

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS DIANTE DA ATUAL CONJUNTURA ECONÔMICA: A RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL FRENTE AO DIREITO À MORADIA E O DIREITO À ALIMENTAÇÃO

*Angélica Padilha Servegnini**
*Melissa Barbieri de Oliveira***

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Alocação do Tema; 3 Direitos Sociais, 3.1 Considerações Iniciais, 3.2 Liberdades Públicas e os Direitos Prestacionais; 4 A Eficácia das Normas de Direitos Sociais, 4.1 Aplicabilidade e Efetividade das Normas Constitucionais, 4.2 Reserva do Possível e Mínimo Existencial, 4.3 Instrumentos de Efetividade; 5 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: A questão da efetividade das normas garantidoras de direitos sociais assume fundamental importância na atual conjuntura, vez que estreitamente vinculada à dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, imperiosa a verificação de sua aplicabilidade no que concerne à dubialidade existente entre o direito estabelecido e os recursos escassos. O tema ganha relevância ainda maior com a inclusão do direito à moradia e o direito à alimentação como direitos sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais Sociais; Poder Público; Reserva do Possível; Mínimo Existencial; Efetividade.

* Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Francisco Beltrão, mantida pelo Centro Sulamericano de Ensino Superior – CESUL; Pós-Graduada em Direito Tributário pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL. E-mail: anjelikinha@yahoo.com.br

** Mestre em Ciências Jurídico Civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal; Docente da cadeira de Direito Civil da Faculdade de Direito de Francisco Beltrão, mantida pelo Centro Sulamericano de Ensino Superior – CESUL; Docente da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE. E-mail: melissabarbieri@hotmail.com

EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHTS WITHIN THE CURRENT ECONOMIC SITUATION: POSSIBLE SAVINGS AND THE EXISTENTIAL MINIMUM AND THE RIGHT TO DWELLING AND ALIMONY

ABSTRACT: The issue of the effectiveness of guarantee laws on social rights has currently a fundamental importance since they are closely linked to the dignity of the human person. The verification whether its applicability is mandatory when doubts between the established right and scarce resources exist is discussed. This case is of paramount importance when the right to dwelling and alimony as social rights are involved.

KEYWORDS: Fundamental Social Rights; Government; Possible Savings; Existential Minimum; Effectiveness.

LA EFECTUACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES FRENTE A LA COYUNTURA ECONÓMICA ACTUAL: LA RESERVA DE LO POSIBLE Y DE LO MÍNIMO EXISTENCIAL FRENTE AL DERECHO A LA VIVIENDA Y A LA ALIMENTACIÓN

RESUMEN: La cuestión de la efectución de las normas que garantizan los derechos sociales cobran fundamental importancia en la coyuntura actual ya que esta se encuentra estrechamente vehiculada a la dignidad de la persona humana. Así, se hace imperativa la verificación de su aplicabilidad en lo que se refiere al punto dubio existente entre el derecho establecido y los recursos escasos. El tema se vuelve relevante en la medida en que se incluye el derecho a la vivienda y el derecho a la alimentación como derechos sociales.

PALABRAS-CLAVE: Derechos Fundamentales Sociales; Poder Público; Reserva de lo Posible; Mínimo Existencial; Efectuación.

INTRODUÇÃO

Os direitos sociais são direitos intrinsecamente vinculados à igualdade e à dignidade da pessoa humana, que asseguram aos indivíduos condições materiais necessárias para a sobrevivência digna, consubstanciando pressupostos indispensáveis para o exercício da cidadania. Orientam-se ao propósito de disponibilizar meios materiais e de implementar conjunturas fáticas que possibilitem a efetiva fruição das garantias fundamentais. Em razão disso, são imprescindíveis para infringir limites e obrigações ao Poder Público, protegendo o indivíduo contra a ingerência do Estado. Ainda, fazem parte do núcleo normativo do Estado Democrático de Direito, que está intimamente ligado à realização da justiça social.

Entretanto, a atual realidade socioeconômica revela a existência de uma intensa desigualdade social, que despoja muitos brasileiros do desfrute da democracia plena. Com efeito, o principal problema que envolve os direitos sociais diz respeito à sua eficácia e efetividade, especialmente no que tange à implementação das normas constitucionais de princípios programáticos, bem como à imposição de suas políticas sociais ao poder público, diante dos obstáculos de ordem econômica e política.

Nesse contexto, destaca-se a importância do estudo da sistematização dos direitos sociais, que se revela indispensável para a delimitação do problema da sua efetividade. Assim, o que se sugere é o estudo dos direitos fundamentais sociais com a finalidade de dar subsídios à discussão acerca de sua efetiva proteção e realização.

