Tanto el derecho al bienestar como a la propiedad privada tienen costos públicos. El derecho a la libertad de contratar supone costos, no menos que la atención médica, el derecho a la libertad de expresión o a una vivienda decente. Todos los derechos reciben algo del tesoro público* (SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 33).

⁷ No original: *los derechos en sentido legal tienen ‘dientes’* (SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 35).

⁸ No original: *Em la práctica, los derechos pasan a ser algo más que meras declaraciones sólo si confieren poder a organismos cuyas decisiones sean legalmente vinculantes* (SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 37).

Na visão de Sunstein e Holmes (2011, p 37), os indivíduos que não vivem sob a tutela de governos capazes de cobrar impostos e encontrar solução efetivas não tem direitos jurídicos. A ausência de Estado significa ausência de direitos. Para eles, “Um direito só existe se e quando tem custos pressupostos” (SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 38)⁹.

A realidade comprova afirmação dos autores e descaracteriza a falácia do custo dos direitos, pois, por exemplo, o Estado protege o direito social à saúde com a criação de hospitais, como foi dito, o que requer investimento financeiro. Mas, também protege a propriedade das pessoas com investimento em criação de delegacias, contratação de policiais e manutenção de todo o sistema penal de repressão ao crime, o que também custa dinheiro. Portanto, “Urge combater a ideia de que os Direitos de Primeira Geração seriam de realização imediata, enquanto os das demais gerações seriam de realização progressiva” (BASTOS, 2011, p. 193). No mesmo sentido, destaca Alcalá (2009, p. 145):

Todos os direitos têm em tal perspectiva uma dimensão positiva e negativa, dado que todos requerem prestações estatais que têm custos econômicos para sua efetiva garantia, como são a base de um aparato jurisdicional eficaz do Estado, uma polícia competente, registros de propriedade, entre outros aspectos, assim como uma dimensão negativa ou de abstenção de violação tanto pelo Estado quando pelos particulares¹⁰.

Logo, quando se trata de custos dos direitos, o que se pode concluir é que o pertencimento à primeira ou às dimensões posteriores não é, por si só, elemento idôneo para se elaborar diferenças quantitativas. Em verdade, o orçamento e a sua destinação estão nas mãos dos administradores, o Estado é organizador e alocador de recursos e, ao mesmo tempo, responsável por arrecadá-los. Logo, “os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita” (GALDINO, 2007, p. 258).

Para Olsen (2012), a concepção apresentada de Stephen Holmes e Cass R. Sustein parte da premissa de que os bens são escassos, o que não permite com que todos os direitos sejam realizados. “Logo, realizar direitos implica necessariamente realizar escolhas de alocação de recursos, de modo que alguns direitos serão atendidos, enquanto outros não” (OLSEN, 2012, p. 187). Isso por que:

[...] nada que custe dinheiro pode ser absoluta. Ao fim e ao cabo, nenhum direito cuja defesa pressuponha um gasto seletivo de dinheiro dos contribuintes pode ser protegido unilateralmente pelo poder judicial sem tomar em conta as consequências

⁹ No original: *Um derecho sólo existe si y cuando tiene costos presupuestarios* (SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 38).

¹⁰ No original: *Todos los derechos tienen en tal perspectiva una dimensión positiva y negativa, ya que todos ellos requieren de prestaciones estatales que tienen costos económicos para su efectiva garantía, como son el fundamento de un aparato jurisdicional eficaz del Estado, una policía competente, registros de propiedad, entre otros aspectos, como asimismo una dimensión negativa o de abstención de vulneración tanto por el Estado (...), como por los particulares (...)* (ALCALÁ, 2009, p. 145).

orçamentárias cuja responsabilidade recairá sobre outros ramos do governo (SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 119)¹¹.

Portanto, nesse sentido, a reserva do possível como limite inerente dos direitos sociais fundamentais acaba por levar à necessidade de revisão do próprio conceito de direito público subjetivo (GALDINO, 2007, p. 266). Logo, a existência de recursos para prestação estatal é condição indispensável para a existência do próprio direito subjetivo, pois para Galdino (2007, p. 285), “direitos não nascem em árvore”.

O ponto nevrálgico desta concepção de reserva do possível é que ela atrela a existência de um direito à existência de dotação orçamentária para realizá-lo. Desse modo, acaba por transferir a existência do direito à esfera de disponibilidade dos gestores públicos responsáveis pela destinação orçamentária, o que é incompatível com a previsão constitucional das normas de direitos sociais e estaria gerando um imenso esvaziamento das normas de direitos fundamentais, que ficariam sempre dependentes da discricionariedade.