2 ALOCAÇÃO DO TEMA

Os direitos sociais são direitos fundamentais de segunda geração, que asseguram a existência humana digna e a promoção da justiça social, correspondendo à própria exteriorização material da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Pertencem, dessa forma, à categoria dos direitos humanos e estão sujeitos ao sistema internacional de proteção. Logo, encontram-se amplamente difundidos e tutelados pela ordem constitucional que consagra o Estado Democrático e Social de Direito no Brasil.

Destarte, é comum a sujeição da efetividade dos direitos sociais prestacionais à disponibilidade de recursos públicos suscetíveis de serem utilizados para esta finalidade, em razão da sua inegável conexão com a esfera política e econômica.

Nesse sentido, foi articulada a teoria da reserva do possível, que sustenta que a eficácia das normas que regulamentam direitos fundamentais está relacionada

à conjuntura econômica do Estado, de maneira que a insuficiência de recursos financeiros torna inexigível a garantia.

Outra teoria, em paralelo a esta, é a do mínimo existencial, a qual preceitua que deve existir um mínimo necessário a ser garantido para que se possa manter uma vida digna.

Por derradeiro, é preciso observar a necessidade de formatação de meios para suprir a deficiência do Estado em relação à promoção dos direitos sociais, que, muito embora essenciais, estão sendo deixados em segundo plano pelas prioridades traçadas pelo Estado em suas políticas orçamentárias.

3 OS DIREITOS SOCIAIS

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os direitos sociais pressupõem a existência prévia de uma sociedade, instituição formada por acordo de vontades, onde se espera a cooperação mútua e o esforço de todos, principalmente do Estado, em benefício de cada indivíduo que nela se situa, sendo a sociedade o elemento garantidor do fundamento à existência dos direitos sociais.

O reconhecimento de direitos no âmbito legislativo está intimamente ligado ao período histórico, refletindo na produção normativa as inúmeras características políticas, econômicas, sociais e culturais de cada época.

Os direitos fundamentais evoluíram subdividindo-se em gerações conforme o momento histórico em que surgiram.¹ A consolidação de direitos fundamentais do homem em gerações deu-se de forma cumulativa e qualitativa e não por meio de evolução linear.² Assim, o direito à liberdade, à igualdade e à fraternidade se somam, não se sucedem.

A ideia de que o processo de surgimento e desenvolvimento se deu de forma cumulativa permite a noção de dimensões de direitos fundamentais, no sentido de que fazem parte de uma mesma realidade mutante, sendo compreendidos em múltiplas dimensões em perspectiva de caráter evolutivo.³

Destarte, a época do liberalismo econômico refletiu uma tendência a assegurar uma política de tutela às liberdades individuais, a antiga prática que restringia o poder a uma só pessoa deu lugar à clássica tripartição dos poderes proposta por Montesquieu, e se viu a possibilidade, mediante o processo legislativo que

1 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro, RJ: Elsevier, 2004.

2 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2000, p. 517.

3 DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo, SP: LTR, 2006, p.58

advinha de uma suposta representação dos interesses da população, de se impor limites ao poder do administrador.⁴

A verdade é que a positivação desses interesses mediante a formalização em leis escritas acabaram por corroborar com o pensamento liberal, uma vez que os interesses protegidos, naquele período, eram predominantemente individuais.

Assim, a positivação dos direitos civis e políticos de primeira geração, também denominados liberdades públicas, se deu no início do século XIX.⁵ Período este antecedido por inúmeras revoluções que tinham por escopo definir a área de atuação do indivíduo e a do Estado, preservando a máxima da liberdade.

Cabe lembrar que o século XIX foi marcado por um grande crescimento econômico, o desenvolvimento industrial acabou por fazer do trabalho uma mera exploração de mão-de-obra barata, que enriquecia alguns poucos enquanto a grande massa populacional não era garantindo sequer condições salubres para a prestação laboral. O antagonismo entre o liberal capitalismo e o início das doutrinas sociais acabou por gerar indagações sobre a insuficiência da positivação apenas das liberdades individuais neste novo contexto social.

Neste sentido, passou-se a defender a primordialidade de adequar as normas a essa nova realidade, a necessidade de conscientizar a sociedade de que da organização viria o real exercício do poder. Tal posicionamento, que contestou a omissão e a legitimidade do Estado, fomentou lutas e reivindicações que colocaram em risco o próprio capitalismo. Assim, o novo modelo de constitucionalismo, que exigia a regulação econômica e social, em contraposição ao liberalismo até então defendido, surgiu progressivamente e tornou-se constante, em maior ou menor amplitude, em todo o mundo.⁶

Pode-se dizer que os direitos sociais tiveram como marco histórico inicial o fim da primeira grande guerra mundial. Neste contexto estabelecia-se um novo modelo de nação e os direitos em foco eram a garantia da instituição dos serviços públicos relativos ao objeto destes direitos.⁷

O reconhecimento efetivo dos direitos sociais se deu na segunda metade do século XIX, direitos estes de segunda dimensão e chamados de liberdades positivas, uma vez que exigem do Estado uma prestação que visa satisfazer as necessidades mínimas da população.

Os direitos sociais surgiram em nível constitucional apenas no século XX com a Constituição do México (1917), da República Alemã (1919) e com a Constitui-

4 BEURLEN, Alexandra. *Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil*. Curitiba, PR: Juruá, 2008. p. 41.

5 PIVA, Otávio. *Comentários ao Art. 5º da Constituição Federal de 1988 – teoria dos Direitos Fundamentais*. 3. ed.. São Paulo, SP: Método, 2009, p. 28.

6 BEURLEN, Alexandra, op. cit., p. 43-44.

7 SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado da. *Direitos Humanos e Cidadania*. 2. ed.. São Paulo, SP: RT, 2009, p. 74.

ção Brasileira de 1934.⁸

Hodiernamente tais direitos estão previstos na Constituição Federal de 1988, no art. 6º, no rol de direitos econômicos e sociais, o qual foi modificado e acrescido de duas emendas constitucionais, o direito à moradia pela EC26/2000 e o direito à alimentação, agregado recentemente pela EC64/2010.

3.2 LIBERDADES PÚBLICAS E OS DIREITOS PRESTACIONAIS

A lista de direitos sociais elencados na Carta Magna representa um rol de direitos exemplificativos. Os direitos sociais foram reconhecidos pela ordem jurídica, concepção vinculada ao jusnaturalismo, mas tal formalização legislativa não é o único pressuposto para que esses direitos sejam respeitados, este é o sentido da cláusula segundo a qual a especificação constitucional de direitos e garantias não exclui os outros direitos resultantes do regime e dos princípios adotados.⁹

Desta maneira, admite a Constituição a existência de direitos implícitos, que são direitos não expressamente previstos, mas que, devido a sua natureza intrinsecamente correlata à proteção da dignidade e da igualdade, podem ser aceitos como direitos fundamentais, como se consagrados fossem.¹⁰

Tal autorização interpretativa deriva do fato de que é impossível a Carta Magna enunciar de forma exaustiva e esgotar todos os direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e dos tratados internacionais em que a República seja parte, sendo que os direitos implícitos são induzidos ou deduzidos de outros que a Constituição explicita.

Os direitos sociais são prestações positivas concedidas pelo Estado, de forma direta ou indireta, enumeradas em normas constitucionais, de forma explícita ou implícita, que buscam proporcionar melhores condições de vida aos mais carentes, direitos que vislumbram a igualização de condições sociais desiguais. São pressupostos de validade dos direitos individuais enquanto estabelecem condições materiais adequadas ao auferimento da igualdade real.¹¹

A anuência a tais direitos marca a superação da perspectiva liberal e do antropocentrismo e passa a vislumbrar o homem para além da sua condição estritamente individual, considerando também a sua posição social em relação a direitos e deveres perante o Estado. Assim, as prestações positivas estatais devem se guiar visando sempre à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade

8 KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre, RS: SAFE, 2002, p. 19.

9 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo, SP: Saraiva, 2009, p. 30.

10 APPIO, Eduardo. Direito das Minorias. São Paulo, SP: RT, 2008, p. 114.

11 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito constitucional Positivo. 19. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2001, p. 289-290.

material.

Os direitos sociais não são direitos contra o Estado, mas direitos que se viabilizam mediante a atuação estatal, exigindo deste uma prestação. São direitos fundamentais do homem inseridos no modelo de Estado Social, que vislumbra dar condições de efetividade aos direitos da coletividade.