Esta discricionariedade em poder afirmar o que é possível e o que não é, muitas vezes não é decorrente da lógica dos fatos, mas fruto das escolhas que se dirigem a determinados fins. Assim, a escassez de recursos orçamentários não é natural, mas sim artificial, pois fruto desta escolha dos poderes públicos. Para Olsen, em um Estado Democrático de Direito não se pode reconhecer essa discricionariedade como total, ao contrário, ela deve se enquadrar aos objetivos trazidos na Constituição (OLSEN, 2012, p. 478).

A autora insiste que, adotar a tese da reserva do possível como limitadora de direitos fundamentais, tal como a concepção exposta, é o mesmo que aceitar que, por exemplo, fornecer medicamento para o tratamento de gripe é possível, ao passo que para o tratamento da hepatite B não é possível. E, acrescenta:

A prova desta artificialidade está no fato de que quando decisões judiciais determinam o fornecimento de certo medicamento, o Estado acaba por se organizar para promover uma dotação orçamentaria capaz de suprir esta necessidade; e este remédio passa a ingressar na lista daqueles a serem obrigatoriamente fornecidos de forma gratuita a toda a população (OLSEN, 2012, p. 478).

Mas, a reserva do possível pode ser concebida, também, como um limite externo aos direitos sociais fundamentais, ligada à existência de condições materiais para realização destes direitos, de modo que as normas constitucionais definidoras de direitos sociais fundamentais definiriam, conforme esta concepção e, segundo Olsen (2012, p. 479):

¹¹ No original: *Nada que cueste dinero puede ser absoluto. Al fin y al cabo, ningún derecho cuya defensa presuponga un gasto selectivo del dinero de los contribuyentes puede ser protegido unilateralmente por el poder judicial sin tomar en cuenta las consecuencias presupuestarias cuya responsabilidad recaerá sobre otras ramas del gobierno* (SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 119).

“posições jurídicas *prima facie* as mais amplas possíveis, as quais eventualmente poderiam ser restringidas em face da limitação dos recursos disponíveis para torna-las posições jurídicas definitivas, prontamente exigíveis”.

A reserva do possível vista como limite externo permite um confronto e, ao mesmo tempo uma ponderação entre os elementos normativos e os fáticos. Logo, resta evidente que, nesses termos, a reserva do possível não possui influência alguma em relação à existência do direito, podendo somente comprometer a sua eficácia. Por isso, Olsen (2012, p. 478) enfatiza que:

enquanto elemento externo, a reserva do possível poderia reduzir mais ou menos o âmbito normativo do direito, e esta redução estaria sujeita ao controle de constitucionalidade, especialmente a partir do exame da proporcionalidade.

E, acrescenta:

Nestas condições, afirmar que um direito pode ser exigível na medida da disponibilidade de meios materiais necessários à sua realização significa estabelecer, num primeiro momento, o amplo alcance da norma de direito fundamental, e num segundo, a possibilidade de restrição com base em elementos da realidade empírica (OLSEN, 2012, p. 195).

Posicionam-se Sarlet (2015) e Barcellos (2011), pois, para ambos, a reserva do possível deve ser tida como limite externo dos direitos sociais fundamentais. Contudo, é possível observar que os autores relacionam esta ideia à de mínimo existencial; assim, a reserva do possível funcionaria como esse limite externo tão-somente no que transborda ao mínimo existencial.

Para os autores, o mínimo existencial é um conjunto menor de direitos, contidos no catálogo de direitos sociais constitucionais, indispensáveis para a dignidade da pessoa humana, os quais foram definidos pelo constituinte, segundo Barcellos (2011, p. 287) como “condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-á estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos”. Portanto, presume-se “que o Poder Público dispõe de recursos para atender ao menos as necessidades que compõem esse mínimo existencial, e que constituem a prioridade de investimento dos recursos públicos” (BARCELLOS, 2011, p. 289).

É dizer que, em relação à essas condições mínimas, ambos os autores admitem “um direito subjetivo definido a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão somente um direito subjetivo *prima facie*, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de tudo ou nada (SARLET, 2015, p. 365).