Observa-se que a intervenção estatal tem por finalidade eliminar as distorções econômicas e sociais existentes, assegurando direitos relativos à saúde, educação, cultura, moradia, alimentação, dentre outros. Desta forma, ao passo que os direitos individuais se apresentam como liberdades em face ao Estado, os direitos sociais representam defesas do indivíduo em face da dominação de outros indivíduos.¹²

Neste sentido, os direitos individuais são liberdades de agir ou não agir ou de fazer ou não fazer, e os direitos sociais são poderes, são meios de participação no exercício do poder político.¹³

Os direitos sociais são direitos subjetivos e pressupõem a existência prévia dos direitos individuais, sua efetivação é ulterior à das liberdades públicas, à medida que estas se limitam ao direito de agir ou não. Aos direitos sociais são inerentes os poderes de exigir a prestação estatal, são direitos de crédito, de prestação.

Os direitos de prestação são aqueles onde existe a possibilidade de exigência da intervenção estatal, como meio regulador, no intuito de atenuar desigualdades e, assim, projetar moldes para o futuro de uma sociedade construída com base na igualdade material.¹⁴

Estes direitos partem da premissa de que o Estado tem a obrigação de agir para amenizar desigualdades, promovendo a igualdade efetiva, real e solidária. São assim, neste sentido, direitos de promoção.

O reconhecimento das garantias sociais, frequentemente, tende a obrigar que os poderes públicos intervenham na sociedade em prol dos governados em condições desiguais. A sua aplicabilidade se traduz em uma obrigação de fazer, uma atividade positiva, uma ação por parte do Estado, que leva a efeito o reconhecimento dos direitos sociais e, conseqüentemente, torna possível o exercício de direitos e liberdades fundamentais em conjunto.¹⁵

Os direitos sociais são direitos a prestações materiais do Estado e sua real efetividade implica diretamente na utilidade concreta dos bens e serviços colocados à disposição do indivíduo pela Constituição Federal no art. 6º e os demais direitos a este rol inclusos por equiparação.

12 BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2006, p. 97.

13 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *op. cit.*, p. 23-25.

14 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2009, p. 291.

15 QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional. As Instituições do Estado Democrático e Constitucional*. São Paulo, SP: RT; Coimbra, 2009, p. 372.

O Estado é o sujeito passivo desses direitos, uma vez que cabe a ele, como responsável, dar amplas condições à efetiva aplicação do texto constitucional. Contudo, algumas vezes esta responsabilidade apresenta-se partilhada, como é o caso da responsabilidade da família, também apregoada em sede constitucional.

Tais direitos, que são contraprestações estatais, têm como objeto a prestação de um serviço, ou, na impossibilidade deste, a contrapartida em dinheiro. O Estado, como representante da sociedade organizada, institui os serviços públicos, dá aos direitos sociais uma garantia institucional de concretização e efetividade.¹⁶

4 EFETIVIDADE DAS NORMAS DE DIREITOS SOCIAIS

4.1 APLICABILIDADE E EFETIVIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL

O Estado atua mediante a realização normativa e a implementação de serviços públicos, definindo e executando políticas sociais, criando direitos e garantindo sua aplicabilidade e efetividade.

No que concerne à aplicabilidade da norma constitucional é predominante na doutrina pátria entendimento de que esta se dá em uma sistematização tripartida. Assim, existem normas de eficácia plena (efeitos imediatos), normas de eficácia contida (os efeitos podem ser limitados) e normas de eficácia limitada (depende de legislação posterior que a regulamente) sendo esta subdividida em norma de princípio institutivo e de princípio programático.¹⁷

O texto Constitucional, art. 5º, §1º, estabelece que normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Neste sentido, agiu o legislador para evitar que tais enunciados não careçam de eficácia por falta de regulamentação.

Os direitos e garantias fundamentais explícitos são os preceitos elencados no título II da Constituição Federal, e nele estão inclusos os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e os direitos dos partidos políticos.

Uma interpretação literal do preceito constitucional permitiria acreditar que todos os direitos e garantias fundamentais seriam normas de eficácia plena, já que eivadas de aplicabilidade imediata. Entretanto, quer pela atual conjuntura socioeconômica brasileira, ou pelos inúmeros outros métodos de interpretação constitucional existente, tal determinação, principalmente no que diz respeito aos direitos sociais, não é aplicada.

Muito embora sejam usadas buscando indicar sinonímias, a doutrina apresenta

16 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, op. cit., p. 51.

17 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2008.

diferenciação no emprego dos termos “eficácia jurídica”, que é a capacidade de uma norma constitucional de produzir efeitos jurídicos, e a “efetividade” que é o desempenho concreto da função precípua do direito, é a materialização da norma jurídica no mundo dos fatos. Sendo aquele o dever ser enquanto esta representa o ser.¹⁸

Assim, os princípios definidores dos direitos e garantias individuais têm aplicabilidade imediata e eficácia plena, enquanto preceitos garantidores de direitos sociais, culturais e econômicos nem sempre revelam tal eficácia. O enunciado Constitucional abrange as normas que preveem os direitos sociais e coletivos e, em regra, pela Constituição vigente, estas também tendem a ter uma exigência imediata, contudo, algumas, principalmente as que mencionam lei integrativa são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.¹⁹

Neste sentido, existem normas constitucionais que outorgam um poder jurídico em sentido estrito, onde a situação subjetiva de realização independe de uma prestação alheia, ou seja, a satisfação não se resolve no cumprimento de uma obrigação por outrem, o bem jurídico é protegido e desfrutável em si mesmo. Por outro lado, certas normas carecem de uma relação jurídica entre indivíduo e administrador, para gerar uma concreta utilidade, o usufruto do bem jurídico depende de uma contrapartida alheia.²⁰

A análise permite afirmar que as liberdades públicas possuem aplicabilidade imediata por serem direitos de ação ou omissão do indivíduo, que exigem do Estado abstenção, ou seja, não necessita que lhe prestem nada, mas apenas que não o embarace, ao passo que normas de poderes públicos pressupõem do Estado uma ação, são obrigações de agir do ente estatal, exigem uma prestação e nesse sentido tem aplicabilidade indireta.

O fato é que, ao se verificar que regras que exigem uma ação estatal, quase que na sua totalidade, carecem de norma regulamentadora para obterem aplicabilidade, e sabe-se que algumas, desde a promulgação da Constituição em 1988, ainda não o têm (são 22 anos!), questiona-se o real fundamento destes preceitos, que caem no campo da inaplicabilidade por limitações legislativas.

Observa-se que o legislador garantiu aplicabilidade imediata baseando-se no conteúdo da norma, mas não se ateu à ideia de que o que garante a instantaneidade é o fato das normas serem completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Assim, serão imediatas quando o seu mandamento for claro e determinado e não possuir lacunas, do contrário ela não será autoexecutável pela natureza formal da

18 KRELL, Andreas. J., op. cit., p. 39.

19 SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 6. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2009, p. 178.

20 MELLO, Celso Antonio Bandeira. Eficácia das Normas Constitucionais e dos Direitos Sociais. São Paulo, SP: Malheiros, 2009, p. 22-23.

norma.²¹

As normas de eficácia limitada de princípio programático sobre direitos sociais são as mais comuns no texto constitucional, tais preceitos estabelecem metas e finalidades por meio das quais o legislativo ordinário se baseia para elevar a nível adequado a concretização. Essas normas não representam meras recomendações ou sugestões; são na verdade programas, com base no direito aplicado, que buscam a realização de metas e finalidades pelo ente estatal.²²

Tais normas são conceituadas como “aquelas em que o legislador, constituinte, ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas, dados à sua função.”²³

Os princípios programáticos são assim indicadores de fins sociais a serem realizados, têm por objeto o aprazamento de determinadas diretrizes que servem de fundamento e limite a balizarem a fixação de programas ou ações estatais, são verdadeiros programas políticos inseridos no ordenamento pátrio.

Existem doutrinadores que defendem ser a norma programática a expressão da conquista dos direitos fundamentais. Contemplados na legislação, tinha-os como conquistados e cessava-se a busca, sem eficácia plena os mesmos eram inaplicáveis até que se adotassem medidas que os dotassem de efetividade, e estas, contudo, nunca vinham.²⁴

A peculiaridade de tais normas se dá quando se observa que muito embora façam parte do aparato constitucional, sendo formal e materialmente constitucionais, tais normas carecem de sanção, ou seja, a não realização de norma ulterior que a regulamente e conseqüentemente lhe garanta efetividade não implica em nenhuma pena ao poder legislativo, elas são meros enunciados que os orientam, no caso destes desejarem legislar.

Destarte, muito embora o entendimento majoritário reconheça que as normas programáticas têm valor jurídico idêntico ao de todos os preceitos constitucionais, como verdadeiras cláusulas vinculativas, há quem diga que o seu conteúdo representa mero enunciado político e exortação moral, ao passo que despido de qualquer efetividade real.²⁵

21 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, op. cit., p. 104.

22 KRELL, Andreas J., op. cit., p. 20.

23 MIRANDA, Pontes de. Comentários a Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969. Tomo I. 1969, p. 126-127 apud BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 114.