Nesse sentido, pode-se perceber, nas ideias de Sarlet (2015), que a noção de direito subjetivo é relativizada quando se trata de direitos a prestações. Mas, o autor salienta que:

Convém repisar e melhor explicar que ao advogarmos o entendimento de que na esfera da garantia do mínimo existencial (que não poderá ser reduzido ao nível de um mero mínimo vital, ou, em outras palavras, a uma estrita garantia de sobrevivência física) há que reconhecer a exigibilidade (inclusive judicial!) da prestação em face do Estado, não estamos – enfatize-se este ponto – afastando a possibilidade de direitos subjetivos a prestações que ultrapassem estes parâmetros mínimos, mas apenas afirmando que neste plano (de direitos subjetivos para além do mínimo existencial) o impacto dos diversos limites e objeções que se opõe ao reconhecimento destes direitos (especialmente o comprometimento de outros bens fundamentais) poderá, a depender das circunstâncias do caso, prevalecer (SARLET, 2015, p. 366).

A tese defendida por Sarlet (2015) e Barcellos (2011) peca apenas quanto ao entendimento sobre mínimo existencial, pois, como citado na seção anterior, todo o catálogo constitucional de direitos fundamentais já é esse mínimo existencial, uma vez que todos os direitos fundamentais são essenciais para a vida digna. Logo, não há razão alguma que justifique qualquer redução de essencialidade quando se fala do catálogo de direitos fundamentais, pois todos já estão dispostos sob o signo de indispensabilidade. Assim, não se discute o fato da escassez de recursos diante da crescente demanda de serviços públicos a serem prestados pelo Estado; o que se discute é se a Administração Pública tem dado a devida importância aos direitos sociais quando diante do caso concreto.

Portanto, o estudo da reserva do possível se mostra relevante para esclarecer até que ponto esse argumento pode servir de fundamento para que o Estado se exima da realização de um direito social. É necessário adequar os direitos fundamentais às reservas do orçamento, e o direito não pode ficar distanciado do mundo dos fatos, mas, sob essa alegação, não se pode “elevantar a preocupação econômica ao status de princípio e à condição de supremacia ante os direitos fundamentais” (BARROS, 2006, p. 150).

Barcellos (2011, p. 241) destaca:

A primeira conclusão é que a Constituição de 1988 efetivamente ocupou-se das condições materiais de existência dos indivíduos, pressuposto de sua dignidade, dedicando-lhe considerável espaço no texto constitucional e impondo a todos os entes da Federação a responsabilidade comum de alcançar os objetivos relacionados ao tema.

Logo, se a realidade fática demonstra finitude dos recursos, se não é possível atender a todas as necessidades dos seres humanos, ao menos os recursos disponíveis devem ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pelo constituinte.

Para além do argumento de que os recursos são finitos, o que existe é a certeza de que, justamente em face desta finitude, o ato de governar, o ato de escolher prioridades, deve ser encarado com profundo rigor, questionamento e fundamentação, pois é certo que os direitos sociais são todos essenciais para a vida digna.

Nesse sentido, Bastos (2011, p. 196) conclui:

[..] há que se alterar o enfoque da questão, do ponto de vista dos recursos escassos para o da ponderação das necessidades. Sim, porque não se deve aceitar, sem reflexão, a ideia de que os recursos são escassos. Em verdade, em regra, são as necessidades que são mal avaliadas. (...)

Governar é escolher prioridades, transitar entre opções políticas e determinar quais as que devem sair do papel rumo à realidade. Tais escolhas, embora por vezes implícitas, revelam os valores primordiais compartilhados pelas autoridades públicas.

Ademais, é a própria sociedade quem suporta o custo dos direitos por meio da tributação, frisa-se, de todos eles, pois até mesmo os autores que defendem o argumento da reserva do possível admitem que “todos os direitos são positivos, e, portanto, demandam algum tipo de prestação pública (em última análise, por parte do Estado) para sua efetivação” (GALDINO, 2007, p. 253).

Portando, com razão Olsen (2012) quando afirma que a escassez de recursos de que trata do argumento da reserva do possível é artificial, e não natural, pois consequência do manejo dos recursos. Significa dizer que, como os recursos são finitos, “decidir investir os recursos existentes em determinada área significa, ao mesmo tempo, deixar de atender outras necessidades” (BARCELLOS, 2011, p. 281). Logo, ao invocar a reserva do possível como escusa para garantia de direitos sociais, o Estado está revelando uma visão conservadora de preferência pela proteção dos direitos de liberdade, contra os quais, falaciosamente, não se pode invocar a reserva do possível.