24 ROCHA, Cármen Lúcia A... Constitucionalismo Contemporâneo e a instrumentalização para Eficácia dos Direitos Fundamentais. Revista Trimestral de Direito Público, n. 16, 1996, p. 46 apud KRELL, Andreas J., op. cit., p. 20.

25 BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 115-116.

4.2 RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

Questionada a validade do enunciado constitucional preceituado no art. 5º, §1º, quanto às normas constitucionais de eficácia limitada, tem-se que estas normas são aplicáveis até onde possam ser, até onde as instituições públicas ofereçam condições para o seu atendimento.²⁶

Contudo, na atual conjuntura econômica e social do Estado brasileiro parece claro que a efetividade destes preceitos constitucionais gera pesados encargos, diretamente para o Estado e indiretamente para todos os contribuintes, e suscita discussões polêmicas sobre os propósitos destes direitos, sobre a obrigação do Estado de dar a real concretização ou apenas amparar a busca destes mesmos direitos pelo próprio indivíduo.

Os direitos de promoção e prestação material têm como propósito atenuar desigualdades de oportunidades e têm sua efetivação ligada diretamente a condições e possibilidades de realização desses direitos no contexto histórico e econômico do Estado. Tais direitos são satisfeitos de acordo com a disponibilidade econômica do momento, são direitos submetidos à reserva do possível, dependem da disponibilidade material do Estado.²⁷

O princípio da reserva do financeiramente possível é amplamente difundido no universo dos direitos sociais, tendo especial incidência no direito à saúde e à educação, cujas normas constitucionais, influenciadas pelas ideias da constituição dirigente e do estado provedor, atribuem ao Poder Público o encargo de custear estas necessidades. O problema se apresenta crucial à medida que o erário nacional não possui verbas suficientes para manter toda estrutura a ele conferida, ou seja, a alocação de poucos recursos públicos em muitos setores diferentes.²⁸

A reserva do possível condiciona a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais à possibilidade de recursos econômicos estatais, ao passo que a elevação do nível de sua prestação estará sempre condicionada ao volume de recursos disponíveis para a sua promoção. Desta forma, a limitação os recursos públicos acaba por ser a causa da não efetividade dos direitos sociais promocionais.

Neste sentido, parece claro que a construção dos direitos e garantias fundamentais sociais está subestimada a condições de disponibilidade de recursos do poder público. Sendo que a decisão sobre o dispêndio das verbas estatais estaria no campo discricionário das decisões governamentais quando da realização dos orçamentos públicos.²⁹

26 SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, 2009, p. 178.

27 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p. 294.

28 *Ibidem*, p. 1420.

29 KRELL, Andreas J., *op. cit.*, p. 52.

O que ocorre é que muito embora exista previsão legal e a indispensabilidade de exequibilidade, a escassez de recursos econômicos implica diretamente na necessidade de o Estado optar sobre a alocação das verbas públicas, tendo por base a sua responsabilidade de manutenção de todo o aparato da Administração Pública.

É fato que os direitos sociais estão diretamente ligados a redistribuição de riquezas, matéria esta extremamente suscetível de influência e modificação, que varia conforme a visão do quadro político que está no poder. A satisfação destes preceitos, além da capacidade econômica do Estado e do estágio de desenvolvimento da sociedade, implica em inúmeros interesses políticos.³⁰

Assim, de tempo em tempo, presenciaram-se constantes modificações no ideário político nacional, por vezes guiado corretamente e justificadamente pelas mudanças ocorridas na sociedade, como foi o caso da inclusão do direito à moradia e à alimentação no rol de direitos sociais, mas não raras vezes por posicionamentos políticos de interesses escusos.

Isso se dá pelo fato de a Constituição Federal não ter disposto de norma indeclinável para a aplicação de seus recursos, tais decisões ficam a cargo do órgão público, legitimado através do voto popular, que tem como uma de suas competências estabelecer as linhas de atuação da política nacional econômica e social de forma discricionária.

Há que se perceber, com base na própria interpretação principiológica da Carta Magna, que não se deve usar o princípio da ponderação quando se tratar de aplicabilidade vertical que garanta direitos fundamentais mínimos. Isso significa que o administrador público não poderá optar sobre qual população tem mais direito à saúde, por exemplo, ele deve tratar a todos! E, se para tal, os recursos não forem suficientes deve retirá-los de outras áreas, onde sua aplicação não está tão diretamente ligada a direitos essenciais ao indivíduo.³¹

A ponderação, técnica utilizada para sanar conflitos ocorridos quando da possibilidade de aplicação de dois ou mais princípios fundamentais, igualmente importantes e contrários entre si, em uma mesma situação fática, revela-se extremamente perigosa e até mesmo pode se tornar cruel e anti-humanitária quando utilizada indiscriminadamente pelo administrador no intuito de dirimir dúvida sobre a aplicação de recursos.

Observa-se que a aplicabilidade vertical dos direitos fundamentais está relacionada à relação jurídica entre Estado e indivíduo, sendo esta caracterizada pela hierarquia e dever de prestação estatal. Ora, estando esta relação em caráter isonômico vinculada a todos os indivíduos, não há que se conceber diferenciações, parecendo claro que a possível opção, em um caso concreto, entre que população

30 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 295.

31 KRELL, Andreas J., op. cit., p. 53.

teria mais direito a se alimentar, por exemplo, é discriminatória e inconstitucional.

A garantia do padrão mínimo social está amplamente ligada à própria dignidade da pessoa humana, uma vez que tal direito subjetivo é inerente à condição do ser humano.

A busca pela definição sobre quais seriam os bens mínimos necessários a serem garantidos a cada indivíduo no intuito de sua existência digna traz como pressuposto o caráter social do homem, pois a pessoa só encontra plenas condições de desenvolvimento perante seus iguais. A vida em sociedade é a única maneira de se obter os bem materiais e imateriais necessários e satisfatórios à existência.³²

A teoria do mínimo existencial tem como função precípua a atribuição ao indivíduo de um direito subjetivo contra o poder público nos casos em que a diminuição da prestação dos serviços sociais básicos, que garantem a sua existência digna, lhe acarrete prejuízo.³³

Para a concretização de um estado social digno e igualitário é dever do poder público transpor as liberdades e poderes expressos na Constituição Federal para a realidade constitucional, pois, na atual conjuntura, a prestação de serviços públicos se torna fundamental para o exercício dos direitos sociais. Ora, se o Estado cria tais ofertas na legislação deve assegurar também a sua possibilidade de realização.³⁴

Sendo a democracia um dos princípios basilares da ordem política constitucional, e sabendo que a sua efetividade é vinculada à participação de todos os cidadãos na vida social, pode-se afirmar que a falta de acesso ao mínimo existencial restringe a dignidade da pessoa humana e impede o exercício efetivo da democracia.³⁵ Não se podem aplicar as teorias que fundamentam a democracia quando não se possui condições para que ela seja exercida, vez que a grande massa populacional vive, para não dizer sobrevive, de forma desumana.

Os conceitos de democracia, dignidade da pessoa humana e de mínimo existencial são condições de validade inafastável um do outro, ao ponto que não se pode pensar a democracia sem se conceber exordialmente a dignidade da pessoa humana e esta não se apresenta sem condições mínimas de existência, bem como não é possível conceber tais ideias sem preconizar a adoção de uma solução democrática.³⁶

Assim, para o real exercício da democracia o Estado tem que garantir ao ci-

32 CASTILHO, Ricardo. *Justiça Social e Distributiva – Desafios para Concretizar Direitos Sociais*. São Paulo, SP: Saraiva, 2009, p. 96.

33 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e direitos Fundamentais na constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado. 2004, p. 47ss.

34 KRELL, Andreas J., op. cit., p. 60.

35 GAZOLA, Patrícia Marques. *Concretização do Direito a Moradia Digna - Teoria e Prática*. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2008, p. 46-47.

36 CASTILHO, Ricardo, op. cit., p. 61.

dadão uma vida digna, sendo que, sem o mínimo necessário para que isso ocorra, cessa-se a possibilidade de sobrevivência e desaparecem as condições de liberdade.³⁷

4.3 INSTRUMENTOS DE EFETIVIDADE

Sendo a promoção dos direitos sociais previstos na Carta Magna um direito do indivíduo e um dever do poder público, vistas e respeitadas as condições econômicas do Estado e o dever de suprir o mínimo necessário, e partindo do pressuposto de que não existe sanção ao legislativo que não regulamenta lei de eficácia indireta, resta a dúvida sobre como o particular pode agir para fazer efetivo os seus direitos omitidos pelo poder estatal.

Nesta vertente, tem-se que, com relação a direitos constitucionalmente previstos, mas carentes de legislação ulterior que lhes garanta efetivo cumprimento, pode o Poder Judiciário, sendo invocado, em relação a uma situação concreta, aplicá-los, conferindo ao interessado o direito reclamado.³⁸

Em casos assim a medida cabível é aquela preconizada no art 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, que prevê o ajuizamento de mandado de injunção quando a falta de norma regulamentadora inviabilize o exercício de direitos e garantias previstos.

O remédio constitucional intervém para sanar uma inconstitucionalidade por omissão, uma vez que o responsável legislativo deixou de editar complemento exigido por lei. Seu cabimento se restringe a casos inviabilização de exercício de direitos e garantias fundamentais e confere a sentença à produção de efeitos apenas entre as partes envolvidas no processo.³⁹

Contudo, a eficácia reduzida dos direitos fundamentais sociais não se deve apenas à falta de legislação ordinária que a regule, a maior dificuldade é a não prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público. Assim, o problema não está na formulação da lei, mas, sim, na implementação e manutenção das políticas públicas.⁴⁰

Neste caso, onde o serviço público, para a satisfação do direito fundamental, já foi implementado, a não prestação do mesmo, que contraria a determinação constitucional e a norma ordinária que o regulamentou, abre ensejo para a impetração

37 TORRES, Ricardo Lobo. Os Direitos Humanos e a Tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 1995, p. 129.

38 SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 178.

39 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 11. ed. São Paulo, SP: Método, 2007, p. 763-767.

40 BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 119 ss.

de mandado de segurança.

A impetração de mandado de segurança pressupõe negativa da autoridade responsável e direito líquido e certo, que, no caso de direitos de crédito, é a negação da prestação buscada. Tal ação pode se dar em caráter preventivo, quando existe o justo receio de violação ao direito, ou em caráter repressivo.⁴¹

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Infere-se que, com o reconhecimento do Estado Democrático e Social de Direito no ordenamento jurídico pátrio, os direitos fundamentais sociais passaram a receber uma tutela máxima e efetiva. Assim, hodiernamente, impõe-se ao Poder Público, no cumprimento de sua tarefa igualitária e distributiva, a obrigação de promover a efetividade dos direitos sociais e de neutralizar, se não dirimir, as distorções e desigualdades econômicas presentes na sociedade.

Depreende-se também que, na condição de direitos fundamentais do ser humano, os direitos sociais não podem ser limitados, uma vez que inerentes ao próprio indivíduo inexistem pretextos que justifiquem a restrição de seus efeitos.

Desta forma, condicionar sua eficácia à existência de recursos financeiros significa retirar-lhes a força normativa e negar-lhes o regime especial de proteção declarado na Carta Magna e previsto no sistema internacional de defesa dos direitos humanos. O que se impõe, na verdade, é o estabelecimento, no planejamento orçamentário, de um sistema de preferências na realização de políticas públicas direcionadas à implementação dos direitos sociais, e disso depende apenas o compromisso do governo na aplicação da riqueza produzida pelo país.

Diante do exposto, é possível corroborar com a ideia de que o dever de garantir o exercício pleno da cidadania e salvaguardar a dignidade humana representa a principal motivação do Estado Democrático de Direito, razão pela qual, atribuir efetividade aos direitos sociais se mostra como um dos maiores desafios do ente estatal.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Direito das Minorias**. São Paulo, SP: RT, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

41 LENZA, Pedro, op. cit., p. 755-760.

BEURLEN, Alexandra. **Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil**. Curitiba, PR: Juruá. 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro, RJ: Elsevier. 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2000.

CASTILHO, Ricardo. **Justiça Social e Distributiva – Desafios para Concretizar Direitos Sociais**. São Paulo, SP: Saraiva, 2009.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. São Paulo, SP: LTR. 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo, SP: Saraiva, 2009.

GAZOLA, Patrícia Marques. **Concretização do Direito a Moradia Digna - Teoria e Prática**. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2008.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre, RS: SAFE, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 11. ed. São Paulo, SP: Método, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Eficácia das Normas Constitucionais e dos Direitos Sociais**. São Paulo, SP: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2009.

PIVA, Otávio. **Comentários ao Art. 5º da Constituição Federal de 1988 – teoria dos Direitos Fundamentais**. 3. ed.. São Paulo, SP: Método, 2009.

QUEIROZ, Cristina. **Direito Constitucional**. As Instituições do Estado Democrático e Constitucional. São Paulo, SP: RT; Coimbra, 2009.

SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos Fundamen-**

tais na constituição Federal de 1988. 3. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado. 2004.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** 6. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2009.

_____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 7. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de Direito constitucional Positivo.** 19. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2001.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado da. **Direitos Humanos e Cidadania.** 2. ed.. São Paulo, SP: RT, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os Direitos Humanos e a Tributação:** imunidades e isonomia. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 1995.

Recebido em: 31 Março 2010

Aceito em: 04 Maio 2011