Nesse sentido, conclui Honório (2006, p. 149-150):

Quando usada para retirar a efetividade dos direitos sociais, a reserva do possível não se sustenta, sendo puro manejo político. Com razão Andreas Krell afirma que se os direitos sociais dependessem do fato de estarem cheios os cofres públicos, eles nunca teriam efetividade. Eles dependem, isso sim, de vontade política. Não estamos falando de esmola ou caridade, mas de direitos fundamentais. Não queremos o impossível; queremos apenas que os direitos sociais sejam levados a sério.

Na realidade, o Estado nunca consegue comprovar objetivamente que inexistem recursos disponíveis, pois, como dito, a alocação dos recursos está em suas mãos. E, a escolha política que o Estado faz quando elabora suas políticas deve sempre estar voltada à razão de ser da sua existência: a promoção, em níveis adequados, da dignidade da pessoa humana a partir de prestações materiais, com a realização de direitos sociais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após percorrido o caminho traçado na introdução do presente artigo, pode-se afirmar que a reflexão acerca da necessidade de se buscar uma “adequada” garantia de direitos sociais no Brasil, entendida como àquela que sempre promove a dignidade da pessoa humana, que

proporciona às pessoas a garantia do que é mais básico, é urgente no Brasil, pois os cidadãos foram eleitos pelo constituinte de 1988 como preocupação máxima a guiar a atuação do Estado, para o qual este Ente deve estar a serviço. Desse modo, urge que argumentos restritivos dessa garantia sejam rechaçados.

Da análise dos argumentos relacionados aos custos do direito e a reserva do possível concluiu-se que a frequente invocação desses argumentos como justificativas para a não realização pelo Estado dos deveres constitucionais de garantia dos direitos fundamentais sociais, revela, além de um total descompromisso com pessoa humana e com a eleição feita pelo constituinte, uma inversão de valores que acaba por reduzir ao mínimo aquilo que deveria ser prioridade absoluta.

Isso porque, como ficou claro, sempre que há falta de recursos para garantia de direitos sociais há também uma implícita conclusão de que, anteriormente, os recursos necessários foram aplicados com finalidades distintas daquela eleita pelo legislador. O que se percebe, de fato, é que os recursos não são escassos, mas se tornam insuficientes para garantia de direitos sociais em níveis adequados pelas próprias escolhas do administrador.

Nesse sentido, a afirmação não é a de que os recursos materiais são infinitos. Mas, que mesmo sendo finitos devem ser manejados com objetivo de garantir o essencial, o prioritário, ou seja, o que se apresenta como necessário para a dignidade do homem. E, como foi explanado, o próprio constituinte pré-estabeleceu que os direitos sociais são, todos eles, fundamentais.

Assim, o constituinte elegeu os direitos fundamentais e os relacionou diretamente ao fundamento da República Federativa do Brasil de dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, transformou a matéria em obrigação jurídica, impôs ao Estado a sua prioritária realização através das políticas públicas, ou seja, trata-se de assunto que não se encontra na esfera política de discricionariedade do Estado. Portanto, pode-se concluir que o argumento da reserva do possível não pode validamente ser invocado pelo Estado para que se exima de prestar algum direito quando este esteja no rol daquilo que é fundamental, ou seja, não afeto às matérias sobre as quais o Estado pode optar.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos em el constitucionalismo democrático latino-americano. **Estudios Constitucionales**, Santiago, v. 7, n. 2, p. 143-205, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200007>. Acesso em: 03 jan. 2017.

ATRIA, Fernando. **¿Existen Derechos Sociales?** Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Edición digital a partir de *Discusiones: Derechos Sociales*, núm. 4 (2004), p. 15-59. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/existen-derechos-sociales-0/>.

BARRETO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Fundamentais e outros temas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013 (p. 205 a 222).

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3.ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. O Constitucionalismo Social. A Constituição como Instrumento Jurídico de Contenção do Poder Econômico. In: **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros**. Campinas: Millennium Editora, 2007, p. 27-70.

_____. Algumas reflexões sobre os direitos humanos e suas gerações. **Revista dos Tribunais**, ano 100, vol. 908, jun.2011.

BARROS, Gisele Nori. **O dever do estado no fornecimento de medicamentos**. São Paulo, dissertação de mestrado, Programa de Pós- Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Seção 1, p.1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 abr. 2016.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2ª ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HONÓRIO, Cláudia. O custo dos direitos prestacionais. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 145-159, jul./set. 2006.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Almir de. **Curso de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos Sociais: Uma Crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria. In: **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. (p. 137-175).

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 67, p. 125-172, 2008. Disponível em: <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017.

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

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **El Costo de Los Derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: